

**PRZEGLĄD PRAWNICZY
UNIwersYTETU
IM. ADAMA MICKIEWICZA**

ADAM MICKIEWICZ UNIVERSITY LAW REVIEW

1
2012



POZNAŃ 2012

EUROPEJSKIE STOWARZYSZENIE
STUDENTÓW PRAWA ELSA POZNAŃ

Komitet redakcyjny:

Paweł Kwiatkowski – redaktor naczelny
Mateusz Sobolewski – z-ca redaktora naczelnego
Remigiusz Chęciński – sekretarz
Joanna Askutja
Karolina Borowiec
Iwona Grenda
Piotr Horbowski
Sławomir Marciniak
Szymon Paciorkowski
Jan Radziuk
Piotr Szulc
Alicja Tempłowicz

Konsultacja programowa:

dr Jacek Wiewiorowski

Rada Naukowa:

Prof. zw. dr hab. Roman Budzinowski
Prof. zw. dr hab. Wojciech Dajczak
Prof. zw. dr hab. Elżbieta Jantoni-Drozdowska
Prof. zw. dr hab. Zdzisław Kędzia
Prof. zw. dr hab. Marian Kępiński
Prof. zw. dr hab. Hubert Kołecki
Prof. zw. dr hab. Krzysztof Krasowski
Prof. zw. dr hab. Jerzy Małecki
Prof. zw. dr hab. Zdzisław Niedbała
Prof. UAM dr hab. Tadeusz Gadkowski
Prof. UAM dr hab. Zbigniew Janku
Prof. UAM dr hab. Krzysztof Knoppek
Prof. UAM dr hab. Leopold Moskwa
Prof. UAM dr hab. Jerzy W. Ochmański
Prof. UAM dr hab. Marek Smolak
Prof. UAM dr hab. Tomasz Sokołowski
Prof. UAM dr hab. Paweł Wiliński
Prof. UAM dr hab. Robert Zawłocki

Publikacja sfinansowana przez Wydział Prawa i Administracji
Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza

ISSN: 2083-9782

Wersją pierwotną czasopisma jest wersja drukowana

Adres redakcji:

Przegląd Prawniczy Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza
ul. Św. Marcin 90 p. 310, 61-809 Poznań
tel. (0-61) 829-42-14
e-mail: ppuam@elsa.poznan.pl

Wydawca:

Europejskie Stowarzyszenie Studentów Prawa ELSA Poznań
ul. Św. Marcin 90 p. 310, 61-809 Poznań
tel. (0-61) 829-42-14
e-mail: poznan@elsa.org.pl

Tłumaczenia: Iwona Grenda

Skład i łamanie: Joanna Askutja

Korekta językowa: Alicja Tempłowicz, Karolina Borowiec

Druk: Drukarnia Totem, ul. Jacewska 89, 88-100 Inowrocław

Spis treści

Słowo wstępne.....	7
WOJCIECH ROWIŃSKI	
Dyskusja nad modelem wykładni prounijnej w polskiej nauce prawa.....	9
ANNA LASZCZYK, MICHAŁ GAJDUS	
Wedle dobrych obyczajów czy zgodnie z zasadami współżycia społecznego?.....	23
ŁUKASZ SOKOŁOWSKI	
Nabywanie służebności przesyłu w drodze zasiedzenia	35
ŁUKASZ JUREK, RAFAŁ MACIĄG	
Analiza prawnej i faktycznej sytuacji poręczyciela – wybrane zagadnienia	49
KATARZYNA SZCZEPAŃSKA	
Przesłanki powództwa o uchylenie uchwały spółki kapitałowej	59
MAKSYMILIAN SACZYWKO	
Uchwały zarządu i rady nadzorczej spółki akcyjnej w procedurze podwyższenia kapitału zakładowego w granicach kapitału docelowego	77
JOANNA UCHAŃSKA	
Uznanie dziecka według przepisów Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego w świetle regulacji prawa prywatnego międzynarodowego.....	95
GEORGI GRUEW	
Kompetencja instytucji Unii Europejskiej do ustanawiania i kształtowania norm prawa karnego materialnego	107
PIOTR RADZIEJEWSKI	
Propagowanie totalitaryzmu i nawoływanie do nienawiści (art.256 Kodeksu karnego).....	121

MICHAŁ BIAŁKOWSKI	
Zmiany w Ustawie o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta.....	137
GRZEGORZ GŁANOWSKI	
Umowny limit świadczeń zdrowotnych finansowanych ze środków publicznych a bezpodstawne wzbogacenie pacjenta.....	147
EWA ŁOWIŃSKA	
Prawo do zapłodnienia in vitro w Polsce i na świecie	161
ANITA KUBANEK	
Legalność stosowania środków przymusu bezpośredniego w kontekście gwarancji konstytucyjnych.....	175
EWELINA KNAPCZYK	
Instytucja mediacji jako „żywy przepis”, a nie „martwy zapis” – jak wypracować dogodną płaszczyznę pomiędzy teorią i praktyką?	191
MICHAŁ KOSZOWSKI	
Elektrownie wiatrowe a inwestycje celu publicznego.....	203
Recenzenci Zeszytu.....	215
Informacja o autorach.....	215

Contents

Foreword	7
WOJCIECH ROWIŃSKI	
Discussion on the model of pro-EU interpretation of national law in Polish jurisprudence.....	22
ANNA LASZCZYK, MICHAŁ GAJDUS	
According to good practices clause or the principles of community life?.....	34
ŁUKASZ SOKOŁOWSKI	
Usucaption of a transmission easement	47
ŁUKASZ JUREK, RAFAŁ MACIĄG	
Analysis of the legal and actual situation of a guarantor – selected issues.....	58
KATARZYNA SZCZEPAŃSKA	
Grounds for repealing a resolution of a capital company.....	76
MAKSYMILIAN SACZYWKO	
Resolutions adopted by the management board and the supervisory board in the process of the company's share capital increase within the limits of authorised capital.....	93
JOANNA UCHAŃSKA	
Recognition of paternity in the light of the Family and Guardianship Code and international private law.....	105
GEORGI GRUEW	
The competence of EU institutions to adopt directives regulating substantive criminal law.....	119
PIOTR RADZIEJEWSKI	
Propagating totalitarianism and inciting to hatred under article 256 of the Penal Code...	134

MICHAŁ BIAŁKOWSKI	
Amendments to the Patients' Rights and Patients' Spokesman Rights Act.....	145
GRZEGORZ GLANOWSKI	
Contractual limit of medical benefits financed from public funds. Patient's unjust enrichment	159
EWA ŁOWIŃSKA	
A right to in vitro fertilisation in Poland and worldwide.....	174
ANITA KUBANEK	
Legality of the application of direct means of compulsion in the context of constitutional guarantees – a legal procedural study.....	189
EWELINA KNAPCZYK	
Mediation as a law in force, not a dead letter. How to work out a common ground for theory and practice?.....	201
MICHAŁ KOSZOWSKI	
Wind power plants as an investment of a public purpose.....	214
Article Reviewers.....	215
Authors' data.....	215

Słowo wstępne

Prowadzenie stałej działalności badawczej i systematyczne publikowanie jej rezultatów to podstawowa dziedzina aktywności każdej instytucji naukowej, każdej Uczelni i każdego Wydziału. Czasopismo, wydawnictwo ciągłe, seria wydawnicza stanowią instrument, który jest fundamentem naukowego warsztatu, biletym wizytowym korporacji, tworzy ich rangę, zapewnia sławę twórczą. Wydział Prawa i Administracji zawsze wykazywał troskę o należyte prezentowanie swej pracy w dobrze prowadzonej aktywności edytorskiej. Pamiętajmy, że już w pierwszych latach po utworzeniu Piastowskiej Wszechnicy na Wydziale powstał „Ruch Prawniczy i Ekonomiczny” (z czasem „Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Socjologiczny”), jeden z czołowych periodyków prawniczych w Odrodzonej Polsce, żywe świadectwo rozwoju prawoznawstwa w kraju. Założycielem pisma był profesor Antoni Peretiatkowicz, pierwszy dziekan Wydziału i jeden z pierwszych rektorów. Wojna przerwała wydawanie pisma, ale po popaździernikowej odwilży w roku 1956 „Ruch” został reaktywowany i szybko odzyskał dawną renomę. Jego redaktorami byli wybitni uczeni: profesorowie Alfred Ohanowicz, Adam Łopatka, Zbigniew Radwański, Maciej Zieliński, Teresa Rabska. Na łamach pisma rozwijano naukę o instytucjach i kulturze prawa, toczono naukowe spory; pismo sprzyjało powstawaniu nowych koncepcji w prawoznawstwie, ważnych dla społeczeństwa i kraju. W roku 1948 Profesor Zygmunt Wojciechowski założył „Czasopismo Prawno-Historyczne” (CPH), organ historyków prawa, który jako najbardziej znane i cenione pismo z zakresu historii prawa w Europie Środkowo-Wschodniej, połączyło w badawczej współpracy polskie prawoznawstwo z środowiskami humanistycznymi Zachodu. CPH było od początku organem ogólnopolskim, ale jego redakcja była i jest wciąż mocno zakotwiczona na Wydziale. W tekstach drukowanych na łamach „Czasopisma Prawno-Historycznego” dopełniała się symbioza nauk o prawie obowiązującym z naukami wspomagającymi prawoznawstwo, takimi jak dyscypliny teoretyczne, filozoficzne, historyczne. Przed kilku laty profesor Roman Budzinowski założył „Przegląd Prawa Rolnego”, pismo które prze-

bojem wdarło się do czołówki europejskich czasopism prawniczych. *Last but not least* wymienić trzeba ukazywanie się od lat serii wydawniczej „Magistri nostri”, funkcjonującej na Wydziale a zawierającej biografie najbardziej zasłużonych naszych profesorów. Tomy serii, wydawanej pod redakcją doktora Andrzeja Gulczyńskiego, cieszą się dużą poczytnością. Wyraża ona szacunek dla tradycji, która tkwi u źródeł bogatej i barwnej historii Wydziału

Dorobek edytorski Wydziału jest więc spory. Trzeba wszelako stwierdzić, że w przeszłości nieraz próbowano budować podstawy dla pisma wyrażającego aspiracje publikacyjne młodzieży naukowej. Usiłowania te nie kończyły się sukcesami. Dlatego z radością i wielkimi nadziejami witamy ukazanie się pierwszego zeszytu „Przeglądu Prawniczego Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza”. Pismo jest wspólną inicjatywą Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza oraz Europejskiego Stowarzyszenia Studentów Prawa ELSA Poznań. Zamierza oprzeć się na anglosaskim doświadczeniu. Chce drukować teksty o niespornej wartości poznawczej i ewidentnej użyteczności społecznej. Życzymy Komitetowi Redakcyjnemu i wszystkim młodym współpracownikom „Przeglądu” spełnienia tych aspiracji.

Prof. zw. dr hab. Henryk Olszewski

WOJCIECH ROWIŃSKI

Dyskusja nad modelem wykładni prounijnej w polskiej nauce prawa

Celem niniejszego artykułu jest przedstawienie stanu polskiej debaty na temat modelu wykładni prounijnej. Przystąpienie do Unii Europejskiej włączyło Polskę do jej porządku prawnego, a organy administracji i sądy zobligowało do stosowania norm prawa unijnego. Powyższą zmianę porównać można jedynie z okresem transformacji ustrojowej po 1989 roku, która przyniosła nie tylko wejście w życie szeregu nowych aktów prawnych i koniec okresu obowiązywania dotychczasowych, ale także zmianę paradygmatu interpretacyjnego¹. Obowiązywanie prawa unijnego w porządku krajowym oznacza zarówno konieczność bezpośredniego stosowania norm wynikających z aktów prawnych ustanowionych przez odpowiednie organy Unii Europejskiej, jak i nakaz dokonywania przez sądy poszczególnych krajów członkowskich tzw. prounijnej wykładni prawa krajowego². Pojawienie się tego nowego elementu jest dla polskiej teorii prawa z jednej strony sytuacją inspirującą, z drugiej – rodzącą szereg problemów.

Jednym z podstawowych pytań, na które należy znaleźć odpowiedź, jest to o sposób przeprowadzania wykładni prounijnej. Zadanie nauki prawa polega przy tym nie tylko na przedstawieniu propozycji związanych z wykładnią oraz taktyk interpretacyjnych – chociaż i one są pomocne – ale przede wszystkim na stworzeniu modelu wykładni prounijnej. Termin „model” może być tu ujmowany na dwa sposoby: rekonstrukcyjny bądź optymalizacyjny. Przez pierwszy rozumieć należy układ twierdzeń idealizacyjnych, wyjaśniających przez konkretyzację rzeczywiste funkcjonowanie badanego zjawiska. Natomiast drugi to układ twierdzeń przedstawiających właściwości, które powinno mieć

1 Cf. M. Smolak, *Zmiana paradygmatu interpretacyjnego w okresie transformacji ustrojowej w Polsce*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1998 z.3–4, s. 21–33.

2 W okresie przed wejściem w życie Traktatu z Lizbony zmieniający Traktat o Unii Europejskiej i Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską z 13 grudnia 2007 roku (Dz.Urz. UE C nr 306 z 17.12.2007), którym zlikwidowano Wspólnotę Europejską, wykładnię prounijną nazywano wykładnią prowsłotnotową czy też wykładnią zgodną z prawem wspólnotowym.

badane zjawisko, aby dany cel został osiągnięty. Analizowane w niniejszej pracy modele wykładni mają charakter doktrynalny i stanowią przykład modeli rekonstrukcyjno-optymalizacyjnych, w których uwzględnia się również rzeczywiste postępowanie Trybunału Sprawiedliwości³.

Przedmiotem mojego zainteresowania są modele wykładni pronunijnej o charakterze normatywnym, wskazujące, jak ta wykładnia powinna wyglądać, a nie opis procedur interpretacyjnych faktycznie stosowanych przez sądy i organy administracyjne⁴. Przez termin „model wykładni pronunijnej” rozumiem uniwersalny (tj. mający zastosowanie do wszystkich przypadków), spójny wewnętrznie i uporządkowany zespół czynności, które winien mieć na uwadze interpretator, aby poprawnie przeprowadzić proces wykładni krajowego tekstu prawnego z uwzględnieniem prawa Unii Europejskiej.

Założenia dotyczące wykładni pronunijnej w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości

Zasadnicza idea wykładni pronunijnej została ujęta w dwóch orzeczeniach Trybunału Sprawiedliwości: z 10 kwietnia 1984 roku w sprawie *von Colson* i z 13 listopada 1990 roku w sprawie *Marleasing*⁵. W pierwszym przypadku postawił tezę, według której „do sądu krajowego należy, na ile to jest możliwe w ramach swobodnej oceny, przyznanej mu przez prawo krajowe, dokonanie takiej wykładni i takie stosowanie przepisów wydanych w celu wykonania dyrektywy, które będą zgodne z wymogami prawa wspólnotowego”⁶. Obowiązek wykładni pronunijnej sprowadzał się do wyboru rozwiązania w granicach uznania dopuszczalnego przez prawo krajowe. W orzeczeniu *Marleasing* z kolei, Trybunał Sprawiedliwości rozszerzył zakres obowiązku wykładni pronunijnej, podkreślając, że sięga ona „tak daleko, jak to jest możliwe”, aby osiągnąć cel dyrektywy⁷. Zadaniem sądu krajowego jest przeprowadzanie wykładni prawa krajowego tak, aby w największym możliwym stopniu osiągnąć cel dyrektyw⁸.

Trybunał Sprawiedliwości, rozwijając w kolejnych orzeczeniach pojęcie wykładni pronunijnej, pozostawił co do zasady sam sposób dokonywania interpretacji teorii wykładni

3 M. Zieliński, *Poznanie sądowe a poznanie naukowe*, Poznań 1979, s. 9–10.

4 Na temat odróżnienia normatywnych i opisowych koncepcji wykładni prawa – cf. M. Zieliński, *Wykładnia prawa, Zasady, reguły, wskazówki*, Warszawa 2006, s. 65–67.

5 Wyrok C-14/83 *Sabine von Colson i Elizabeth Kamann przeciwko Land Nordrhein – Westfalen*, ECR 1984, s. 1891, teza 26 i 28; wyrok C-106/89, *Marleasing SA v. La Comercial International de Alimentacion SA*, ECR 1990, s. I – 4135.

6 Wyrok w sprawie C-14/83, *loc. cit.*, patrz przypis 5.

7 Cf. T. Koncewicz, *Sędziowski obowiązek interpretacji prawa krajowego w zgodzie z prawem wspólnotowym*, „Przegląd Sądowy” 2000 nr 6, s. 36.

8 Cf. K. Pleszka, *Wykładnia rozszerzająca*, Warszawa 2010, s. 240; A. Kalisz, *Wykładnia i stosowanie prawa wspólnotowego*, Warszawa 2007, s. 241.

państw członkowskich⁹. Z punktu widzenia Trybunału Sprawiedliwości, istotny jest jedynie rezultat wykładni prawa krajowego, a nie jej przebieg. Pozostawienie przez Trybunał Sprawiedliwości możliwości wyboru koncepcji interpretacyjnej przy dokonywaniu wykładni pronunijnej przepisów prawa krajowego powoduje, że odpowiedzi na pytanie o przebieg wykładni pronunijnej dostarczyć muszą doktryna i judykatura poszczególnych państw członkowskich.

Dyskusja nad modelami wykładni pronunijnej w polskiej nauce prawa europejskiego

Początkowo problematyka wykładni pronunijnej była przedmiotem zainteresowania w większym stopniu prawników zajmujących się prawem europejskim niż teorią prawa. Podstawowy schemat wykładni pronunijnej spotykany w literaturze dotyczącej prawa europejskiego to tzw. model wzorca interpretacyjnego¹⁰. Wykładnia w tym ujęciu, przedstawiona modelowo przez Cezarego Mika, przebiega w czterech etapach¹¹.

Pierwszy polega na ustaleniu treści unijnego – dawniej wspólnotowego – wzorca interpretacyjnego (na podstawie norm prawa unijnego, który stanowić mógłby podstawę prawną dla rozstrzyganego przypadku). Drugi – na skonstruowaniu krajowego wzorca interpretacyjnego (na podstawie normy prawa krajowego), a zatem takiego, który stanowiłby podstawę rozstrzygnięcia w przypadku braku normy prawa unijnego. Na tym etapie konieczne jest nie tylko sięgnięcie po tekst wzorca, jakim jest dany przepis prawa unijnego, ale też wzięcie pod uwagę jego kontekstu, funkcji i celu¹². Istotne jest także „orzecznictwo powiązane ze wzorcem i jego środowiskiem normatywnym (aktem, normami wyższego rzędu)”¹³. Kolejnym etapem jest porównanie obu wzorców i określenie „stopnia ingerencji treści wspólnotowego wzorca interpretacyjnego w treść krajowego

9 Cf. J. Dudzik, *Wykładnia przepisów krajowych jako metoda implementacji – pośrednia skuteczność dyrektyw*, [w:] *Wykładnia prawa – odrębności w wybranych gałęziach prawa*, red. L. Leszczyński, Lublin 2006, s. 173; Konrad Łuczak wskazuje, że stanowisko Trybunału Sprawiedliwości odnośnie do swobody interpretacyjnej podzielić można na dwa nurty: konwencjonalny, zakładający pełną autonomię metod wykładni, oraz ekwiwalentny, nakazujący użyć metod wykładni, których sąd krajowy użyłby w przypadku konfliktu norm pochodzących od krajowego prawodawcy – cf. K. Łuczak, *Metody wykładni prawa krajowego a wykładnia zgodna z prawem unijnym (w orzecznictwie sądów administracyjnych)*, „Państwo i Prawo” 2011 z. 1. s. 60.

10 Cf. C. Mik, *Wykładnia zgodna z prawem Unii Europejskiej*, [w:] *Polska kultura prawna a proces integracji europejskiej*, red. S. Wronkowska, Kraków 2005, s. 115–165; A. Kalisz, *op. cit.*, s. 199–213; K. Łuczak, *op. cit.*, s. 59–72. Zmodyfikowany model wzorca normatywnego, akcentującego porównywanie rezultatów wykładni językowej prawa krajowego i unijnego zaproponował Jarosław Dudzik – cf. J. Dudzik, *op. cit.*, 173–174.

11 V. C. Mik, *op. cit.*, s. 115–165.

12 *Ibidem*, s. 130.

13 *Ibidem*, s. 131.

wzorca interpretacyjnego wraz z ustaleniem, czy wysokość stopnia ingerencji uzasadnia zastosowanie wykładni prowspólnotowej w rozstrzygnięciu aktualnego przypadku¹⁴. Na koniec następuje zastosowanie w całości, w części albo odmowa zastosowania unijnego wzorca interpretacyjnego, a w konsekwencji wydanie lub odmowa wydania rozstrzygnięcia na podstawie wzorca unijnego.

Model wzorca normatywnego wykładni pronijnej spotkał się z krytyką. Maciej Koszowski wskazał, że zastosowanie tego schematu oznacza konieczność zrekonstruowania kompletnej normy prawa wspólnotowego, co może się okazać niełatwym zadaniem, jeśli weźmie się pod uwagę zasady prawa wspólnotowego i inne niejasne normy prawa pierwotnego i pochodnego, oraz konieczność stosowania w dużo większym stopniu reguł wykładni funkcjonalnej niż ma to miejsce w procesie interpretacji prawa krajowego¹⁵. W praktyce oznacza to wymóg sięgnięcia po orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości w przypadku, jeśli tylko ten wypowiedział się w danej kwestii. Trudności powstać mogą także przy badaniu zgodności wzorca krajowego i wspólnotowego w sytuacji, gdy różnią się one między sobą, ale w taki sposób, że istnieje teoretycznie opcja modyfikacji wzorca krajowego w kierunku wzorca wspólnotowego. Maciej Koszowski zauważa problemy związane z określeniem, w jakim kierunku winien zmierzać wzorzec wspólnotowy, a nadto, czy zmodyfikowany wzorzec interpretacyjny został zaakceptowany przez Trybunał Sprawiedliwości¹⁶. Organ stosujący prawo może co prawda zadawać pytania prejudycjalne, jednakże należy traktować je jako ostateczność. Zadawanie pytań odnośnie do każdej sprawy doprowadziłoby bowiem do dezorganizacji sądownictwa w państwach członkowskich.

Chcąc wyeliminować te wady, Koszowski zaproponował odmienny model wykładni pronijnej, który polega na uwzględnianiu norm prawa unijnego na każdym etapie wykładni prawa krajowego. Autor nazwał swój pomysł modelem „jednego worka” albo „harmonizacji kontekstów”¹⁷. Polega on na tym, że „krajowy organ stosujący prawo wraz z dokonywaniem wykładni prawa krajowego dokonuje zarazem wykładni prowspólnotowej”¹⁸. Oznacza to konieczność wzięcia pod uwagę elementów z obszaru unijnego, jak i krajowego w każdym momencie procesu wykładni, z zachowaniem zasady prymatu tych pierwszych. Na etapie stosowania dyrektyw wykładni językowej, sąd krajowy dokonywałby zarazem wykładni językowej mającej znaczenie dla rozstrzyganej sprawy przepisów prawa unijnego, starając się przy tym nadać przepisom prawa

14 V. M. Koszowski, *Wykładnia prowspólnotowa w ujęciu teoretycznoprawnym*, „Przegląd Legislacyjny” 2009 nr 3, s. 79.

15 *Ibidem*, s. 82.

16 *Loc. cit.*

17 *Ibidem*, s. 78. Podobne stanowisko prezentuje Robert Mężyk, podkreślając, że każda wykładnia powinna przebiegać już pierwotnie pronijnie – *cf.* R. Mężyk, *Glosa do wyroku TS z dnia 13 listopada 1999 r., C-106/89*, opublikowane LEX 2011.

18 M. Koszowski, *op. cit.*, s. 83.

krajowego brzmienie zgodne z literą prawa unijnego. Stosując reguły funkcjonalne wykładni, sąd uwzględniłby cele i wartości nie tylko prawa krajowego, ale też unijnego. Na każdym z poziomów należy brać pod uwagę zarówno orzecznictwo krajowe, jak i to pochodzące od sądów luksemburskich. W modelu harmonizacji kontekstów Macieja Koszowskiego dyrektywy systemowe będą miały przede wszystkim znaczenie akcesoryjne wobec reguł językowych i funkcjonalnych. Pomagają bowiem ustalić kontekst językowy oraz określić cele i wartości danego aktu prawnego. Koszowski zauważa słabości zaproponowanego przez siebie modelu. Z jednej strony mogą pojawić się trudności we właściwym odnalezieniu celów i wartości wspólnotowych. Z drugiej, problematyczne są wszystkie te sytuacje, w których występuje konflikt pomiędzy wynikami wykładni językowej i funkcjonalnej, w obu przypadkach uwzględniających przecież zarówno regulacje krajowe, jak i wspólnotowe. Autor wskazuje, że należałoby dać w takiej sytuacji prymat wykładni funkcjonalnej, inaczej niż w teorii wykładni prawa krajowego¹⁹.

Dyskusja na temat modeli wykładni prawa w polskiej nauce teorii prawa

Należy zauważyć, że wszystkie przedstawione modele dokonywania wykładni nie odnoszą się wprost do żadnej z dwóch dominujących w Polsce koncepcji wykładni prawa – klaryfikacyjnej (semantyczno-intensjonalnej) i derywacyjnej. Jest to słabość rodząca niebezpieczeństwo wystąpienia zjawiska określanego przez Marka Zirk-Sadowskiego „anarchizującym podejściem do procesu wykładni”. Polega ono na posługiwaniu się określoną zasadą czy też terminem teoretycznoprawnym bez odwołania się do konkretnej koncepcji wykładni, z której dane pojęcie się wywodzi²⁰. Próba stworzenia modelu wykładni pronunijnej w oderwaniu od dominujących i akceptowanych powszechnie procedur interpretacyjnych jest zadaniem ryzykownym. Takie podejście doprowadzić może do chaosu interpretacyjnego.

Model wykładni pronunijnej oparty na koncepcji klaryfikacyjnej przedstawił Krzysztof Płeszka²¹. Autor ten wychodzi z założenia, że „próba konstrukcji modelu wykładni wspólnotowej jest w istocie próbą teoretycznego ujęcia operatywnej interpretacji prawa krajowego w pewnej szczególnej sytuacji interpretacyjnej”²². Doszedł do wniosku, że, ze względu na wielojęzyczność tekstów prawnych i równorzędność języków urzędowych

19 *V. ibidem*, s. 86–87.

20 *V. M. Zirk-Sadowski, Wykładnia prawa a wspólnoty sędziów*, [w:] *W poszukiwaniu dobra wspólnego. Księga jubileuszowa profesora Macieja Zielińskiego*, red. A. Choduń, S. Czepita, Szczecin 2010, s. 70–75. Autor omawia skutki używania zasady *omnia sunt interpretanda* w oderwaniu od koncepcji derywacyjnej.

21 *V. K. Płeszka, Wykładnia...*, s. 266–274.

22 *Ibidem*, s. 266.

w Unii Europejskiej, jedynie ekstensjonalne ujęcie modelu wykładni operatywnej pozwala na skonstruowanie modelu wykładni prounijnej. Wprowadził pojęcie wykładni równoległej, polegającej na równoległym pozyskiwaniu (denotacji) normy prawa krajowego i normy prawa wspólnotowego (unijnego). Skonstruowany przez niego, oparty na modelu wzorca normatywnego, model składa się z czterech etapów.

Pierwszy z nich polega „na ustaleniu denotacji interpretowanego wyrażenia tekstu prawnego, czyli klasy stanów rzeczy przepisanych przez normę prawa krajowego”. Drugi to faza walucyjna, której celem jest usunięcie wątpliwości co do zakresu interpretowanego wyrażenia, przy zastosowaniu dyrektyw wykładni, przy czym, ze względu na specyfikę prawa unijnego, należy odstąpić od ustalania hierarchii oraz kolejności poszczególnych kanonów interpretacyjnych²³.

Trzeci etap ma za zadanie rekonstrukcję wspólnotowego (unijnego) wzorca interpretacyjnego i porównanie obu wzorców. K. Pleszka doszedł przy tym do wniosku, że:

[...] w istocie rzeczy w etapie trzecim mamy do czynienia ze swoistą metainterpretacją ze względu na wyniki, przy czym ustalenie wyniku nie następuje przez zastosowanie jednego z kanonów wykładni, lecz poprzez ustalenie denotacji dwóch różnych norm w drodze użycia wszystkich kanonów interpretacyjnych, a następnie ich porównanie²⁴.

Zakres normowania obu norm (tj. zakres stanów faktycznych obejmowanych przez normy) – prawa krajowego i prawa unijnego – waha się i konieczny może okazać się powrót do interpretacji prawa krajowego w celu rozszerzenia lub zawężenia zakresu zbioru stanów faktycznych obejmowanych przez normę prawa krajowego. Interpretator winien uciec się w tym zakresie przede wszystkim do dyrektyw systemowych i funkcjonalnych, przy czym znaczenie mają tylko reguły preferencji oparte na aksjologii krajowego porządku prawnego²⁵. K. Pleszka, zauważając problem różnic w aksjologii krajowych i unijnego porządków prawnych, dochodzi do wniosku, że wykładnia prowspólnotowa (prounijna):

[...] dopuszcza dywersyfikację i różnorodność wartości, pod warunkiem jednolitych ocen rezultatów na obszarze Wspólnoty. Jak się wydaje, jest to zgodne z wolą państw członkowskich, z których każde, przyjmując Traktat Akcesyjny, opierało się właśnie na wspólnocie wartości²⁶.

23 *Ibidem*, s. 269–274.

24 *Ibidem*, s. 273.

25 *Ibidem*, s. 273–274.

26 *Ibidem*, s. 274.

Czwarty etap, który standardowo w wykładni ekstensjonalnej polega na wyborze jednej z alternatyw interpretacyjnych przy zastosowaniu reguł preferencji, w przypadku wykładni prowsólnotowej (pronunijnej) sprowadza się albo do zastosowania normy prawa krajowego, albo – w przypadku jego niedającej się usunąć niezgodności – do odmowy jej zastosowania i oparcia się na normie prawa wspólnotowego (unijnego) zgodnie z zasadą pierwszeństwa. Ze względu na pierwszeństwo prawa europejskiego, nie powstaje nigdy problem wyboru między wynikami denotacji normy prawa krajowego i prawa unijnego²⁷.

Porównując skonstruowany przez K. Pleszkę model wykładni do „klasycznego” modelu wzorca normatywnego, należy podkreślić precyzyjny opis kluczowego, trzeciego etapu modelu wykładni. Wątpliwości budzi jednak uwzględnianie w toku przeprowadzania wtórnej denotacji normy krajowej za pomocą dyrektyw funkcjonalnych wykładni (a zatem na trzecim etapie, po stwierdzeniu rozbieżności zakresów normowania wzorców krajowego i unijnego) wyłącznie wartości przypisywanych krajowemu prawodawcy. Wydaje się, że takie podejście nie przystaje do zaleceń Trybunału Sprawiedliwości zawartych w orzeczeniu *Marleasing* podkreślającym, że obowiązek wykładni pronunijnej sięga „tak daleko, jak to jest możliwe”, aby osiągnąć cel dyrektyw czy też szerzej prawa unijnego²⁸. Model wykładni pronunijnej K. Pleszki nie odpowiada także na pytanie, w jaki sposób interpretator ma rozpoznać, że winien przystąpić do dokonywania wykładni pronunijnej. Skoro obowiązkiem tym mogą być objęte potencjalnie wszystkie przepisy prawa krajowego²⁹, to model wykładni powinien dostarczyć interpretatorowi narzędzia pozwalającego na rozpoznanie, czy dany przepis należy wyklądać pronunijnie. Przedstawiona przez K. Pleszkę procedura postępowania interpretatora nie jest wpisana w uniwersalny model dokonywania wykładni przepisów prawa krajowego, lecz jest odrębną, szczególnego rodzaju metodą wykładni, według której należy działać, gdy interpretator dojdzie do wniosku, że winien dokonać wykładni pronunijnej. Problem ten zauważa sam autor, wskazując, że poza zakresem procesu wykładni prawa europejskiego pozostaje określenie, czy zachodzą okoliczności jej zastosowania. Argumentuje on, że zagadnienie to stanowi „raczej warunek wstępny procesu interpretacji”, chociaż sam konstatuje, że nie pozostaje bez wpływu na teoretyczne określenie tego procesu³⁰. Powyższe zagadnienie wpisuje się w tradycyjny spór dotyczący zasady *clara non sunt interpretanda* w jej wersji antyinicjującej³¹. Nie można wykluczyć sytuacji, w której dany przepis pozostaje niejasny

27 *Ibidem*, s. 273–282.

28 Cf. T. Koncewicz, *op. cit.*, s. 36.

29 Cf. S. Biernat, *Wykładnia prawa krajowego zgodnie z prawem Wspólnot Europejskich* [w:] *Implementacja prawa integracji europejskiej w krajowych porządkach prawnych*, red. C. Mik, Toruń 1998, s. 140.

30 Cf. K. Pleszka, *Wykładnia...*, s. 261.

31 Na temat odróżnienia antyinicjującego i antykontynuacyjnego rozumienia paremii *clara non sunt interpretanda* v. O. Bogucki, M. Zieliński, *Wykładnia prawa we współczesnym orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, Sądu Najwyższego i Naczelnego Sądu Administracyjnego*, [w:] *Orzecznictwo*

i interpretator przystąpi do wykładni, ale nie będzie zdawał sobie sprawy, że winien dokonywać wykładni według modelu prounijnego. Zdaje się też możliwe, że przepis krajowy będzie wydawał się jasny – a zatem będzie zachodziła w przekonaniu interpretatora sytuacja izomorfii – ale skonfrontowany z prawem unijnym taką jasność utraci – a zatem interpretator winien rozpocząć również wykładnię prounijną prawa krajowego. Należy także podnieść argument podany przez Konrada Łuczaka, według którego funkcją wykładni prounijnej jest zapewnienie efektywności prawa unijnego, a nie tylko usuwanie wątpliwości dotyczących znaczenia niejasnych przepisów (klaryfikacja)³².

Problematyka wykładni prounijnej była także przedmiotem zainteresowania Macieja Zielińskiego. Konstruując swój derywacyjny model wykładni prawa krajowego, włączył do niego również dyrektywę wykładni prounijną, którą uznał za interpretacyjną systemową, i nadał jej rangę reguły. Ma ona zastosowanie jedynie w ostatniej, percepcyjnej fazie wykładni. Proces wykładni w ujęciu Macieja Zielińskiego składa się z trzech faz: porządkującej, rekonstrukcyjnej i percepcyjnej³³. Reguła oznaczona w derywacyjnym algorytmie numerem 21 (a zatem druga reguła wykładni systemowej fazy percepcyjnej) nakazuje – zgodnie z dyrektywami systemowymi pionowymi – sprawdzić m.in., czy treść normy jest zgodna z normami prawa Unii Europejskiej, a reguła numer 22 nakazuje odrzucić takie znaczenie interpretowanego zwrotu, które prowadziłoby do konfliktu pionowego norm. W derywacyjnym modelu wykładni dyrektywy systemowe wykładni mają zastosowanie jedynie w wariantcie pierwszym fazy percepcyjnej, a zatem tylko wówczas, gdy wynik osiągnięty przy pomocy zastosowania dyrektyw językowych wykładni nie jest jednoznaczny³⁴.

Z analizy powyższego stanowiska wysunąć można kilka wniosków. Po pierwsze, wykładnia prounijna nie jest odrębnym schematem postępowania, ale fragmentem modelu wykładni prawa krajowego. Po drugie, w modelu derywacyjnym doprowadzenie do wykładni zgodnej z normami Unii Europejskiej odbywa się poprzez porównanie wyrażenia normokształtnego, pozyskanego z tekstu prawnego ustanowionego przez polskiego prawodawcę, z normą prawa Unii Europejskiej. Po trzecie, model derywacyjny, sytuując obowiązek uwzględniania prawa europejskiego pośród dyrektyw systemowych wykładni, automatycznie nadaje wykładni prounijnej wyłącznie limitujący charakter. Dyrektywa ta uruchamiana jest bowiem jedynie w przypadku niejednoznaczności tekstu prawnego krajowego prawodawcy i służyć ma do dokonania wyboru jednego z alternatywnych rozwiązań językowych. M. Zieliński podkreśla, że problematyka niezgodności jednoznacznych językowo norm prawa krajowego z prawem unijnym została przesunięta do sfery

sądowe w sprawach karnych. Aspekty europejskie i unijne, Warszawa 2008, s. 75.

32 K. Łuczak, *op. cit.*, s. 64–65.

33 V. M. Zieliński, *Wykładnia...*, s. 311–342

34 *Ibidem*, s. 335.

rozstrzygnięcia problemów walidacyjnych³⁵. Model derywacyjny nie przewiduje odwołania się do systemu wartości przypisywanych prawodawcy europejskiemu w przypadku jednoznacznego wyniku wykładni językowej. Wynikać to może albo z założenia o identyczności systemów aksjologicznych przypisywanych krajowemu i europejskiemu prawodawcy, albo też ze zignorowania systemu wartości reprezentowanego przez prawodawcę europejskiego w przypadku, gdy wynik wykładni językowej jest jednoznaczny. Pierwsza sytuacja wydaje się kontrfaktyczna, a z pewnością nie została w żaden sposób uzasadniona. Identyczność systemów wartości obu prawodawców musiałaby bowiem być najpierw poddana analizie, a następnie porównana. Można mówić o niej dopiero w przypadku pełnej zbieżności pomiędzy katalogiem wartości i ich usytuowaniem w hierarchii u danego prawodawcy. Systemy wartości w obu przypadkach musiałyby być też niezmiennie, by stałe zakładać ich identyczność. Model derywacyjny nie przewiduje żadnych instrumentów interpretacyjnych, które kazałyby porównywać oba systemy wartości.

Wobec analizy przyczyny braku nakazu odwoływania się do systemu wartości przypisywanych prawodawcy europejskiemu, w przypadku jednoznacznego wyniku wykładni językowej bardziej prawdopodobne wydaje się drugie rozwiązanie, a mianowicie świadome zignorowanie systemu wartości prawodawcy europejskiego. Przyczyną tego stanu rzeczy może być przedstawiony wcześniej pogląd M. Zielińskiego, według którego problematyka niezgodności jednoznacznych językowo norm prawa krajowego z prawem unijnym została przesunięta do sfery rozstrzygnięcia problemów walidacyjnych³⁶. Należy zaznaczyć jednak, że czym innym są normy prawa unijnego, a czym innym dyrektywy funkcjonalne oparte na założeniach przypisywanych unijnemu prawodawcy. Ponadto w teorii wykładni powszechnie przyjmuje się, że dyrektywy wykładni funkcjonalnej mogą być stosowane na dwa sposoby: jako dyrektywy wyboru jednego z alternatywnych znaczeń językowych tekstu prawnego albo prowadzące do ustalenia samoistnego znaczenia interpretowanego wyrażenia³⁷. W tym drugim przypadku dochodzi do wykładni rozszerzającej, która polega na tym, że „zakres zastosowania lub normowania normy otrzymany na podstawie reguł funkcjonalnych jest nadrzędny w stosunku do wyniku zastosowania reguł językowych”³⁸. W konsekwencji należy stwierdzić, że model derywacyjny nie przewiduje możliwości dokonania wykładni rozszerzającej polegającej na przełamaniu wykładni językowej w sytuacji, gdy reguły funkcjonalne odwołujące się do systemu wartości przypisywanych europejskiemu prawodawcy wskazują, że dochodzi do

35 *Ibidem*, s. 296.

36 *Loc. cit.*

37 Cf. K. Pleszka, *Wykładnia...*, s. 182; T. Gizbert-Studnicki, *Wykładnia celowościowa*, „Studia Prawnicze” 1985 z. 3–4, s. 61 i n.; T. Spyra, *Granica wykładni prawa. Znaczenie językowe tekstu prawnego jako granica wykładni*, Kraków 2006, s. 127; K. Pleszka, *Językowe znaczenie tekstu prawnego jako granica wykładni*, [w:] *Filozoficzno–teoretyczne problemy sądowego stosowania prawa*, red. M. Zirk-Sadowski, Łódź 1997, s. 71–77.

38 Cf. M. Zieliński, *Wykładnia...*, s. 239.

zaburzenia spójności aksjologicznej. Nie ma dyrektywy analogicznej do reguły numer 40, która, na gruncie reguł funkcjonalnych odwołujących się do założenia o racjonalności aksjologicznej krajowego prawodawcy, nakazuje tak zmienić językowo jasne znaczenie interpretowanego zwrotu, aby została zapewniona spójność aksjologiczna, czyli dokonać wykładni rozszerzającej albo zwężającej³⁹. Wykładnia prounijna ujmowana jest w derywacyjnym modelu stosunkowo wąsko, co stoi w sprzeczności ze stanowiskiem Trybunału Sprawiedliwości zawartym w wyroku *Marleasing*⁴⁰.

Po czwarte, model derywacyjny nie opisuje, w jaki sposób odbywać ma się porównanie wyrażenia normokształtnego pozyskanego z tekstu prawnego ustanowionego przez polskiego prawodawcę z normą prawa Unii Europejskiej. Nie wiadomo dokładnie, jakie czynności winien przedsięwziąć interpretator, aby prawidłowo przeprowadzić proces porównania obu norm. Trudności może sprawiać sama interpretacja normy prawa Unii Europejskiej: czy możliwe jest jedynie uzyskanie takiej normy poprzez działania derywacyjne czy też dopuszczalna jest interpretacja według innej koncepcji, przykładowo według kanonów hermeneutyki prawniczej czy koncepcji argumentacyjnych. M. Zieliński dopuszcza w tym zakresie odmienną od derywacyjnej metodę pozyskania normy, akceptując autonomię unijnej kultury interpretacyjnej⁴¹. Wskazuje on, że wykładnia przepisów krajowych powinna być poprzedzona „swoistą wykładnią przepisów unijnych”, która polega na uwzględnieniu szczególnych cech tekstów prawa unijnego, takich jak wielojęzyczność czy rozbudowane preambuły, a także akceptacji unijnej kultury interpretacyjnej z jej naciskiem na dyrektywy funkcjonalne⁴². Powoduje to jednak pewien wyłom w spójnym modelu derywacyjnym wykładni. Z jednej bowiem strony, przy interpretacji normy z tekstu prawnego ustanowionego przez krajowego ustawodawcę interpretator winien ściśle trzymać się derywacyjnego algorytmu. Z drugiej, w przypadku pozyskiwania normy prawa europejskiego podmiot dokonujący wykładni może, a nawet powinien odejść od dokonywania interpretacji według modelu derywacyjnego. Przeczy to w pewien sposób tezie o jego uniwersalności i zupełności.

Nowy sposób wykorzystania koncepcji derywacyjnej do wykładni prawa krajowego w kontekście prawa unijnego zaproponowała Andżelika Godek⁴³. Punkt wyjścia dla jej propozycji stanowiło założenie, że prawo unijne to w istocie część prawa krajowego i nie można wykluczyć rozczłonkowania syntaktycznego poszczególnych elementów składających się na normę prawną w przepisach pochodzących od prawodawcy krajowego i prawodawcy unijnego. Zatem już w fazie rekonstrukcyjnej wykładni interpretator,

39 *Ibidem*, s. 342.

40 Cf. T. Koncewicz, *op. cit.*, s. 36.

41 Cf. M. Zieliński, *Wykładnia...*, s. 296.

42 *Loc. cit.*

43 V. A. Godek, *Zastosowanie derywacyjnej koncepcji wykładni prawa do rozstrzygania spraw ze stosowaniem przepisów unijnych*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2011 z. 1, s. 21–39.

chcąc pozyskać wyrażenie normokształtne, winien odwołać się do przepisów prawa krajowego i prawa unijnego. Zgodnie z koncepcją derywacyjną, wyrażenie normokształtne to taka wypowiedź, która zawiera wszystkie elementy syntaktyczne normy prawnej: nakaz określonego zachowania, okoliczności i adresata. W fazie rekonstrukcyjnej wykładni najpierw należy pozyskać przepis zrębowy niezupełny (zatem taki, który zawiera co najmniej operatora zakazu albo nakazu oraz zachowanie się będące przedmiotem jakiegoś obowiązku), a następnie uzupełnić je przepisem bądź przepisami uzupełniającymi. A. Godek podaje zarówno przykłady, w których przepis zrębowy i część przepisów uzupełniających ustanowione zostały przez prawodawcę unijnego, a część przepisów uzupełniających przez prawodawcę krajowego, jak też sytuację odwrotną – gdzie przepis zrębowy został ustanowiony przez prawodawcę krajowego, a przepisy uzupełniające pochodzą od prawodawcy unijnego. Dopiero sięgnięcie do wszystkich tych przepisów pozwoliło zrekonstruować wyrażenie normokształtne.

Zgodnie z koncepcją derywacyjną norma może być nie tylko rozczłonkowana syntaktycznie, ale również treściowo. Z chwilą zakończenia etapu rekonstrukcji syntaktycznej interpretator dysponuje przepisem centralnym, a zatem zrębowym, uzupełnionym o wszystkie elementy. Kolejnym jego zadaniem jest ustalenie, czy dany przepis centralny jest przepisem pełnym, który nie wymaga już żadnych zabiegów rekonstrukcyjnych, czy też niepełnym i należy uzupełnić go w oparciu o przepisy modyfikujące treściowo. A. Godek stawia i popiera przykładami tezę o tym, że zarówno przepis centralny zrekonstruowany z przepisów ustanowionych przez prawodawcę krajowego może być modyfikowany treściowo w oparciu o modyfikatory znajdujące się w akcie prawnym ustanowionym przez unijnego prawodawcę, jak i możliwa jest sytuacja odwrotna – modyfikacja treściowa przepisu centralnego unijnego przez modyfikatory zawarte w prawie krajowym. Podkreśla jednak, że zasada pierwszeństwa i efektywności prawa unijnego oraz dyrektywa wykładni pronunijnej z zasady determinują kierunek modyfikacji treściowej – przepisy modyfikujące znajdują się przede wszystkim w unijnych aktach prawnych⁴⁴.

W myśl koncepcji derywacyjnej, normy prawne są nie tylko rozczłonkowane w przepisach, ale także skondensowane. Przepisy zrębowe, uzupełniające czy modyfikujące, które są podstawą do rekonstrukcji jednej normy, stanowić mogą zarazem element innej. Zjawisko kondensacji norm postępowania w przepisach prawnych może, zdaniem autorki koncepcji, przebiegać także krzyżowo pomiędzy przepisami krajowymi i unijnymi⁴⁵. Taka sytuacja występuje np. gdy przepis zrębowy prawa krajowego uzupełniony o przepis uzupełniający prawa krajowego wysławiać może jedną normę, a uzupełniony o przepis uzupełniający prawa unijnego, drugą normę.

Pochodzenie elementów normy prawnej, syntaktycznych czy też treściowych, od różnych w sensie socjologicznym prawodawców tj. krajowego i unijnego, autorka nazywa

44 *Ibidem*, s. 35.

45 *Ibidem*, s. 35–37.

hybrydyzacją systemu prawa, a samą normę utworzoną z przepisów zawartych w akcie prawa krajowego i prawa unijnego – hybrydą normatywną⁴⁶. Zdaniem A. Godek, koncepcje wykładni skupiające się na semantycznym znaczeniu norm prawnych, jak koncepcja klaryfikacja, nie są w takich przypadkach skutecznym narzędziem interpretacyjnym, bowiem, w przeciwieństwie do teorii derywacyjnej, nie przewidują fazy walidacyjnej i rekonstrukcyjnej wykładni. Opisany sposób zastosowania koncepcji derywacyjnej do interpretacji przepisów prawnych pochodzących od socjologicznie różnych prawodawców jest w istocie jedną z propozycji tego, jak wyglądać powinna wykładnia pronunijna. Autorka nie przedstawia pełnego modelu wykładni pronunijnej, od samego rozpoczęcia działań interpretacyjnych aż do ich zakończenia, ale skupia się na jednej fazie wykładni, a mianowicie fazie rekonstrukcyjnej w modelu derywacyjnym. Nie sposób jednak pominąć jej rozważań, gdyż stanowią one mogą fragment pełnego modelu wykładni pronunijnej w ujęciu derywacyjnym.

Podsumowanie

Konkludując, należy podkreślić, że Trybunał Sprawiedliwości wytyczył jedynie ramy, pewne ogólne założenia dotyczące wykładni pronunijnej przepisów prawa krajowego, pozostawiając sam sposób przeprowadzenia wykładni koncepcjom poszczególnych państw członkowskich. Ramy te tworzą cele, do jakich prowadzić ma wykładnia – to realizacja celu dyrektywy (czy też ogólnie celu prawa unijnego) oraz nakaz skierowany do interpretatora, aby próbować go osiągnąć „tak daleko, jak to jest możliwe”. Powyższe sformułowanie nie oznacza jednak dowolności w osiągnięciu tego rezultatu, a granicą wykładni pronunijnej jest zawsze wykładnia *contra legem*⁴⁷. Najogólniej rzecz ujmując, wykładnią *contra legem* jest proces interpretacji przeprowadzony niepoprawnie, czyli w sposób sprzeczny z określonymi kanonami interpretacyjnymi, prowadzący do błędnego wyniku wykładni⁴⁸. Wykładnia *contra legem* to wyraz negatywnej oceny działań jednego interpretatora przez drugiego. Do oceny poprawności przeprowadzonych działań interpretacyjnych niezbędne jest określenie modelowego sposobu postępowania, czyli spójnego i obiektywnego zbioru reguł interpretacyjnych. Tylko wówczas możliwe jest wskazanie, czy dany sposób interpretacji jest już sprzeczny z prawem.

Model wykładni pronunijnej nie powinien być tworzony w oderwaniu od dominujących w danym państwie członkowskim koncepcji wykładni. Prowadziłoby to najpierw do swoistego dualizmu interpretacyjnego (jedna koncepcja wykładni dla przepisów kra-

46 *Ibidem*, s. 38.

47 Cf. S. Biernat, *op. cit.*, s. 134; T. Koncewicz, *op. cit.*, s. 37; B. Kurcz, *Dyrektywy Wspólnoty Europejskiej i ich implementacja do prawa krajowego*, Kraków 2004, s. 200.

48 V.J. Wróblewski, *Interpretatio secundum, praeter et contra legem*, „Państwo i Prawo” 1961 nadbitka z numeru 4–5 (182–183), s. 617–619.

jowych, a druga dla przepisów krajowych z elementem unijnym), a potem do anarchii interpretacyjnej. Model wykładni prounijnej musi zostać oparty na konkretnym modelu, stworzonym na podstawie określonej koncepcji. W przypadku polskiej teorii prawa, takie modele stworzyły dwie dominujące koncepcje – klaryfikacyjna i derywacyjna (przy czym w ostatnim czasie coraz częściej mówi się o jednej zintegrowanej koncepcji wykładni prawa, która łączyłaby obie te teorie⁴⁹). Formułując model wykładni prounijnej prawa krajowego, należy zmodyfikować w odpowiedni sposób jeden z tych dwóch modeli, a nie tworzyć odrębną procedurę interpretacyjną. Przeprowadzanie procesu interpretacji według określonej koncepcji wykładni spełniałoby założenia wskazane przez Trybunał Sprawiedliwości w orzeczeniu *Marleasing*, w którym nie znalazł się nakaz stworzenia nowej koncepcji wykładni, ale obowiązek dążenia interpretatora do określonego celu z zachowaniem autonomii interpretacyjnej poszczególnych państw członkowskich. Taki model należałoby w pierwszym rzędzie odpowiednio uzupełnić o czynności pozwalające interpretatorowi na ustalenie, czy należy wziąć pod uwagę również prawo unijne, a w przypadku pozytywnej odpowiedzi, na podjęcie dalszych kroków zmierzających do osiągnięcia rezultatu wskazanego przez Trybunał Sprawiedliwości, tj. realizacji celu prawa unijnego.

Dokonując transformacji modelu wykładni, nie można zapominać o nakazie poszukiwania takiej interpretacji, by cel prawa unijnego zrealizować w możliwie najepełniejszy sposób. Na kanwie koncepcji derywacyjnej nie wydaje się spełnieniem tego postulatu ograniczenie się do zaliczenia wykładni prounijnej do dyrektyw systemowych. Ze względu na rozczłonkowanie syntaktyczne i treściowe oraz kondensację norm, zarówno w przepisach pochodzących od prawodawcy krajowego, jak i unijnego, istnieje konieczność brania pod uwagę przepisów prawa unijnego już w fazie rekonstrukcyjnej wykładni. Uważam także za niezbędne sięgnięcie po prawo unijne w fazie percepcyjnej wykładni w każdym przypadku, jako dyrektywy funkcjonalnej, wykładni i odwołanie się do aksjologii przypisywanej unijnemu prawodawcy. Ten ostatni postulat dotyczy także modelu klaryfikacyjnego wykładni. Należy zaznaczyć jednak, że koncepcja ta w ogóle nie przewiduje odpowiednika fazy rekonstrukcyjnej w ujęciu derywacyjnym, a co za tym idzie, nie stanowi narzędzia, które pozwalałoby denotować normę prawną z przepisów pochodzących od socjologicznie różnych prawodawców – krajowego i europejskiego. Nie daje również odpowiedzi, kiedy należy przystąpić do wykładni prounijnej prawa krajowego, a zatem kiedy interpretator ma do czynienia z sytuacją wykładni.

Jak wynika z powyższych rozważań, w polskiej nauce prawa nie została jeszcze wypracowana procedura interpretacyjna, która spełniałaby wszystkie oczekiwania wobec modelu wykładni prounijnej, tj. uniwersalności, spójności, osadzenia w ramach konkretnej koncepcji interpretacyjnej oraz zapewnienia możliwie pełnej realizacji celów prawa

49 Cf. M. Zieliński, M. Zirk-Sadowski, *Klaryfikacyjność i derywacyjność w integrowaniu polskiej teorii wykładni prawa*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2011, z. 2; *Zintegrowanie polskich koncepcji wykładni prawa*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2009 z. 4, s. 23–40.

unijnego. Propozycje dotyczące sposobu dokonywania wykładni prounijnej są nierzadko ze sobą sprzeczne. W pierwszym rzędzie wzajemnie wykluczają się dwa modele prezentowane w nauce prawa europejskiego: model wzorca interpretacyjnego oraz model harmonizacji kontekstów. Po drugie, w toku dyskusji teoretycznoprawnej, obok prób pogodzenia koncepcji klaryfikacyjnej i derywacyjnej z modelem wzorca normatywnego pojawił się pogląd dotyczący hybrydyzacji systemu prawnego. Stosując derywacyjny model wykładni, A. Godek zaproponowała uwzględnienie już w fazie rekonstrukcyjnej fragmentów przepisów pochodzących od prawodawcy krajowego i unijnego. Zabieg ten skutkuje konstruowaniem hybryd normatywnych, czyli wyrażen normokształtnych, na które składają się fragmenty przepisów pochodzące z aktów normatywnych wydanych przez różnych socjologicznie prawodawców. Należy podkreślić, że założenia dopuszczającego obowiązywanie w systemie prawnym hybryd normatywnych nie da się pogodzić z modelem wzorca normatywnego. Model ten nakazuje bowiem całkowicie odrębnie pozyskać obie normy – krajową i unijną, a następnie dokonać ich porównania. Wyklucza zatem obowiązywanie w systemie prawnym hybryd normatywnych. Polska nauka prawa – w toku dalszej dyskusji dotyczącej modelu wykładni prawa unijnego – będzie musiała podjąć opisane wyzwanie i dokonać definitywnego wyboru pomiędzy tymi dwoma propozycjami.

SUMMARY

Discussion on the model of pro-EU interpretation of national law in Polish jurisprudence

The aim of this paper is to present the discussion on normative models of the pro-EU interpretation of national law in Polish jurisprudence. The European Court of Justice drew only general assumptions concerning the pro-EU interpretation, and left the Member States free to choose the methods of its implementation. The author analyses the proposals of the models described in the science of European law as well as in the theory of law, and on that basis comes to the conclusion that a universal and consistent model that would ensure full realisation of the EU law objectives regarding the pro-EU interpretation has not yet been developed.

KEYWORDS: normative models of the pro-EU interpretation

ANNA LASZCZYK, MICHAŁ GAJDUS

Wedle dobrych obyczajów czy zgodnie z zasadami współżycia społecznego?

Uwagi na tle funkcjonowania klauzuli generalnej z Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

W ostatnim dwudziestolecu można zaobserwować tendencję ustawodawcy do odchodzenia od utartej i głęboko już osadzonej w systemie prawa prywatnego klauzuli „zasad współżycia społecznego”, którą uznawano za „klauzulę socjalistyczną” i której konotacje aksjologiczne wydawały się przebrzmiałe¹. W miejsce zasad współżycia społecznego ustawodawca wielokrotnie posługuje się klauzulą dobrych obyczajów. Jej geneza w polskim porządku prawnym sięga jeszcze czasów przedwojennych. W związku z tym, że nie zdecydowano się na całkowite zastąpienie jednej klauzuli drugą oraz wobec tego, że z intencji ustawodawcy nie wynika jednolicie, dlaczego w poszczególnych aktach używa się klauzuli dobrych obyczajów, a nie innego pojęcia niedookreślonego, istotne wydaje się ustalenie wzajemnych relacji pomiędzy tymi dwoma klauzulami generalnymi. Zdaje się bowiem, że brak konsekwencji u ustawodawcy doprowadził do chaosu pojęciowego, który nie jest bez znaczenia zarówno dla techniki legislacyjnej, jak i dla interpretacji prawa.

Kwestia znaczenia dobrych obyczajów przez wiele dziesięcioleci była w zasadzie nieistotna. Klauzula ta przetrwała, co prawda, w nielicznych aktach prawnych, takich jak Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z 1926 roku, ale dominującą klauzulę generalną stanowiły zasady współżycia społecznego. Dobre obyczaje „powróciły” w Ustawie z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: ZNKu). Kilkanaście lat funkcjonowania tej ustawy nie przyniosło rozstrzygnięcia co do relacji pomiędzy zasadami współżycia społecznego a dobrymi obyczajami. Wręcz przeciwnie, w kolejnych aktach prawnych, np. w Ustawie z dnia 23 kwietnia 2007 roku o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym², wzorowanej na ZNKu, ustawodawca – w naszej ocenie – bezrefleksyjnie zdecydował się na posłużenie się terminem „dobre obyczaje”, co wspomniany już chaos pojęciowy jeszcze pogłębiło. Dlatego też ocena tego,

1 E. Łętowska, *Prawo umów konsumenckich*, Warszawa 1999, s. 79.

2 Dz.U. z 2007 r. nr 171, poz. 1206.

co jest, a co nie jest sprzeczne z dobrymi obyczajami w oparciu o ZNKu, może, naszym zdaniem, stanowić podstawę do wyciągania bardziej ogólnych wniosków.

Klauzule generalne w prawie prywatnym

Nie ulega wątpliwości, że klauzule generalne są w prawie niezbędne. Bez odwoływania się do pozaprawnych norm społecznych, moralnych czy zawodowych, których kodyfikacja lub choćby zdefiniowanie jest niemalże niemożliwe, prawo pozbawione byłoby elastyczności i nie odpowiadałoby zmieniającym się uwarunkowaniom społeczno-gospodarczym. Pozbawione sensu są próby ustawowego definiowania klauzul generalnych – zniweczyłoby to ich uelastyczniającą i adaptującą rolę. Zadanie objaśniania znaczenia klauzul generalnych powinno spoczywać w pierwszej kolejności na sądach i doktrynie, w drugiej zaś – zwłaszcza w stosunku do klauzul odwołujących się do zwyczajów zawodowych i gospodarczych – na organizacjach przedsiębiorców, przedstawicieli wolnych zawodów oraz konsumentów³.

Niekwestionowany jest w zasadzie pogląd, iż klauzulę generalną stanowi niedookreślony znaczeniowo zwrot, do którego odsyła przepis prawny⁴. Istotą tego odesłania jest brak gotowej formuły pozaprawnej, którą można zidentyfikować albo która zawarta byłaby w tekście prawnym. Odesłanie dotyczy pewnych wartości i norm, pozostawiając tym samym niezwykle szeroki luz decyzyjny organowi stosującemu prawo. Tym bardziej istotne wydaje się to, by dana klauzula generalna odsyłała do jasnych i dających się łatwo zrekonstruować norm, a jednocześnie, by nie straciła swej „generalności”, tj. by nie stała się „zwykłym” odesłaniem prawnym.

W kontekście tych rozważań szczególnie ważne jest stanowisko Trybunału Konstytucyjnego, który w orzeczeniu z dnia 17 października 2000 roku⁵, które zapadło w związku z konstytucyjnością klauzuli zasad współżycia społecznego, jako klauzuli o najszerszym polu oddziaływania i najszerszym zakresie znaczeniowym. Zdaniem Trybunału, warunkiem konstytucyjności przepisu odsyłającego do kryteriów pozaprawnych jest przewidywalność decyzji podejmowanej na podstawie takiego odesłania. Innymi słowy, Trybunał uznał, że przesłanką niezbędną do funkcjonowania klauzul generalnych są stabilny system oceniania oraz jednolitość orzecznictwa. Trybunał nie opowiada się, co prawda, za precyzowaniem treści klauzul generalnych, uznaje jednak, że obywatel ma prawo ocenić, czy jego zachowanie może być sprzeczne z daną klauzulą generalną⁶.

3 Znaczenie organizacji skupiających przedsiębiorców powinno być tym większe, im większe kompetencje zostały im przyznane i im większy jest ich udział w dialogu społeczno-gospodarczym.

4 R. Stefanicki, *Dobre obyczaje w prawie polskim*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2002 nr 5, s. 23.

5 Orzeczenie K 16/99.

6 Jest to istotne tym bardziej, że przy ocenie zachowania w stosunku do treści norm wynikających z klauzuli generalnej, w zasadzie nieistotna jest „wina” zainteresowanego. Możliwa jest bowiem sytuacja, w której podmiot, który dopuścił się czynu sprzecznego z normami, do których odsyła

Zachowaniu jednolitości orzecznictwa i przewidywalności odkodowanej treści klauzul generalnych nie sprzyjają na pewno chaos pojęciowy w systemie prawa prywatnego i mnogość klauzul generalnych. Nie ma wątpliwości, że niemożliwe jest istnienie jednej tylko klauzuli generalnej, która odwoływałaby się do wybranego katalogu norm. W systemie klauzul powinien panować, na tyle, na ile to możliwe, określony ład pojęciowy i – być może – mówiąc kolokwialnie, „hierarchia klauzul”. Ustawodawca powinien rozważnie używać pojęć niedookreślonych, zdając sobie sprawę z ich znaczenia, a także wzajemnych relacji pomiędzy nimi. Jeżeli bowiem w systemie prawa współistnieje kilka klauzul generalnych o podobnej treści aksjologicznej, to zadaniem ustawodawcy powinno być co najmniej: po pierwsze – określenie, które z tych klauzul pozostają do siebie w stosunku nadrzędności, a po drugie – operowanie nimi w taki sposób, aby dla adresata normy prawnej było jasne, do którego katalogu norm odwołuje się ustawodawca i z jakich względów. Niedopuszczalne jest w naszej ocenie zastępowanie klauzul na zasadzie ich „podobieństwa” znaczeniowego.

Generalna klauzula nieuczciwej konkurencji

Uwagi ogólne

Art. 3 ust. 1 ZNKu za czyn nieuczciwej konkurencji uznaje działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Mamy więc tu do czynienia z bezprawnością *sensu largo*, polegającą na sprzeczności z dobrymi obyczajami, oraz *sensu stricto*, polegającą na sprzeczności z prawem, co można zrekonstruować jako sprzeczność z przepisem prawa stanowionego, a zatem np. z ustawą, rozporządzeniem wykonawczym do ustawy lub umową międzynarodową.

W związku z tym, że – jak już wskazano – ustawodawca zdecydował się posłużyć pojęciem dobrych obyczajów po kilkudziesięcioletnim ich niebycie prawnym, warto w tym miejscu odnotować przedwojenną genezę owego pojęcia i ówczesne rozumienie, które może wpływać także na jego współczesną wykładnię.

Pojęcie dobrych obyczajów zastosował niemiecki ustawodawca w Ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 7 czerwca 1909 roku, który to akt posłużył jako wzorzec przy tworzeniu polskiej Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z 1926 roku. Motywacją do zastosowania klauzuli generalnej było przeświadczenie, iż nie jest możliwe przewidzenie wszystkich zachowań przedsiębiorcy, jakie może on przedsięwziąć w toku swoich konkurencyjnych działań. Innymi słowy, niezbędne było użycie nieostrego pojęcia, niemniej jednak odpowiednio elastycznego, które zapewniałoby adekwatność

klauzula generalna, przy zachowaniu pełnej rzetelności i staranności nie zdawał sobie sprawy z „bezprawności” swojego zachowania, a i tak poniesie on negatywne konsekwencje takiego zachowania.

prawa do wciąż zmieniających się warunków gospodarczych⁷. Konieczność zastosowania powyższej klauzuli generalnej wynikała również z doświadczeń niemieckiego ustawodawcy, który w Ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z 1896 roku wskazał jedynie enumeratywne wyliczenie przejawów nieuczciwego konkurowania, bez odwoływania się do klauzul generalnych.

Taki sposób legislacyjnej adaptacji do zmiennej sytuacji rynkowej i rozwoju ekonomicznego rozpowszechnił się w Europie: podobne regulacje przyjmowały takie kraje, jak Szwecja, Polska i Austria. Pojęcie dobrych obyczajów stało się wyznacznikiem koncepcji nieuczciwej konkurencji również w prawie międzynarodowym⁸.

Także polski ustawodawca zastosował rozwiązanie niemieckie. Art. 3 Ustawy z 1926 miał brzmienie następujące:

kto poza przypadkami art. 1 i 2 szkodzi przedsiębiorcy przez czyny sprzeczne z obowiązującymi przepisami albo z dobrymi obyczajami (uczciwością kupiecką), jako to przez podawanie nieprawdziwych informacji o przedsiębiorstwie, przez podmaśnianie dla celów konkurencyjnych jego organów do niewypelniania obowiązków służbowych, przez wyjawianie tajemnic przedsiębiorstw technicznych i handlowych winien zaniechać tych czynów w razie wynagrodzić szkodę pokrzywdzonemu i ewentualnie dać mu zadośćuczynienie.

Jak wskazywali Alfred Kraus i Fryderyk Zoll, dobre obyczaje miały stanowić wskazówkę postępowania istniejącą obiektywnie w poczuciu etycznym społeczeństwa (lub, jeżeli chodzi o uczciwość kupiecką, w poczuciu kół kupieckich). Miarę tych wymagań stanowić miał przeciętny poziom moralny właściwy godziwemu życiu zarobkowemu i gospodarczemu⁹. Zdaniem Zygmunta Fenichela treści pojęcia dobrych obyczajów nie można wyłącznie identyfikować z moralnością bądź z obyczajami, gdyż jest ona ustalana w odniesieniu do konkretnej sprawy¹⁰. Fenichel wskazywał, że kryteriów dla tego pojęcia należy poszukiwać zarówno w myśleniu pewnego zawodu lub stanu (np. uczciwość kupiecka, czyli współczesne ekonomiczno-funkcjonalne podejście), czasem zaś w myśleniu „wszystkich sprawiedliwie myślących”¹¹.

7 A. Mokrysz-Olszyńska, *Dobre obyczaje w działalności gospodarczej*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2004 z. 1, s. 189.

8 Cf. art. 3 polskiej ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z 2 sierpnia 1926 r. oraz klauzule generalne ustaw o nieuczciwej konkurencji: austriackiej z 1932 r. oraz szwedzkiej z 1931 r., a także art. 10bis konwencji paryskiej o ochronie własności przemysłowej z 1883 r. wprowadzony w 1925 r. – tekst haski konwencji, zamieszczony w Dz.U. z 1932 r. nr 2, poz. 8.

9 A. Kraus, F. Zoll, *Polska ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – komentarz*, Poznań 1929, s. 173.

10 Z. Fenichel, *Pojęcie dobrych obyczajów w prawie polskim*, „Głos Prawa” 1934 nr 1–3, s. 23.

11 Określenie wywodzące się z prawa niemieckiego.

Jak wynika z powyższego, mimo odniesienia ustawodawcy do uczciwości kupieckiej, dobre obyczaje interpretowane były w doktrynie w sposób tradycyjny, czyli moralno-etyczny. Podobną linię można zaobserwować w orzecznictwie, jak np. w sprawie umieszczania na towarach (na etykietach wody kolońskiej „No 4711”) znaku kontrolnego, które to zachowanie służyło wyeliminowaniu z obrotu kupieckiego niepożądanych szkodników, a więc nie sprzeciwiało się etyce kupieckiej, lecz ją popierało. Usuwanie tego znaku jest dodatkową przesłanką powództwa, ponieważ Ustawa z 1926 roku rozszerzała ochronę przeciwko wszelkim działaniom nieetycznym bez względu na ich rodzaj (orzeczenie III C 827/36). Tutaj jednak należy zauważyć, iż zastosowanie kryterium ekonomiczno-funkcjonalnego doprowadziłoby do tych samych skutków.

Pierwotnie źródłem tego, co jest z nimi zgodne, a co sprzeczne, było „poczucie przyzwoitości uczciwego i znającego się na rzeczy kupca”¹². Powiązania dobrych obyczajów z uczciwością kupiecką dokonał również polski ustawodawca w Ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z 1926 roku. Także w Kodeksie zobowiązań z 1934 roku pojawiają się dobre obyczaje jako kryterium oceny ważności umowy (sprzeczność z nimi czyniła umowę nieważną). Nie pozostawia ono jednak zbyt wielu wytycznych, gdyż, jak wskazują A. Kraus i F. Zoll, znamion dobrych obyczajów abstrakcyjnie oznaczyć nie można¹³.

Jak wynika z powyższego, rozumienie pojęcia dobrych obyczajów w Polsce przedwojennej odpowiadało stanowisku panującemu w Niemczech już od początków XX wieku, tj. odnosiło się do oceny o charakterze moralno-etycznym¹⁴. Należy jednak dodać, iż pojęcie to było zgodnie z ówczesną judykaturą obiektywizowane. Jak podkreślają Kraus i Zoll: „ocena, czy dane działanie obraża dobre obyczaje, zależy od czynników obiektywnych, jest w zasadzie rzeczą obojętną, co działający sądzi o tej kwestii”¹⁵.

Dobre obyczaje a zasady współzycia społecznego

W nowej ustawie początkowo, wg projektu rządowego, czynem nieuczciwej konkurencji miało być „naruszenie przez przedsiębiorcę obowiązku działania w zakresie przedsiębiorstwa w sposób uczciwy oraz zgodny z prawem [co w myśl tej ustawy – dopowiedzenie autorów artykułu] stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta”. Komisja redakcyjna, pracująca nad ustawą od początku lat 90., zdecydowała się jednak, nie bez wątpliwości, na „powrót” do przedwojennej klauzuli dobrych obyczajów, gdyż posłużenie się dominującą w czasach socjalistycznych klauzulą zasad współzycia społecznego mogłoby być „zbyt ryzykowne

12 D. Reimer, *Wettbewerbs – u.ARENZEICHENRECHT. SYSTEMATISCHER KOMMENTARZUM WARENZEICHENGESETZ UND GEGEN DEN UNLAUTEREN WETTBEWERB*, Berlin 1954, s. 74.

13 A. Kraus, F. Zoll, *op. cit.*, s. 173.

14 J. Szwaja, *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, Warszawa 2000, s. 156.

15 A. Kraus, F. Zoll, *op. cit.*, s. 171–172.

dla dalszych losów ustawy¹⁶. Należy tu nadmienić, że w czasie prac nad wspomnianą ustawą rozważano w Kodeksie cywilnym (dalej: k.c.) dość poważnie odejście od klauzuli zasad współzycia społecznego. Wydaje się jednak, że opór budziła określona konotacja zasad współzycia społecznego. Jak pisał Stanisław Rudnicki:

dobre obyczaje [...] posiadają w naszej tradycji prawnej i w naszym systemie kulturowym opartym na chrześcijańskim systemie wartości zrozumiałą treść, w przeciwieństwie do wieloznacznego pojęcia 'zasad współzycia społecznego', budzącego od samego początku poważne wątpliwości znaczeniowe, zaczerpniętego ze słownika określonej ideologii¹⁷.

Odmiennego zdania był Tomasz Knypl, który uznawał zasady współzycia społecznego za klauzulę nadrzedną wobec dobrych obyczajów. Wskazywał ponadto na „jednolitość pojęć” i „bogate orzecznictwo” jako argumenty na rzecz zasad współzycia społecznego¹⁸. Zresztą, sam współautor ustawy – Janusz Szwaja – stwierdził, że: „ustawodawca może niezbyt szczęśliwie posłużył się terminem dobre obyczaje”¹⁹.

Zdaniem Mariana Kępińskiego, dobre obyczaje to normy moralne i zwyczajowe stosowane w działalności gospodarczej, które należy rozumieć podobnie do zasad współzycia społecznego²⁰. Naszym zdaniem nie jest to pogląd uzasadniony. Knypl słusznie bowiem zauważył, że zasady współzycia społecznego odwołują się do zasad właściwych społeczeństwu, są zatem z definicji bardziej abstrakcyjne i osadzone w szerszej przestrzeni²¹. Dobre obyczaje z kolei odnieść można raczej do określonej działalności gospodarczej. Zarówno Kępiński, jak i Knypl zgadzają się, że każda dziedzina działalności (nie tylko gospodarczej) wykształca (a przynajmniej wykształcać powinna) własne dobre obyczaje. Dobre obyczaje sąsiedzkie nie są tożsame z dobrymi obyczajami rodzinnymi²², tak jak dobre obyczaje producentów wiertarek nie są tożsame z dobrymi obyczajami doradców inwestycyjnych. Cezary Kosikowski zauważa przy tym, że zbiór dobrych obyczajów wynika ze zbioru reguł moralnych, obowiązujących w danym środowisku²³. Ten partykularyzm rozumienia dobrych obyczajów, naszym zdaniem, wzmacnia tylko tezę o braku ich

16 M. Kępiński, *Problemy ogólne ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1994 z. 2, s. 8.

17 S. Rudnicki, *Reklama sprzeczna z dobrymi obyczajami lub uchylająca godności człowieka*, „Monitor Prawniczy” 1996 nr 1, s. 4.

18 T. Knypl, *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – komentarz*, Sopot 1995, s. 37–38.

19 J. Szwaja, *op. cit.*, s. 40.

20 M. Kępiński, *op. cit.*, s. 9.

21 T. Knypl, K. Trzciniński, *Znaczenie zwyczajów i dobrych obyczajów w prawie handlowym i cywilnym*, „Przegląd Prawa Handlowego” 1997 nr 8, s. 19.

22 M. Kępiński, *op. cit.* s. 7.

23 C. Kosikowski, T. Ławicki, *Ochrona prawna konkurencji i zwalczanie praktyk monopolistycznych*, Warszawa 1994, s. 158–159.

tożsamości treściowej z zasadami współzycia społecznego. Jest to widoczne tym bardziej, że – jak proponuje Szwaja – w dobrych obyczajach nie chodzi o obyczaje gospodarcze, ale o zachowanie konkretnego przedsiębiorcy, a zatem kryterium powinny stanowić nie poglądy uczciwego człowieka, ale „oceny zorientowane na zapewnienie niezakłóconego funkcjonowania konkurencji, poprzez rzetelne i niezafałszowane współzawodnictwo jakością, ceną i innymi pożądanymi przez klientów cechami oferowanych towarów i usług”²⁴. Pogląd, jaki reprezentuje Szwaja, jest oczywiście wyrazem ekonomiczno-funkcjonalnego rozumienia dobrych obyczajów, jednak nie przystaje do teorii o podobieństwie omawianych klauzul. Jeśli bowiem wierzyć ustawodawcy, że nieużycie klauzuli zasad współzycia społecznego spowodowane było tylko i wyłącznie negatywnymi konotacjami, to dobre obyczaje powinny – w pewnym uproszczeniu, z uwzględnieniem dorobku przedwojennego – odsyłać do wartości, do których odsyłają zasady współzycia społecznego. Niemożliwy do pogodzenia jest zatem pogląd o ekonomiczno-funkcjonalnym charakterze dobrych obyczajów i jednocześnie ich zbliżonej treści do zasad współzycia społecznego.

Stanowisko judykatury

Jak wskazywali przedwojenni komentatorzy, abstrakcyjnie pojęcia dobrych obyczajów zdefiniować się nie da. Określenie zakresu znaczeniowego powyższego terminu zatem było i jest rolą orzecznictwa. Powstaje jednak pytanie, czy po latach stosowania powyższej klauzuli możemy mówić o wyklarowaniu się znaczenia powyższego pojęcia. Obecnie wciąż aktualne zdają się słowa Fenichela, który stwierdził, iż: „pojęcie dobrych obyczajów jest jednym z tych pojęć, które rozszerzają władzę sędziego”²⁵. Jak wskazał Sąd Apelacyjny w Gdańsku (wyrok I ACr 839/06), na tle art. 16 ZNKu nie wykształciły się jeszcze ani w orzecznictwie sądów, ani w doktrynie reguły, za pomocą których można by nadać jednoznaczną treść określeniu „sprzeczność z dobrymi obyczajami”.

Niemniej jednak można zauważyć, iż w orzecznictwie, podobnie jak w doktrynie, w odniesieniu do dobrych obyczajów przyjmowane jest zwykle podejście ekonomiczno-funkcjonalne, opierające się zapewnieniu niezakłóconego funkcjonowania konkurencji. Sąd Apelacyjny w Łodzi (wyrok I ACr 308/95) przyjął, że współzawodnictwo w zakresie przewozów pasażerskich, mimo naruszenia do pewnego stopnia interesu innego przedsiębiorcy, zasługuje na pozytywną ocenę, bowiem prowadzi do konkurencji w zakresie jakości i cen.

Sąd Apelacyjny w Lublinie (wyrok I ACa 281/98) wskazał, że nie jest sprzeczne z dobrymi obyczajami złożenie oferty i nawet usilne nakłanianie do jej przyjęcia. Sąd zauważył, iż przy interpretacji art. 3 ZNKu nie można posługiwać się ogólnym pojęciem dobrych obyczajów, ale należy raczej przyjąć za punkt wyjścia dobre obyczaje kupieckie, to jest takie, jakie są przyjęte i akceptowane w obrocie gospodarczym.

24 J. Szwaja, *op. cit.*, s. 40–41.

25 Z. Fenichel, *op. cit.*, s. 23.

Sąd Apelacyjny w Katowicach (wyrok V ACa 256/07), uznając za czyn sprzeczny z dobrymi obyczajami zachowanie polegające na wprowadzeniu do obrotu sztuców posiadających taki sam wygląd zewnętrzny jak produkowane i wprowadzone uprzednio przez innego przedsiębiorcę, przedstawił następujące rozumienie pojęcia dobrych obyczajów: dobre obyczaje kupieckie to pozaprawne normy postępowania, którymi winni kierować się przedsiębiorcy. Ich treści nie da się wyrazić w sposób wyczerpujący, gdyż kształtowane są przez ludzkie postawy warunkowane przyjmowanymi wartościami moralnymi, celami ekonomicznymi oraz praktykami życia gospodarczego, poza tym podlegają zmianom wraz z ideologiami politycznymi, społeczno-gospodarczymi i moralnymi. Ponadto, zdaniem Sądu Apelacyjnego, dobrym obyczajem jest niepodszycanie się pod firmę i renomę innego przedsiębiorcy. Tym orzeczeniem sąd z jednej strony wskazuje na ekonomiczno-funkcjonalne rozumienie dobrych obyczajów, z drugiej zaś – przybliża je znaczeniowo do zasad współżycia społecznego, co – jak się wydaje – nie jest rozumowaniem uzasadnionym.

Powyższe potwierdza, mimo wszystko, jednostronne i ekonomiczne rozumienie pojęcia dobrych obyczajów, jako norm obowiązujących w pewnym środowisku, jak również wskazuje na relatywność tych norm i tym samym akcentuje istotę funkcjonowania klauzul generalnych. Sąd dokonujący wykładni prawa powinien mieć na względzie także jej znaczenie na przyszłość. Określone rozumienie konkretnego zachowania jako zgodnego z dobrymi obyczajami lub z nimi sprzecznego, może wpływać na kształtowanie właściwych wzorców postępowania i zapobiegać upowszechnianiu praktyk niezaskługujących na aprobatę (wyrok III CKN 213/01).

Na gruncie ZNKu pojęcie dobrych obyczajów występuje zarówno w art. 3, jak i w art. 16, dotyczącym reklamy. W sprawie relacji tych dwóch przepisów wypowiedział się Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 26 września 2002 roku (III CKN 213/01), afirmując na początku ekonomiczno-funkcjonalne podejście w stwierdzeniu, że dobre obyczaje to normy moralne i zwyczajowe, stosowane w działalności gospodarczej. W przedmiotowej sprawie Sąd Najwyższy stwierdził, że przy analizie konkretnego przypadku (a taka jest konieczna w sprawach, w których niezbędne jest decydowanie o zgodności bądź sprzeczności z dobrymi obyczajami) okazuje się, że rozróżnienie węższego czy szerszego rozumienia pojęcia dobrych obyczajów, choć inspirujące do rozważań teoretycznych, w praktyce nie musi prowadzić do odmiennych ocen konkretnego zachowania na tle każdego z przepisów (tj. art. 3 ust. 1 oraz art. 16 ust. 1 pkt. 1). We wskazanej sprawie znajduje odzwierciedlenie stwierdzenie, że działanie reklamowe przedsiębiorcy, polegające na reklamie piwa bezalkoholowego w taki sposób, że stanowiło jednocześnie reklamę piwa alkoholowego, było sprzeczne z dobrymi obyczajami w każdym z przedstawionych sposobów rozumienia tego pojęcia. Nie oznacza to oczywiście, że nie istnieją przypadki, w których rozróżnienie węższego i szerszego rozumienia nie ma znaczenia; wręcz przeciwnie – można zaryzykować

twierdzenie, że takie rozróżnienie ma kapitalne znaczenie dla określenia, co jest czynem nieuczciwej konkurencji.

W świetle powyższego, należy stwierdzić, że sądy zdają sobie sprawę z konieczności indywidualnej oceny każdego przypadku sprzeczności z dobrymi obyczajami, jak również z konieczności wypełniania i definiowania tego pojęcia. Można jednak zauważyć wspólną tendencję do ograniczania zakresu przedmiotowego terminu jedynie do gospodarczych i ekonomicznych aspektów funkcjonowania podmiotów. Należy jednak pamiętać, że przy takim odczytywaniu znaczenia tego pojęcia, jego zakres jest znacznie węższy od zakresu zasad współżycia społecznego.

Stosowanie klauzuli dobrych obyczajów w innych ustawach

Obecnie powraca się do stosowania klauzuli dobrych obyczajów – jest ona używana nie tylko w Ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ale również w art. 3851 § k.c.²⁶, art. 17 Ustawy o swobodzie działalności gospodarczej²⁷, art. 29 ust. 1 pkt. Ustawy o prawie własności przemysłowej²⁸ oraz w art. 4 Ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym²⁹.

Artykuł 17 Ustawy o swobodzie działalności gospodarczej nakłada na przedsiębiorcę obowiązek działania w zgodzie z dobrymi obyczajami (prawdopodobnie w tym wypadku również można je utożsamić z uczciwością kupiecką i ekonomiczno-funkcjonalną wymową tego pojęcia). Ustawa Prawo własności przemysłowej wielokrotnie posługuje się terminem „dobre obyczaje”, szczególnie w odniesieniu do sposobu wykorzystania wynalazków czy też wzorów przemysłowych.

Można wysnuć generalny wniosek, że ustawodawca w przywoływanych aktach prawnych posługuje się klauzulą generalną dobrych obyczajów w sposób niejednolity i nieprzemysłany. Używanie tego pojęcia w tak odległych reżimach prawnych sugerowałoby jego szerokie zastosowanie i znaczną pojemność wartościowania, co kontrastuje z podejściem ekonomicznym.

Klauzula generalna dobrych obyczajów zdaje się szczególnie kontrowersyjna we wspomnianej już Ustawie o nieuczciwych praktykach rynkowych. Ustawa jest w zasadzie literalnym tłumaczeniem dyrektywy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym³⁰, z jednym drobnym, aczkolwiek znaczącym wyjątkiem. O ile w dyrektywie praktyka handlowa jest nieuczciwa, jeżeli sprzeciwia się „staranności zawodowej” (ang. *professional diligence*, niem. *Berufliche Sorgfalt*, franc. *diligence professionnelle*), o tyle ustawodawca krajowy, prawdopodobnie motywowany chęcią podtrzymania „spójności”

26 Dz.U. z 1964 r. nr 16, poz. 93.

27 Dz.U. z 2004 r. nr 173, poz. 1807.

28 Dz.U. z 2000 r. nr 49, poz. 508.

29 Dz.U. z 2007 r. nr 171, poz. 1206.

30 Dz.Urz. UE L nr 149 z 11.06.2005 r.

z Ustawą o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zdecydował się zastąpić sprzeczność ze starannością zawodową klauzulą sprzeczności z dobrymi obyczajami. W związku z tym, powstają co najmniej dwa zasadnicze pytania: po pierwsze, czy dobre obyczaje zakresowo pokrywają się ze starannością zawodową oraz, po drugie, czy dobre obyczaje z Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i dobre obyczaje z Ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym są pojęciami tożsamymi³¹.

Odpowiedź na pierwsze pytanie wydaje się prosta. Z uzasadnienia projektu ustawy krajowej można wywnioskować, że ustawodawca polski dążył do zachowania dorobku orzeczniczego i piśmienniczego dotyczącego ZNKu. Sama jednak intencja ustawodawcy, aby za zmianą językową klauzuli nie podążyła zmiana treściowa, jest jednak niezrozumiała. Wydaje się bowiem, że staranność zawodowa ma znaczenie węższe, ale i nieco bardziej zobiektywizowane od dobrych obyczajów. To pierwsze pojęcie odnosi się bowiem głównie do pewnego minimum rzetelności wymaganego w stosunkach zawodowych, wnikających także z kodeksów deontologicznych. Nie można więc w tym przypadku mówić np. o „zdrowej konkurencji” jako składowej staranności zawodowej. Staranność zawodowa ogranicza się do podejmowania pewnych działań w celu należytego wykonania zobowiązania.

Oczywiście, można także bronić zawężającego rozumienia pojęcia dobrych obyczajów, zbliżonego do staranności zawodowej, i tym samym uznać, że zachowanie przez ustawodawcę jednolitych pojęć w obu ustawach jest przejawem troski o klarowność systemu klauzul generalnych. Takie rozumowanie nie wydaje się jednak przekonujące z dwóch powodów. Po pierwsze, należy założyć, że ustawodawca działa w sposób racjonalny, mając na uwadze cały system prawa³², a zatem każda zmiana brzmienia przepisu prawa oznacza (zasadniczo) zmianę treściową. Innymi słowy, trudno wyobrazić sobie, że *prima facie* tak różne pojęcia, jak staranność zawodowa i dobre obyczaje w istocie mogą być używane zamiennie. Co więcej, stosowanie klauzuli dobrych obyczajów w tak odległych reżimach prawnych sugeruje, że mają one jednak nieco inną konotację. Po drugie, należy odpowiedzieć sobie na pytanie zadane powyżej, a mianowicie o relacje pomiędzy dobrymi obyczajami z ustawy o nieuczciwych praktykach kapitałowych i tych z ZNKu.

Jeżeli uznamy, że pojęcia z obu ustaw są użyte intencjonalnie i zachodzi pomiędzy nimi tożsamość treściowa, w istocie oznacza to, że standardy postępowania przedsiębiorców zarówno między sobą, jak i w relacjach z konsumentami, są jednakowe, a to z kolei może prowadzić do pokrzywdzenia konsumentów. Konsumentom bowiem należy się ochrona na wyższym poziomie. Co więcej, wykładnia dobrych obyczajów w takim układzie będzie współzależna: jeśli zachowanie podmiotu podpadające pod ustawę o nieuczciwych praktykach rynkowych zostanie uznane za sprzeczne z dobrymi obyczajami,

31 D. du Cane, *Nieuczciwa konkurencja a dobre obyczaje oraz class action po polsku*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2009 nr 3, s. 23.

32 T. Knypl, K. Trzcziński, *op. cit.*, s. 19.

to wydaje się, że analogiczne zachowanie na gruncie ZNKu powinno również zostać uznane za sprzeczne z tą klauzulą.

Podsumowanie

Podsumowując, pojęcie dobrych obyczajów, związane z działalnością gospodarczą, utożsamiane zwykle było z uczciwością kupiecką. Po okresie względnej dominacji klauzul generalnych zasad współżycia społecznego, obecnie zaobserwować można powrót do klauzuli dobrych obyczajów, które to zjawisko nie wydaje się jednak pożądane ze względu na trudności interpretacyjne oraz wzajemne relacje z innymi klauzulami generalnymi.

Wnioski

Nieuzasadnione jest takie rozumienie dobrych obyczajów, które zbliża je znaczeniowo do zasad współżycia społecznego. Jest to tym bardziej niezrozumiałe, że obecnie dobre obyczaje ujmuje się w kontekście ekonomiczno-funkcjonalnym, w ścisłym odniesieniu do określonej działalności gospodarczej, podczas gdy zasady współżycia społecznego są swoistymi wspólnymi wartościami w całym obrocie gospodarczym.

Jak wskazano na wstępie, określenie tego, co mieści się w kategorii dobrych obyczajów, a co nie, nie należy tylko do sądów i doktryny. W wykładni tego pojęcia powinny uczestniczyć także organizacje gospodarcze i zawodowe. Można zaryzykować nawet twierdzenie, że organizacje te nie tylko powinny rzetelnie interpretować tę klauzulę, ale także wpływać na jej kształt działaniami propagującymi uczciwość, staranność i solenność gospodarczą oraz zawodową. Z perspektywy dwudziestu lat funkcjonowania stosunków wolnorynkowych, można powiedzieć, że nie przyjęły one na siebie tego zadania. I, choć powstają kodeksy deontologiczne i tzw. dobre praktyki, to w większości poprzestają one na posługiwaniu się tym terminem, bez próby jego wyjaśnienia i rozpropagowania wśród przedsiębiorców. Pomimo powrotu do klauzuli dobrych obyczajów, w polskim prawie należy podjąć się analizy, czy klauzula ta rzeczywiście spełnia swoją rolę i czy rzeczywiście jest prawdą, że w dłuższym okresie orzecznictwo przybliży jej znaczenie³³. Warto wziąć w tym kontekście pod uwagę przykład Niemiec, gdzie po blisko stu latach zmieniono tę klauzulę, zastępując ją pojęciem „nieuczciwość”.

Trafny jest pogląd, że skoro sama ustawa mówi o interesie publicznym jako nadrzędnym celu regulacji, to wskazane byłoby odwołanie się do zasad współżycia społecznego, które bliższe są wyrażaniu interesu publicznego niż dobre obyczaje, które wyrażają jedynie pewne partykularne normy.

Nie jest wszak pożądana sytuacja, w której w systemie prawnym współlistnieją klauzule „zasad współżycia społecznego” i „dobrych obyczajów”. Powstał w ten sposób zamęt

33 E. Nowińska, M. du Vall, *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 69.

pojęciowy, potęgowany przez stosowanie jeszcze innych klauzul generalnych, obecnych w prawie prywatnym. W obecnym chaosie pojęciowym należy jednak dążyć do takiej interpretacji tych pojęć, w myśl której zasady współżycia społecznego są klauzulą nadrzedną wobec dobrych obyczajów. Jest to zgodne z ogólnym stanowiskiem prawa polskiego, gdyż skutek sprzeczności z zasadami współżycia społecznego jest taki sam, jak sprzeczności z ustawą (art. 58 § 1 k.c.).

SUMMARY

According to good practices clause or the principles of community life? Commentson the application of a blanket clause on the example of the Suppression of Unfair Competition Act

The aim of this paper is to analyse the application of the good practices blanket clause on the example of the Suppression of Unfair Competition Act. First, the authors characterise the general functions and use of blanket clauses, then they focus on the one of their main interest. The authors analyse the origin of the clause as well as the actual understanding of good practice both in the doctrine and in judicial decisions, and subsequently compare the functioning, or application, of good practices and principles of community life to conclude that the application of a good practice clause is not efficient and its use in the future should be discontinued.

KEYWORDS: unfair competition, blanket clauses, good practices, principles of community life

ŁUKASZ SOKOŁOWSKI

Nabycie służebności przesyłu w drodze zasiedzenia

Służebność przesyłu jest instytucją wprowadzoną do polskiego systemu prawnego 3 sierpnia 2008 roku, Ustawą z dnia 30 maja 2008 roku o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw¹. Regulują ją przepisy art. 3051–3054 Kodeksu cywilnego (dalej k.c.).

Służebność przesyłu może zostać ustanowiona w sposób umowny, na podstawie orzeczenia sądu lub decyzji administracyjnej oraz przez zasiedzenie. Ostatnia z wymienionych możliwości będzie przedmiotem moich rozważań w dalszej części niniejszego opracowania.

Instytucja zasiedzenia w systemie polskiego prawa cywilnego ma ogromne znaczenie. Znosi ona długotrwałą rozbieżność pomiędzy faktycznym wykonywaniem uprawnień właściciela a formalno-prawnym stanem własności, co przyczynia się do ustabilizowania i uporządkowania stosunków społecznych pod względem prawnym². Zgodnie ze słowami Edwarda Gniewka, zasiedzenie jest instytucją „oczyszczającą”, która służy nabyciu własności przez posiadacza na skutek jego długotrwałego posiadania przy spełnieniu wszystkich wymaganych prawem przesłanek, przy jednoczesnej utracie przez „opieszalego właściciela” swojego prawa własności³. Doktryna wskazuje również na inne ważne funkcje zasiedzenia. Zasiedzenie bywa środkiem ochrony nabywcy w dobrej wierze, daje możliwość stania się (z biegiem czasu) właścicielem rzeczy osobie, która nabyła ją od uprawnionego, ale na podstawie czynności dotkniętej nieważnością, ułatwia dowód własności rzeczywistemu właścicielowi⁴.

Przedmiotem zasiedzenia może być prawo własności. Należy rozróżnić zasiedzenie własności nieruchomości z art. 172 k.c. od zasiedzenia własności rzeczy ruchomych, regulowanego w art. 174 k.c. Doktryna i orzecznictwo jednoznacznie przesądzają o możli-

1 Dz.U. z 2009 r. nr 116, poz. 731.

2 J. S. Piątkowski *et al.*, *System prawa cywilnego*, Warszawa 1977, s. 311.

3 E. Gniewek, *Prawo rzeczowe*, Warszawa 2008, s. 91.

4 J. S. Piątkowski *et al.*, *op. cit.*, s. 312.

wości zasiedzenia prawa użytkowania wieczystego, przy analogicznym stosowaniu przepisów o nabyciu własności nieruchomości przez zasiedzenie. Ponadto poprzez zasiedzenie można nabyć niektóre służebności gruntowe, o czym przesądza art. 292 k.c.

Na zasiedzenie służebności przesyłu pozwala art. 3054 k.c. stanowiący o odpowiednim stosowaniu przepisów o służebnościach gruntowych oraz art. 292 k.c., zgodnie z którym służebność gruntowa może być nabyta przez zasiedzenie tylko w wypadku, gdy polega na korzystaniu z trwałego i widocznego urządzenia.

Nabycie służebności gruntowej, a w związku z tym i służebności przesyłu poprzez odpowiednie stosowanie przepisów o służebnościach gruntowych może nastąpić poprzez zasiedzenie tylko w pewnych wyjątkowych sytuacjach, po spełnieniu określonych ustawą warunków.

Jako, że podmiotem po jednej stronie może być tylko przedsiębiorca przesyłowy, różni to w zakresie podmiotu uprawnionego do zasiedzenia serwituty przesyłową i gruntową.

Przesłanką bezwarunkową analizowanego zasiedzenia jest korzystanie z trwałego i widocznego urządzenia. Jak stanowi doktryna, „posiadanie cudzej nieruchomości w zakresie odpowiadającym służebności gruntowej nie prowadzi do jej nabycia przez zasiedzenie. W celu nabycia służebności gruntowej na skutek upływu czasu konieczne jest korzystanie z trwałego i widocznego urządzenia”⁵.

Bezspornym jest, że korzystanie z trwałego i widocznego urządzenia w przypadku zasiedzenia służebności przesyłu ze względu na jej charakter dotyczyć może tylko urządzeń określonych w art. 49 k.c., tj. urządzeń służących do doprowadzania lub odprowadzania płynów, pary, gazu, energii elektrycznej oraz urządzeń podobnych. Pomijając kwestię statusu prawnego urządzeń przesyłowych (gdź nie to jest tematem rozważań), przez pojęcie „urządzenia” rozumieć należy wynik celowego działania ludzkiego, uzewnętrzony w trwałej postaci widocznych przedmiotów czy urządzeń wymagających do swego powstania pracy ludzkiej, przy czym na potrzeby analizowanego zagadnienia wynik ten ma służyć celom przesyłowemu⁶.

Art. 292 k.c. wyraźnie zaznacza, że urządzenia, z których korzysta przedsiębiorca przesyłowy w wypadku służebności przesyłu, muszą być trwałe i widoczne. Te – podane jako konieczne – cechy wymagają głębszej analizy. Dla przykładu, Edward Gniewek za korzystanie z trwałego i widocznego urządzenia uznaje korzystanie z mostu, urządzonej drogi, studni, kanalizacji oraz innych podobnych urządzeń, zlokalizowanych na cudzej nieruchomości⁷. Jak uważa Bartosz Rakoczy, trwałość oznacza tu trudność usunięcia takiego urządzenia, jeżeli chodzi o możliwości techniczne⁸. Przywołane interpretacje wydają się słuszne, przy uwzględnieniu, że wytworzenie i lokalizacja wyżej

5 B. Rakoczy, *Służebność przesyłu w praktyce*, Warszawa 2009, s. 99.

6 G. Matusik, *Własność urządzeń przesyłowych a prawa do gruntu*, Warszawa 2011, s. 387.

7 E. Gniewek, *op. cit.*, s. 207.

8 B. Rakoczy, *op. cit.*, s. 100.

wymienionych urządzeń były objęte zamiarem trwałości i ciągłości ich istnienia. Trwałość to przeciwieństwo tymczasowości, zamiar wytwarzającego urządzenie musi zatem obejmować nieprzemijające używanie urządzenia, a tymczasowość nie może wynikać z okoliczności zewnętrznych czy natury urządzenia. Jak słusznie zauważył Grzegorz Matusik, niezbędną do zasiedzenia trwałość (analizowaną wyżej) należy odróżnić od trwałego związania z gruntem⁹. Obrazowo może to wyjaśnić przykład kabli, które – nie będąc związane z określoną nieruchomością gruntową w sposób trwały, a powstałe w zamiarze ich stałego, nietymczasowego bytu – uważane mogą być za urządzenia trwałe w rozumieniu art. 292 k.c.

Oczywisty na pierwszy rzut oka fakt, by urządzenia były widoczne, budzi jednak w rzeczywistości wiele kontrowersji. Rakoczy wyraża pogląd, że wolą ustawodawcy było, aby urządzenia były widoczne z zastosowaniem zwyczajnych sposobów ich dostrzeżenia, a więc przy pomocy zmysłu wzroku. Twierdzi on, że urządzeniami widocznymi nie mogą być te urządzenia, które można dostrzec jedynie za pomocą sprzętu specjalistycznego. Skutkiem wynikającym z takiej interpretacji jest uniemożliwienie nabycia służebności przesyłu w drodze zasiedzenia w przypadku braku jakiegokolwiek śladu widoczności urządzeń znajdujących się pod ziemią¹⁰. Nie sposób nie zgodzić się z tym stanowiskiem, jednakże wymaga ono pewnego uzupełnienia i uszczegółowienia. Sąd Najwyższy, w postanowieniu z 24 kwietnia 2002 roku¹¹ stwierdził, że widoczny na powierzchni ziemi osadnik wraz z dołączoną do niego rurą kanalizacyjną, znajdującą się pod powierzchnią gruntu, mogą być – w okolicznościach konkretnej sprawy – uznane za trwałe i widoczne urządzenie w rozumieniu art. 292 k.c. W przedmiotowym stanie faktycznym rura kanalizacyjna, znajdując się pod powierzchnią gruntu na głębokości 1,5–2 m nie była widoczna. Widoczna była natomiast część osadnika i stojąca na nim „szopa”. Sąd Najwyższy ustalił ponadto, że kolejni właściciele wiedzieli o istniejącej rurze, gdyż przy każdej umowie zbycia byli o niej informowani. Doprowadziło to do uznania, że kanalizacja ta jest urządzeniem widocznym w rozumieniu art. 292 k.c. Tego typu urządzenie nie może być w całości widoczne na powierzchni gruntu, za wyjątkiem części osadnika. Podobnie wskazuje doktryna: cechę „widoczności” można sprowadzić do łatwości dowiedzenia się o istnieniu urządzenia, jak też do posiadania informacji o takim urządzeniu¹². Jak słusznie podkreślono, zadaniem „trwałości i widoczności” urządzenia jest ostrzeżenie właściciela nieruchomości, iż korzystanie z takiego urządzenia może doprowadzić do powstania prawa rzeczowego sankcjonującego ten stan¹³.

9 G. Matusik, *op. cit.*, s. 389.

10 B. Rakoczy, *op. cit.*, s. 100.

11 V CKN 972/00.

12 G. Matusik, *op. cit.*, s. 388.

13 A. Wąsiewicz *et al.*, *System prawa cywilnego*, Warszawa 1977, s. 684.

Warto zwrócić uwagę na jeszcze jeden aspekt poruszony przez Sąd Najwyższy w wyżej wspomnianym postanowieniu. Sąd stoi na stanowisku, że „do nabycia służebności gruntowej przez zasiedzenie, trwałe i widoczne urządzenie nie może być wykonane przez właściciela nieruchomości obciążonej, ale niekoniecznie musi to uczynić korzystający z urządzenia właściciel nieruchomości władnącej”. Kwestia, czy urządzenie ma wykonać posiadacz służebności, czy może to być również właściciel nieruchomości obciążonej budzi jednak poważne kontrowersje, zarówno w judykaturze, jak i doktrynie. Najbliższy jest mi pogląd Andrzeja Wąsiewicza¹⁴, wedle którego to, czy trwałe i widoczne urządzenie powinno zostać wykonane przez posiadacza służebności, nie ma znaczenia rozstrzygającego przy nabyciu służebności gruntowej w drodze zasiedzenia, gdyż ustawodawca takiego wymogu nigdzie nie ustanowił.

Okoliczność tę można rozpatrywać [...] tylko w sferze tzw. zewnętrznych oznak korzystania z cudzej nieruchomości i uznać za dowód, dający jawny, zewnętrzny wyraz wykonywania posiadania trwałych i widocznych urządzeń. Nie jest dopuszczalne ustanowienie w tym zakresie żadnych ogólnych reguł, a jedynie należy przyjąć, że w tych wypadkach, w których urządzenie wykonał posiadacz służebności, stanowi ono zawsze zewnętrzną oznakę korzystania z cudzej nieruchomości. Natomiast jeżeli urządzenie wykonał właściciel nieruchomości obciążonej, to może ono, ale nie musi, stanowić taką oznakę i każdy z takich wypadków należy oceniać indywidualnie, uwzględniając charakter i rodzaj tego urządzenia. Tak więc zewnętrzną oznakę korzystania z cudzej własności stanowić będzie niewątpliwie np. oparcie budynku o mur znajdujący się na sąsiedniej nieruchomości i wybudowany przez jej właściciela. Dlatego też posiadacz korzystający z tego urządzenia w zakresie odpowiadającym treści służebności polegającej na oparciu o mur sąsiada swego budynku, może nabyć tę służebność w drodze zasiedzenia¹⁵.

Analogicznie na pewno możliwe będzie zasiedzenie w przypadku wzniesienia urządzenia przesyłowego przez posiadacza służebności, czyli przedsiębiorcę przesyłowego, a w razie wzniesienia urządzenia przesyłowego przez właściciela gruntu decydować będzie charakter urządzenia. Według Grzegorza Matusika urządzenia magistralne z reguły mają znaczenie dla działania przedsiębiorcy przesyłowego (w odróżnieniu od większości przyłączy) i w odniesieniu do nich może dojść do zasiedzenia służebności w razie wzniesienia ich przez właścicieli nieruchomości obciążonych. Właściciel bowiem z reguły nie korzysta z tych urządzeń¹⁶. Pogląd ten zasługuje na aprobatę. Podob-

14 *Ibidem*, s. 689.

15 *Loc. cit.*

16 G. Matusik, *op. cit.*, s. 389.

nie orzekł Sąd Najwyższy, który w postanowieniu z dnia 27 stycznia 2006 roku¹⁷ uznał, że: „nabycie służebności gruntowej polegającej na korzystaniu z trwałego i widocznego urządzenia nie jest wyłączone z tego względu, że urządzenie to zostało wykonane przez właściciela nieruchomości obciążonej”, co zgodnie z art. 3054 k.c. dotyczy odpowiednio służebności przesyłu.

Uważam, że analogicznie należy traktować sytuację, w której to osoba trzecia wniosła urządzenia przesyłowe. Jednakże wówczas na podstawie art. 49 § 2 k.c. osoba, która poniosła koszty budowy urządzeń służących do doprowadzania lub odprowadzania płynów, pary, gazu, energii elektrycznej oraz innych urządzeń podobnych i jest ich właścicielem, może żądać, aby przedsiębiorca, który przyłączył urządzenia do swojej sieci, nabył ich własność za odpowiednim wynagrodzeniem, chyba, że w umowie strony postanowiły inaczej. Z żądaniem przeniesienia własności tych urządzeń może wystąpić także przedsiębiorca. Taka dyspozycja art. 49 § 2 k.c. powoduje, że w większości tego typu przypadków posiadacz służebności przesyłu będzie jednocześnie właścicielem urządzeń przesyłowych – i taka sytuacja nie będzie budzić sprzeciwu wobec możliwości zasiedzenia służebności przesyłu w tymże stanie faktycznym.

Kolejną przesłanką powstania służebności gruntowej, a zarazem i służebności przesyłu, jest samoistne posiadanie wykonywane w sposób nieprzerwany. Posiadanie samoistne polega na tym, że posiadacz zachowuje się w stosunku do rzeczy jak właściciel. Posiadanie samoistne zmierzające do zasiedzenia prawa własności nieruchomości należy oceniać inaczej niż samoistne posiadanie zmierzające do zasiedzenia służebności gruntowej i służebności przesyłu¹⁸. Posiadanie w tym wypadku oznacza korzystanie z gruntu tak, jak korzystałby z niego uprawniony do służebności. Musi być ono związane z korzystaniem z urządzenia o charakterze trwałym i widocznym, co omówione zostało wyżej. Należy się zgodzić z Matusikiem, że samo posiadanie urządzeń przesyłowych, nawet gdyby nie były konieczne ingerencje we własność nieruchomości (np. wejście w celu konserwacji), jest posiadaniem służebności przesyłu. Posiadanie nie musi oznaczać ciągłości oddziaływania na nieruchomość obciążoną i może się ograniczać do okresowych aktów ingerencji, zgodnych z treścią służebności¹⁹. Podobnie wypowiedział się Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 4 października 2006 roku²⁰: „Posiadanie prowadzące do nabycia służebności gruntowej w drodze zasiedzenia ma inny zakres niż posiadanie prowadzące do nabycia przez zasiedzenie własności. Posiadanie służebności nie musi być wykonywane w sposób ciągły, lecz stosownie do potrzeb”. Powyższe sugeruje, że za nieprzerwane posiadanie samoistne służebności przesyłu można uznać chociażby wzniesienie urządzeń przesyłowych na obciążonym gruncie, korzystanie z nich poprzez

17 III CSK 38/05.

18 B. Rakoczy, *op. cit.*, s. 102.

19 G. Matusik, *op. cit.*, s. 386.

20 II CSK 119/06.

przesyłanie mediów, lub wchodzenie na grunt obciążony w celu usuwania awarii lub konserwacji tych urządzeń.

Ostatnią przesłanką zasiedzenia służebności przesyłu jest upływ czasu. Zgodnie z art. 172 k.c., posiadacz samoistny służebności przesyłu nabywa przedmiotową służebność w dobrej wierze po upływie 20 lat, zaś w złej – po upływie 30 lat. Do biegu zasiedzenia stosuje się odpowiednie przepisy o biegu przedawnienia roszczeń. Doktryna konsekwentnie określa, że termin zasiedzenia rozpoczyna się od dnia rozpoczęcia eksploatacji istniejącego urządzenia trwałego i widocznego, a nie od dnia rozpoczęcia jego budowy²¹. Głębszego zastanowienia wymaga jednak, czy rzeczywiście budowy urządzeń przesyłowych nie można uznać za takie korzystanie. Wydawać by się mogło, że w niektórych szczególnych wypadkach stan budowy lub wznoszenia widocznych urządzeń z zamiarem ich ciągłego istnienia można by już uznać za korzystanie. Może mieć to szczególne znaczenie w wyjątkowej sytuacji, gdy okres budowy przeciąga się w czasie. Z drugiej strony, zrozumiałe jest, by stanu niepewności, trwającego do ukończenia budowy, nie wliczać do czasu będącego ostrzeżeniem dla nieposiadającego właściciela. Przyznanie tej stronie większej ochrony wydaje się racjonalne i uzasadnione aksjologicznie. Ponadto, literalne brzemienie art. 292 k.c. przesądza o korzystaniu z trwałego i widocznego urządzenia, które – by spełniać powyższe cechy – musi już faktycznie istnieć. Dla oceny dobrej lub złej wiary posiadacza służebności znaczenie ma przekonanie, co do tego, czy wykonywane prawo przysługuje mu w chwili przystąpienia do jego realizacji. Późniejsza zła wiara nie pozbawia możliwości zasiedzenia służebności w dobrej wierze. Dobra wiara odnosi się do samego uzyskania posiadania, a nie do ewentualnej czynności prawnej związanej z ustanowieniem służebności i skutków prawnych tej czynności²². Posiadanie służebności w przypadku uzyskania decyzji o objęciu nieruchomości na podstawie art. 124 Ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 roku o gospodarce nieruchomościami²³ wyklucza zasiedzenie służebności.

Ponadto, zgodnie z art. 176 § 1 k.c., jeżeli podczas biegu zasiedzenia nastąpiło przeniesienie posiadania, obecny posiadacz może doliczyć do czasu, przez który sam posiada, czas posiadania swego poprzednika. Jeżeli jednak poprzedni posiadacz uzyskał posiadanie nieruchomości w złej wierze, czas tego posiadania może być doliczony tylko wtedy, gdy łącznie z czasem posiadania obecnego posiadacza wynosi przynajmniej 30 lat.

Służebność przesyłu znana była już prawu rzeczowemu z 1946 roku. Art. 175 dekretu Prawo rzeczowe²⁴ stanowił, że służebność może być ustanowiona także na rzecz każdego właściciela oznaczonego przedsiębiorstwa. Do takiej służebności stosowało się odpowiednio przepisy o służebnościach gruntowych. Instytucja ta była jednak rodzajem

21 G. Matusik, *op. cit.*, s. 387.

22 A. Wąsiewicz *et al.*, *op. cit.*, s. 687.

23 Dz.U. z 2010 r. nr 102, poz. 651.

24 Dz.U. z 1946 r. nr 57, poz. 319.

służebności gruntowej, o czym świadczy fakt jej regulacji w Tytule VI Służebności, dziale I Służebności gruntowe²⁵. Praktyka wskazuje, że stosowanie art. 175 Prawa rzeczowego było marginalne i nie ustanawiano powyższej służebności, ponieważ jej zastosowanie musiałoby zostać ograniczone do przedsiębiorstw prywatnych²⁶. Instytucja ta nie została przejęta przez Kodeks cywilny z 1964 roku (dalej: k.c.). Służebność przesyłu została wprowadzona do polskiego systemu prawnego na podstawie Ustawy z dnia 30 maja 2008 roku o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw. Nowelizacja dokonana w 2008 roku budzi wiele kontrowersji w aspekcie rozpoczęcia biegu terminu jej zasiedzenia. Przeważająca część doktryny prezentuje stanowisko, że może to nastąpić najwcześniej z dniem wejścia w życie ustawy wprowadzającej tę instytucję do polskiego systemu prawa²⁷. Przyjęcie stanowiska, że bieg terminu do zasiedzenia służebności przesyłu mógł rozpocząć się przed dniem 3 sierpnia 2008 roku byłoby równoznaczne z dopuszczeniem wstecznego działania przepisów wprowadzonych w wyniku tejże nowelizacji k.c. Ustawa nowelizująca nie zawiera jednak przepisów intertemporalnych, które przewidywałyby taką możliwość²⁸.

W związku z powyższym, problemy stanowią możliwość i sposób korzystania przez przedsiębiorcę przesyłowego z nieruchomości, na której znajdują się urządzenia przesyłowe, a także zastosowanie do tej sytuacji instytucji zasiedzenia przed dniem 3 sierpnia 2008 roku.

Poglądy prezentowane przez doktrynę i judykaturę nie są jednolite. Szczególne rozbieżności pojawiały się w stanowiskach przedstawicieli doktryny, dotyczących dopuszczalności stosowania analogii z art. 145 k.c. lub do przepisów o innych służebnościach gruntowych. Wg Matusika, oceny powyższej konstrukcji dokonać można jedynie przeprowadzając analizę różnych trzech stanów faktycznych²⁹. W pierwszym, gdzie właściciel nieruchomości A poprzez nieruchomość sąsiednią B zapewnia sobie dostęp do instalacji przesyłającej media w celu korzystania z usług świadczonych przez przedsiębiorcę przesyłowego, możliwe jest stosowanie *per analogiam* przepisów art. 145 k.c. lub przepisów o służebnościach gruntowych. W drugiej sytuacji, związanej z zapewnieniem przedsiębiorcy przesyłowemu dostępu do różnych nieruchomości w celach przesyłowych, w braku nieruchomości władnącej, możliwość stosowania podobnej konstrukcji należałoby wykluczyć. Jednakże judykatura pozwoliła zarówno w pierwszym, jak i drugim przypadku na analogiczne stosowanie przepisów o drodze koniecznej lub innych służebnościach gruntowych dla celów przesyłowych³⁰. Przykładem może być uchwała Sądu Najwyższe-

25 M. Olczyk, *Komentarz do ustawy z dnia 30 maja 2008 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. nr 116, poz. 731)*, LEX 2008 – komentarz do art. 3051 k.c.

26 G. Matusik, *op. cit.*, s. 331.

27 *Ibidem*, s. 393.

28 M. Zalewski, *Wykonywanie praw do urządzeń przesyłowych*, „Przegląd Sądowy” 2009 nr 5, s. 22.

29 G. Matusik, *op. cit.*, s. 341.

30 *Ibidem*, s. 352.

go z dnia 7 października 2008 roku³¹, której sentencja brzmi: „Przed ustawowym uregulowaniem służebności przesyłu [...] dopuszczalne było nabycie w drodze zasiedzenia służebności odpowiadającej treści służebności przesyłu na rzecz przedsiębiorstwa”.

Analiza trzeciego stanu faktycznego, w którym przedsiębiorca wskazuje nieruchomości władnącą, na której znajdują się urządzenia przesyłowe powiązane technicznie z urządzeniami na nieruchomości obciążonej, przesądza, że w tym przypadku nie można mówić o analogii, a przepis art. 285 k.c. można stosować wprost.

W związku z powyższymi rozważaniami, problematyczne jest zatem posiadanie służebności prowadzące do zasiedzenia, które rozpoczęło się przed dniem 3 sierpnia 2008 roku, czyli przed wprowadzeniem do polskiego systemu prawa służebności przesyłu, w przypadku gdy wymagany termin upłynął po tej dacie. Słuszna wydaje się propozycja Michała Godlewskiego, by w sytuacji, gdy stan faktyczny przed 3 sierpnia 2008 roku nie pozwalał na zasiedzenie żadnej służebności, nie można było doliczać okresu sprzed tej daty do okresu posiadania służebności przesyłu po dniu 3 sierpnia 2008 roku. Jeśli natomiast przed tym dniem istniał stan pozwalający na zasiedzenie służebności gruntowej, to po tej dacie można stwierdzić zasiedzenie służebności, ale nie gruntowej, a wyłącznie przesyłu. Powyższe rozważania ponownie prowadzą do wniosku, że w drugim omówionym wyżej przypadku nie można doliczać okresu posiadania sprzed 3 sierpnia 2008 roku do czasu wymaganego do zasiedzenia. W pierwszym i trzecim przykładzie do zasiedzenia po 3 sierpnia 2008 roku może dojść, jednak jego przedmiotem może być tylko służebność przesyłu. Nie jest możliwe nabycie służebności przesyłu przed tą datą, można natomiast przed nią nabyć służebność gruntową. Jeśli uprawniony nabył służebność gruntową przed 3 sierpnia 2008 roku, w większości przypadków wykluczone jest późniejsze ustanowienie służebności przesyłu w drodze postanowienia sądu. Gdy spełnione są przesłanki zarówno zasiedzenia służebności gruntowej i służebności przesyłu, dochodzi do nabycia służebności przesyłu, zgodnie z zasadą *lex specialis derogat legi generali*³². W tym momencie należy wspomnieć o projekcie zmiany ustawy Kodeks cywilny, który w art. 3 ma stanowić:

do zasiedzenia służebności przesyłu wlicza się okres posiadania służebności, który przed wejściem w życie ustawy z dnia 30 maja 2008 roku o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw uzasadniał nabycie służebności gruntowej o treści odpowiadającej służebności przesyłu.

Projekt nowelizacji Kodeksu cywilnego jest w tym aspekcie zgodny ze stanowiskiem Godlewskiego, które uważam za najbardziej zasadne.

Jak zauważył Gerard Bieniek, szczególne problemy powstają również wtedy, gdy urządzenia przesyłowe zostały posadowione na gruntach będących własnością Skarbu

31 III CZP 89/08.

32 M. Godlewski, *Zasiedzenie służebności przesyłu*, „Monitor Prawniczy” 2010 nr 7, s. 393.

Państwa lub jednostek samorządu terytorialnego. W myśl art. 7, w związku z art. 1 ust. 1 Ustawy z dnia 14 lipca 1961 roku o gospodarce terenami w miastach i osiedlach³³, od 21 lipca 1961 roku nie można było nabyć w drodze zasiedzenia własności terenu państwowego położonego w granicach miast i osiedli oraz położonego poza tymi granicami, lecz włączonego do planu zagospodarowania przestrzennego miasta lub osiedla i przekazanego dla realizacji zadań jego gospodarki. Zgodnie zatem z uchylonym art. 177 k.c., przepisy o nabywaniu nieruchomości przez zasiedzenie nie miały zastosowania do nieruchomości będącej przedmiotem własności państwowej³⁴. Sąd Najwyższy, w postanowieniu z dnia 7 marca 2002 roku³⁵, stwierdził, że w czasie obowiązywania art. 177 k.c. przyjmowano, że przepis ten, stosowany na podstawie art. 292 zd. 2 k.c., wykluczał zasiedzenie służebności gruntowej na nieruchomości stanowiącej przedmiot własności państwowej. Podobnie wypowiedział się Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 10 kwietnia 2008 roku³⁶, twierdząc, że – zgodnie z ówczesnie obowiązującym art. 177 k.c. – przepisy o nabyciu własności (a odpowiednio również o nabyciu służebności gruntowej) przez zasiedzenie nie miały zastosowania, jeżeli nieruchomość była przedmiotem własności państwowej. Przepis ten został uchylony przez art. 1 pkt. 34 Ustawy z dnia 28 lipca 1990 roku o zmianie ustawy Kodeks cywilny³⁷. Zgodnie z art. 10 tej ustawy, jeżeli przed dniem jej wejścia w życie istniał stan, który wg przepisów dotychczasowych wyłączał zasiedzenie nieruchomości, a wg przepisów obowiązujących po wejściu w życie tej ustawy prowadzi do zasiedzenia, zasiedzenie biegnie od dnia wejścia jej w życie, jednakże termin ten ulega skróceniu o czas, w którym powyższy stan istniał przed wejściem w życie ustawy, lecz nie więcej niż o połowę. W uchwale składu siedmiu sędziów z dnia 31 stycznia 2002 roku³⁸ Sąd Najwyższy wyjaśnił, że przed wejściem w życie przepisów wyłączających zasiedzenie nieruchomości państwowych okresu posiadania nie dolicza się do okresu, o który skraca się termin zasiedzenia nieruchomości państwowej ani nie uwzględnia się go przy ustalaniu czasu posiadania niezbędnego do zasiedzenia takiej nieruchomości. Powyższe stanowisko zostało uzupełnione postanowieniem Sądu Najwyższego z 9 października 2003 roku³⁹, w myśl którego zasiedzenie nieruchomości (na podstawie art. 172 k.c. w związku z art. 10 nowelizacji z 1990 roku) przez posiadacza, który nabył posiadanie samoistne w złej wierze, może nastąpić najwcześniej 1 października 2005 roku.

Wobec powyższego nie sposób nie zgodzić się z Bieńkiem: jeżeli w okresie obowiązywania art. 177 k.c. nieruchomość przestała być przedmiotem własności państwowej, możliwe stawało się nabycie przez zasiedzenie zarówno własności tej nieruchomości,

33 Dz.U. z 2003 r. nr 32, poz. 159 z późn. zm.

34 G. Bieńki, *Urządzenia przesyłowe Problematyka prawna*, Warszawa 2008, s. 73.

35 II CKN 160/00.

36 IV CSK 21/08.

37 Dz.U. z 1991 r. nr 55, poz. 34.

38 III CZP 72/01, OSNC 2002 nr 9, poz. 107.

39 I CK 155/02.

jak i służebności gruntowej ją obciążającej. Bieg zasiedzenia rozpoczął się z chwilą, w której Skarb Państwa przestał być właścicielem nieruchomości i bez znaczenia dla niego było uchylene art 177 k.c., ponieważ z chwilą uzyskania prawa własności przez inny podmiot niż Skarb Państwa przepis ten nie miał zastosowania⁴⁰. Podobnie Sąd Najwyższy w uchwale składu siedmiu sędziów z dnia 19 stycznia 2006 roku⁴¹ stwierdził, że jeżeli nieruchomość państwowa, znajdująca się w samoistnym posiadaniu osoby niebędącej właścicielem, została w okresie obowiązywania regulacji wyłączającej nabycie przez zasiedzenie własności nieruchomości państwowych zbyta na rzecz osoby fizycznej, zasiedzenie biegnie od dnia utraty przez nieruchomość statusu przedmiotu własności państwowej; termin zasiedzenia ulega jednak skróceniu o czas, w którym nieruchomość była własnością państwową, lecz nie więcej niż o połowę.

Analizując casus, w którym trwałe i widoczne urządzenie zostało wykonane na gruncie, który w procesie komunalizacji stał się własnością gminy, nie można pominąć uchwały Sądu Najwyższego z dnia 13 kwietnia 2007 roku⁴², w której to Sąd przyjął, że jeżeli korzystanie z trwałego i widocznego urządzenia nastąpiło przed dniem 27 maja 1990 roku, bieg zasiedzenia służebności gruntowej obciążającej nieruchomość, która do tego dnia była przedmiotem własności państwowej i z tym dniem z mocy prawa stała się mieniem komunalnym, rozpoczyna się 27 maja 1990 roku. Jak stwierdził Bieniek, również powołując się na przywoływaną wcześniej przeze mnie uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 2006 roku, możliwe jest przy tym skrócenie okresu zasiedzenia o czas, gdy nieruchomość miała status nieruchomości państwowej, lecz nie więcej niż o połowę⁴³.

Budząca wątpliwości okazała się także kwestia dopuszczalności zasiedzenia służebności przez następcę prawnego przedsiębiorstwa państwowego. Problem ten rozstrzyga stanowisko judykatury. Obowiązujący do 1 lutego 1989 roku art. 128 k.c. *expressis verbis* wyraził zasadę jedności własności państwowej: „Socjalistyczna własność ogólnarodowa (państwowa) przysługuje niepodzielnie Państwu” (art. 128 § 1). Zasada jedności własności państwowej stanowi odzwierciedlenie jedności władzy politycznej państwa socjalistycznego i przysługujących temu państwu uprawnień właściciela. Nie narusza tej zasady nadanie przedsiębiorcom państwowym i wielu innym państwowym jednostkom organizacyjnym osobowości prawnej. Państwowe osoby prawne nie mają w stosunku do zarządzanych przez nie składników mienia ogólnarodowego żadnych uprawnień, które by mogły być przeciwstawiane własności państwowej⁴⁴. „W granicach swej zdolności prawnej państwowe osoby prawne wykonywają w imieniu własnym, względem zarządzanych przez nie części mienia ogólnarodowego, uprawnienia płynące z własności

40 G. Bieniek, *op. cit.*, s. 74.

41 III CZP 100/05.

42 III CZP 23/07.

43 G. Bieniek, *op. cit.*, s. 77.

44 J. Wasilkowski *et al.*, *System prawa cywilnego*, Warszawa 1977, s. 68.

państwowej” (art. 128 § 2 k.c.). Już w uchwale siedmiu sędziów z dnia 18 czerwca 1991 roku⁴⁵ Sąd Najwyższy stwierdził, że z chwilą wejścia w życie Ustawy z dnia 31 stycznia 1989 roku o zmianie ustawy – Kodeks cywilny⁴⁶ zniesiona została zasada, że jedynie Skarbowi Państwa może przysługiwać prawo własności mienia państwowego, w wyniku czego państwowe osoby prawne uzyskały zdolność prawną w zakresie nabywania składników majątkowych na własność. Zmiana art. 128 k.c. dokonana tą ustawą nie spowodowała przekształcenia – przysługujących państwowym osobom prawnym z mocy przepisów k.c. i ustaw szczególnych – uprawnień do części mienia ogólnonarodowego, pozostających w ich zarządzie w dniu wejścia w życie wymienionej ustawy. Przekształcenie zarządu, w odniesieniu do gruntów stanowiących własność Skarbu Państwa lub gminy, w prawo użytkowania wieczystego, a w odniesieniu do budynków, innych urządzeń i lokali znajdujących się na tych gruntach – w prawo własności, nastąpiło na podstawie Ustawy z dnia 29 września 1990 roku o zmianie Ustawy z dnia 29 września 1990 roku o gospodarce gruntami i wywłaszczaniu nieruchomości⁴⁷. W odniesieniu do innych składników majątkowych przekształcenie w prawo własności nastąpiło na podstawie ustaw określających ustrój majątkowy państwowych osób prawnych.

Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 22 października 2009 roku⁴⁸ wyraził pogląd, że korzystanie przez przedsiębiorstwo państwowe z nieruchomości w sposób odpowiadający treści służebności gruntowej, prowadzące do zasiedzenia służebności gruntowej przed dniem 1 lutego 1989 roku, stanowiło podstawę do nabycia tej służebności przez Skarb Państwa. Także Bieniek jest zdania, że dopóki obowiązywał art. 128 k.c., wyrażający zasadę jednolitego funduszu własności państwowej, czyli do 1 lutego 1989 roku, przedsiębiorstwa państwowe sprawowały zarząd mieniem państwowym w imieniu i na rzecz Skarbu Państwa. Było to dzierżenie w rozumieniu art. 338 k.c. Przedsiębiorstwo państwowe przed 1 lutego 1989 roku wykonywało władztwo mogące doprowadzić do zasiedzenia służebności gruntowej, z tym zastrzeżeniem, że nabycie takiego prawa następowało do jednolitego funduszu własności państwowej. Dopiero wprowadzenie zmian do k.c. stworzyło z dniem 1 lutego 1989 roku możliwość nabywania dla siebie własności nieruchomości i innych praw rzeczowych przez państwowe osoby prawne. Przedsiębiorstwa państwowe dopiero po tej dacie realizowały posiadanie w zakresie odpowiadającym treści służebności dla siebie, we własnym imieniu⁴⁹.

W tym miejscu należy się wnikliwiej zastanowić nad budzącą wiele kontrowersji i emocji szczególnie po stronie właścicieli obciążonych nieruchomości kwestią. Sąd Naj-

45 III CZP 38/91.

46 Dz.U. z 1989 r. nr 3, poz. 11.

47 Dz.U. z 1990 r. nr 79, poz. 464.

48 III CZP 70/09.

49 G. Bieniek, *op. cit.*, s. 77–78.

wyższy w wyroku z dnia 9 grudnia 2009 roku⁵⁰ stwierdził, że przedsiębiorstwa państwowego nie można uznać w okresie do 1 lutego 1989 roku za samoistnego posiadacza nieruchomości w zakresie odpowiadającym treści służebności gruntowej (art. 352 k.c.). Oznacza to, że niedopuszczalne jest zaliczenie posiadania wykonywanego przez przedsiębiorstwo państwowe przed tą datą do okresu potrzebnego do nabycia służebności przez zasiedzenie przez następcę prawnego tego przedsiębiorstwa. Przywołane stanowisko jest zgodne z wcześniejszymi rozważaniami, a także z zasadą jednolitej władzy państwowej, w myśl której przedsiębiorstwo państwowe jest jedynie dzierżycielem, który na swoją rzecz nie może nabyć służebności w drodze zasiedzenia. Powyższe stwierdził również Sąd Najwyższy w uzasadnieniu analizowanego wyroku: przed wejściem w życie nowelizacji k.c., znoszącej zasadę tzw. jednolitej własności państwowej, czyli przed 1 lutego 1989 r., państwowe osoby prawne wykonywały uprawnienia związane z własnością nieruchomości wprawdzie we własnym imieniu, ale na rzecz Skarbu Państwa, jako jedyne dysponenta własności państwowej. Skutki prawne związane z samoistnym posiadaniem przez przedsiębiorstwo państwowe w tamtym okresie nieruchomości mogły powstać tylko na rzecz Skarbu Państwa, a nie na rzecz tego przedsiębiorstwa.

Powyższe stanowisko wymaga jednak uzupełnienia, albowiem osoba prawna, która przed 1 lutego 1989 roku nie mogła nabyć m.in. w drodze zasiedzenia własności nieruchomości lub innych praw rzeczowych, może do okresu samoistnego posiadania po 1 lutego 1989 roku zaliczyć okres posiadania przed tą datą, wykonywanego jako dzierżyciel w ramach sprawowanego wówczas zarządu mieniem państwowym, zgodnie art. 176 k.c. który wskazuje, że zaliczenie posiadania poprzednika – tu Skarbu Państwa, jest możliwe, jeżeli podczas biegu zasiedzenia nastąpiło przeniesienie posiadania⁵¹. Doliczenie okresu posiadania sprzed 1 lutego 1989 roku było możliwe, ale tylko o tyle, o ile po tym dniu doszło do przeniesienia posiadania ze Skarbu Państwa na przedsiębiorstwo państwowe. W praktyce jednak problemy rodzi wykazanie przeniesienia posiadania. Jeśli przedsiębiorca przesyłowy nabył z dniem 5 grudnia 1990 roku użytkowanie wieczyste nieruchomości władnącej, na zasadzie uwłaszczenia państwowych osób prawnych, wówczas decyzja uwłaszczeniowa jest dowodem przeniesienia posiadania nieruchomości władnącej i posiadania służebności⁵². Wg Stanisława Rudnickiego, wszelkie przypadki uwłaszczenia z mocy ustawy oznaczają przeniesienie posiadania⁵³. Podobnie wypowiedział się Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 25 stycznia 2006 roku⁵⁴, w którym stwierdził, że osoba prawna, która przed dniem 1 lutego 1989 roku, mając status państwowej osoby prawnej, nie mogła nabyć, także w drodze zasiedzenia, własności nieruchomości, może

50 IV CSK 291/09.

51 G. Bieniek, *op. cit.*, s. 78.

52 G. Matusik, *op. cit.*, s. 391.

53 S. Rudnicki, *Nabycie przez zasiedzenie*, Warszawa 2007, s. 132–133.

54 I CSK 11/05.

do okresu samoistnego posiadania wykonywanego po dniu 1 lutego 1989 roku zaliczyć okres posiadania Skarbu Państwa sprzed tej daty, jeżeli nastąpiło przeniesienie posiadania. Przepisy art. 348–351 k.c. regulują różne sposoby pochodnego nabycia posiadania i rzeczą wnioskodawcy jest wykazanie, że po 1 lutego 1989 roku nastąpiło przeniesienie posiadania służebności przez Skarb Państwa na rzecz wnioskodawcy. Podobnie wypowiedział się Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 3 lutego 2010 roku⁵⁵, wskazując, że zgodnie z art. 176 k.c. – zarówno stosowanym w związku z art. 172 k.c., jak i z art. 292 k.c. – posiadacz na potrzeby zasiedzenia do czasu swego posiadania może doliczyć czas posiadania poprzednika tylko o tyle, o ile do przeniesienia posiadania lub dziedziczenia doszło podczas biegu zasiedzenia.

Wcześniejsze rozważania wskazują na to, że zagadnienie zasiedzenia służebności przesyłu budziło i wciąż budzi wiele kontrowersji, przede wszystkim w doktrynie. Duży wpływ na aktualny stan prawny miała judykatura, która – nieraz w sprzeczności z poglądami części doktryny – zajmowała stanowisko o możliwości zasiedzenia służebności gruntowej o treści odpowiadającej służebności przesyłu oraz o możliwości analogicznego stosowania art. 145 k.c. do dnia 3 sierpnia 2008 roku. Problemem, który wyjaśniały doktryna i judykatura, była kwestia zasiedzenia służebności gruntowej o treści odpowiadającej służebności przesyłu bądź służebności przesyłu, którego bieg rozpoczął się przed 3 sierpnia 2008 roku, a skończył po tej dacie. Sąd Najwyższy potwierdził dopuszczalność zaliczania posiadania przedsiębiorstw państwowych przy ustalaniu okresu niezbędnego do nabycia służebności w wyżej omówiony sposób. W aktualnym stanie prawnym nie budzi zaś wątpliwości możliwość nabycia służebności przesyłu w drodze zasiedzenia ze względu na treść art. 292 k.c. w związku z art. 3054 k.c., przy spełnieniu przesłanek omówionych wyżej.

SUMMARY

Usucaption of a transmission easement

The paper is an attempt to determine the admissibility of acquisition of a transmission easement by virtue of usucaption. It also contains the review and assessment of the main issues, doubts and discrepancies which are present in the doctrine and jurisprudence. The survey also deals with deliberations concerning the possibilities of usucaption of particular ways of using the facilities as referred in the article 49 of The Civil Code prior to the amendments of The Civil Code of 20 May 2008 that introduced a new legal institution of a utility of transmission easement.

KEYWORDS: a transmission easement; an acquisition of a transmission easement; an usucaption; an entrepreneur; a transmission facilities; an easement appurtenant/ real servitude; limited right in property;

55 II CSK 465/09.

ŁUKASZ JUREK, RAFAŁ MACIĄG

Analiza prawnej i faktycznej sytuacji poręczyciela – wybrane zagadnienia

Umowa poręczenia swój rodowód wywodzi z prawa rzymskiego. Ukształtowana już w czasach starożytnych konstrukcja przetrwała do dnia dzisiejszego. Powstanie nowych odmian oraz kolejnych modyfikacji poręczenia stanowiło konsekwencję rozwoju cywilizacyjnego ludzkości, który nastąpił od „czasów rzymskich”. Początkowo wykształciły się trzy formy poręczenia: *sponsio*, *fideipromissio* i *fideiussio*. Były to zobowiązania zaciągane przez stypulację¹. *Sponsio* – jako odmiana – powstała najwcześniej. Służyła umocnieniu zobowiązania werbalnego i była przeznaczona dla Rzymian. Późniejszą *fideipromissio* adresowano zarówno do obywateli rzymskich, jak i cudzoziemców. W istocie nie różniła się od *sponsio*. Za czasów Justyniana ukształtowała się trzecia forma poręczenia – *fideiussio*. Zakres jej potencjalnego oddziaływania był najszerszy, ponieważ, oprócz możliwości zastosowania tego zabezpieczenia zarówno przez Rzymian, jak i peregrynów, mogła ona umacniać każde zobowiązanie. Ponadto *fideiussio* po śmierci poręczyciela przechodziło na jego dziedziców².

Instytucja poręczenia znalazła się w zachodnioeuropejskich kodyfikacjach prawa cywilnego przez recepcję. Uregulowana została także w Polsce, w kodeksie zobowiązań (dalej: k.z.) z 1933 roku (w Księdze III, Tytule XVII, art. 876-887)^{3, 4}. Obowiązujący polski kodeks cywilny przejął z k.z. ten zapis, choć wydaje się, że w postaci zbyt uproszczonej⁵. Dalszy wywód oparty będzie przede wszystkim na analizie uregulowania umowy poręczenia zawartego w kodeksie cywilnym z dnia 23 kwietnia 1964 roku (Dz.U.

1 Wierzyciel (przy użyciu wymaganych słów) zapytywał dłużnika, czy przyrzeka spełnić określone świadczenie, a dłużnik odpowiadał twierdząco na to pytanie. Umowa dochodziła do skutku przez konsensus, który był jednak inaczej rozumiany niż dzisiaj (właśnie z powodu wymogu użycia określonych słów).

2 Cf. M. Żołąnierzuk, *Zarys prawa rzymskiego*, Lublin 1995, s. 208–210.

3 Cf. Dz. U. z 1933 r. nr 82, poz. 598.

4 Za Z. Radwański *et al.*, *System prawa prywatnego. Komentarz. Zobowiązania*, Warszawa 2004, s. 400.

5 Przykładowo k.z. zawierał nawet przepisy ogólne o poręczeniu.

z 1964 r. nr 16, poz. 93 z późn. zm., dalej: k.c.). Przedmiotem niniejszego artykułu jest próba zrozumienia sytuacji prawnej i faktycznej poręczyciela. Warto uświadomić sobie, jakie motywy kierują danym podmiotem i skłaniają go do podjęcia decyzji uzewnętrznionej w formie zawarcia umowy (poręczenia). Biorąc jednak pod uwagę prawny charakter opracowania, owa sytuacja poręczyciela zostanie rozpatrzona przede wszystkim w kontekście jurydycznym⁶. Będzie to zatem omówienie wybranych mechanizmów działania normatywnej konstrukcji poręczenia, przewidzianych przez samego ustawodawcę. Uwzględnione zostaną też poglądy doktryny oraz judykatury, jako że prawo, które ze swej natury jest tworem abstrakcyjnym, musi zetknąć się jeszcze z rzeczywistością społeczną – jego najlepszym weryfikatorem.

Pojęcie poręczenia

Poręczenie usytuowane jest w artykułach 876-887 w Księdze III, Tytule XXXII kodeksu cywilnego (dalej – k.c.) Przez umowę tę należy rozumieć zobowiązanie się poręczyciela względem wierzyciela do wykonania konkretnej czynności na wypadek, gdyby dłużnik jej nie wykonał. Definicja ta wyraźnie wskazuje na strony tego stosunku. Są nimi poręczyciel i wierzyciel, dłużnik natomiast znajduje się poza tym węzłem. Główny schemat zawarty w tym opisie jest punktem wyjścia także dla innych poręczeń o rodowodzie cywilnym, czyli: wekslowego, czekowego i bankowego⁷. Regulacja instytucji poręczenia zawarta w k.c. zawiera stosunkowo liczną grupę zarówno korzystnych jak i niekorzystnych dla poręczyciela przepisów. Pamiętać należy też, że wiele z nich ma charakter *ius dispositivum*, co oznacza, że znajdują zastosowanie w sytuacji, gdy strony nie ułożą swojego stosunku odmiennie, przy czym są one rozłożone w czasie. Można zatem podzielić ten stosunek prawny na trzy *quasi-fazy*. Są one płynne i trudno niekiedy wyraźnie określić granicę między jedną a drugą. Periodyzacja ta wyglądałaby następująco: pierwsza faza (przedfaza) – moment przed zawarciem umowy poręczenia (nieuregulowany); druga faza – od zawarcia umowy poręczenia do momentu aktywowania odpowiedzialności poręczyciela; trzecia faza – aktualizacja odpowiedzialności poręczyciela; czwarta faza – pociągnięcie do odpowiedzialności poręczyciela. Posługując się innymi kryteriami, niż kryterium upływu czasu, wyróżnić możemy w k.c. następujące grupy przepisów dotyczących osoby poręczyciela: prawa (w tym prawo do zawiadamiania); obowiązki (w tym obowiązek zawiadamiania); odpowiedzialność.

6 Sfera psychologiczna interesuje nas jedynie w niezbędnym zakresie.

7 Analogie można zaobserwować także w przypadku tzw. poręczenia karnego. Niemniej przesłanki do aktywowania odpowiedzialności poręczyciela karnego są zgoła odmiennie niż w typowych poręczeniach o rodowodzie cywilnym.

Moment przed zawarciem umowy poręczenia (przedfaza)

Do zawarcia umowy poręczenia skłaniają poręczycieli rozmaite powody⁸. Zazwyczaj u podstaw takiej decyzji leżą relacje prawne i faktyczne z osobą dłużnika. Niekiedy jednak są to stosunki na linii potencjalny poręczyciel–potencjalny wierzyciel. Występują także sytuacje, gdzie relacja (czy to z dłużnikiem czy z wierzycielem) powstaje dopiero z chwilą ustanowienia poręczenia. W doktrynie toczy się także spór co do możliwości uznania, że w wyniku zawarcia tzw. umowy wyręczenia powstaje stosunek poręczenia⁹. Ani zgoda, ani nawet wiedza o udzieleniu poręczenia nie jest konieczna dla jego ważności (obie sytuacje będą występować jednak raczej wyjątkowo)¹⁰. Jak wspomniano, motywy, którymi kierują się podmioty zamierzające poręczyć za jakiś dług, są różne. Wymienić tu można przede wszystkim: a) chęć zysku; b) chęć wsparcia określonych celów (określonej działalności); c) chęć wsparcia osoby bliskiej. Są to typowe przykłady, które wykształciły się w obrocie prawnym. Ciekawą systematykę nawiązującą do motywacji zawierających tego typu umowy proponuje Zbigniew Radwański, operując pojęciem „roli”, którą podejmuje (lub ma zamiar podjąć) poręczyciel. Wyróżnia on bowiem trzy sfery zastosowania poręczenia:

- poręczyciel jako dobroczyńca – rola ta polega na zabezpieczeniu długu przyjaciela lub krewnego, nie otrzymując w zamian żadnych korzyści,
- poręczyciel jako profesjonalista – polega na zabezpieczeniu zobowiązania przez instytucję finansową (przede wszystkim bank), za którą to usługę otrzymuje prowizję¹¹,
- poręczyciel jako władza publiczna – w roli tej występuje przede wszystkim Skarb Państwa, pobierając za swoje usługi prowizję. Główne różnice jakie występują w tym typie poręczeń, w porównaniu z poprzednim punktem, to: a) udzielanie poręczeń ze środków publicznych, b) wspieranie ważnych społecznie przedsięwzięć¹².

8 Prawo cywilne (słusznie) poświęca mało uwagi takim pojęciom jak zamiar. Jest to domena prawa karnego.

9 Umowa wyręczenia w swej istocie nie różni się od umowy poręczenia. Podstawowa odrębność wynika z tego, że stronami umowy wyręczenia są: osoba trzecia (wyręczyciel) oraz dłużnik. Wierzyciel jest więc poza tym prawnym porozumieniem. Za możliwością uznania tej umowy za źródło powstania stosunku poręczenia opowiedzieli się m.in. Z. Radwański, *op. cit.*, s. 412–413 oraz A. Szpunar, *Zabezpieczenia osobiste wiarygodności*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 1992 nr 1–4, s. 162. Przeciwno takiemu pogładowi wystąpili m.in. M. Piekarski *et al.*, *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 1972, s. 1711 i L. Stecki *et al.*, *Kodeks cywilny z komentarzem*, Warszawa 1989, s. 787.

10 Z. Gawlik *et al.*, *Kodeks cywilny. Komentarz. Zobowiązania – część szczególna*, Warszawa 2011, s. 1149.

11 Zgodnie z § 1 art. 758 11 k.c. „Prowizją jest wynagrodzenie, którego wysokość zależy od liczby lub wartości zawartych umów”.

12 Z. Radwański, *op. cit.*, s. 403–404.

Moment od zawarcia umowy poręczenia (faza pierwsza właściwa)

Sytuacja poręczyciela od momentu zawarcia umowy poręczenia może zostać uznana za względnie stabilną. Wniosek taki możemy wysnuć, jeżeli spojrzymy na tę kwestię z punktu widzenia ogólnej jasności stosunków (prawnych i faktycznych) pomiędzy poręczycielem, wierzycielem i dłużnikiem. Jasność wzajemnych relacji pomiędzy podmiotami prawa cywilnego jest wartością samą w sobie. Oczywiście, osobą, która pozostaje w tym układzie szczególnie uprzywilejowaną, jest wierzyciel. Zyskuje on bowiem zabezpieczenie swoich roszczeń względem dłużnika. Poręczenie jest zabezpieczeniem osobistym, a więc zazwyczaj dużo bardziej chroniącym skutki ewentualnego niewykonania zobowiązania przez dłużnika niż zabezpieczenie rzeczowe. Niewątpliwie, wierzyciel uzyskuje większą możliwość zaspokojenia swoich roszczeń, ponieważ zyskuje jakby nowego dłużnika (dłużnika solidarnego) obok dłużnika dotychczasowego¹³. Wierzyciel przyjmujący zabezpieczenie osobiste godzi się na to, aby obok dłużnika głównego (pierwotnego) występowała osoba zabezpieczająca zaspokojenie jego roszczeń w przyszłości. Przy czym najważniejsze wydają się **przymioty osobiste** poręczyciela, takie jak **rzetelność** i **uczciwość**. Musi to być zatem osoba godna zaufania. Oprócz tych cech, o jakości zabezpieczenia osobistego decyduje wartość jego majątku. W przypadku zabezpieczenia rzeczowego, właściwie marginalne znaczenie (o ile w ogóle) mają własności osobowościowe, gdyż jego funkcja polega na tym, że wierzytelność zabezpiecza się konkretnym przedmiotem o stosownej wartości majątkowej. W tym wypadku o stopniu przydatności zabezpieczenia decyduje wartość rzeczy. Ewentualna zmiana jej właściciela nie wpływa na możliwość zaspokojenia potrzeb wierzyciela¹⁴. Najczęściej występujące w obrocie prawnym umocnienia rzeczowe to: hipoteka, zastaw, zastaw rejestrowy, przewłaszczenie na zabezpieczenie, kaucja i przelew na zabezpieczenie¹⁵.

Oceniając sytuację osoby, która zyskuje (zawsze dobrowolnie) status poręczyciela, należy stwierdzić obiektywny fakt, że nie jest to sytuacja korzystna. Można ją określić mianem „notorycznej niepewności”. Jak trafnie podnosi się w literaturze: „niewykonanie świadczenia przez dłużnika immanentnie tkwi w naturze poręczenia, ponieważ niebez-

13 Odmienne kwestia ta wygląda w praktyce stosowanej przez banki, w których to dłużnik stara się o kredyt. Banki z reguły uzależniają decyzję o udzieleniu kredytu (oprócz spełnienia innych przesłanek) od uprzedniego (bądź co najmniej jednoczesnego z zawarciem umowy kredytu) zawarcia umowy poręczenia. Konsekwencją takiego stanu rzeczy jest stwierdzenie, że: 1) momentem, w którym bank pozyskuje dłużników (dwóch współdłużników solidarnych: dłużnika-kredytobiorcę, dłużnika-poręczyciela) jest moment zawarcia umowy kredytu; lub 2) bank pozyskuje dłużnika-poręczyciela jeszcze przed pozyskaniem dłużnika-kredytobiorcy. Wynika to z możliwości poręczania za dług przyszły (cf. art. 878 k.c.).

14 Cecha ta z kolei przemawia za atrakcyjnością zabezpieczenia rzeczowego. Ze swej natury zabezpieczenie osobiste jest jej pozbawione, ponieważ związane jest z konkretną osobą.

15 T. Świerczyński *et al.*, *Praktyczne wyjaśnienia oraz wzory umów i pism. 2001-2011*.

pieczeństwo braku zaspokojenia wierzyciela towarzyszy każdemu zobowiązaniu [...]”¹⁶. Pogląd ten w sposób stanowczy podkreśla również teza Uchwały Sądu Najwyższego z 30 września 1996 roku, gdzie możemy przeczytać, że: „poręczyciel nie może uchylić się od skutków prawnych swego oświadczenia woli z powodu błędu wywołanego podstępnie przez dłużnika co do jego wypłacalności w dacie poręczenia”¹⁷. Sąd zatem opowiedział się za wartością, jaką stanowi ochrona wierzyciela, której w pewnych sytuacjach należy przyznać prymat.

Przepisy zakresowo mieszczące się w fazie pierwszej właściwej to w szczególności:

a) art. 876 § 2 stanowiący o oświadczeniu woli poręczyciela, które winno być pod rygorem nieważności złożone na piśmie. Jest to uregulowanie korzystne zarazem dla poręczyciela, jak i wierzyciela, ponieważ wymóg pisemności pod rygorem nieważności służy pewności obrotu,

b) art. 877: „W razie poręczenia za dług osoby, która nie mogła się zobowiązać z powodu braku zdolności do czynności prawnych, poręczyciel powinien być spełnić świadczenie jak dłużnik główny, jeżeli w chwili poręczenia o braku zdolności tej osoby wiedział lub z łatwością mógł się dowiedzieć”. Przepis ten odnosi się także do fazy odpowiedzialności poręczyciela, a jego celem jest wyciąganie negatywnych konsekwencji z faktu zaistnienia złej wiary. Regulacja ta chroni w ten sposób wierzyciela przed nierzetelnymi poręczycielami. Co się tyczy samej osoby poręczyciela, trudno jednoznacznie przesądzić, czy jest to przepis dla niego korzystny, czy niekorzystny. W naszym przekonaniu jego *ratio legis* zakłada ochronę wartości, jaką jest solidność w ogóle. Z drugiej strony, mobilizuje poręczyciela do pozyskania informacji o osobie, za którą zamierza poręczyć¹⁸,

c) art. 878 stanowi, że możliwe jest poręczenie za dług przysły do wysokości z góry oznaczonej. Natomiast bezterminowe poręczenie za dług przysły może być w każdym czasie odwołane pod warunkiem, że dług jeszcze nie powstał. Należy pozytywnie ustosunkować się do tego przepisu. Wydaje się, że powołana regulacja stanowi zarazem minimalne standardy, których brak trudno byłoby zaakceptować, bowiem sytuacja poręczyciela stałaby się wówczas bardzo niekorzystna;

d) art. 879 stanowi, że o zakresie zobowiązania poręczyciela rozstrzyga każdorazowy zakres zobowiązania dłużnika. Jednakże czynność prawna dokonana przez dłużnika z wierzycielem po udzieleniu poręczenia nie może zwiększyć zobowiązania poręczyciela. W pierwszym paragrafie tego artykułu ustawodawca formułuje chyba najbardziej charakterystyczną dla całej instytucji poręczenia zasadę, czyli tzw. zasadę akcesoryjności¹⁹. Zobowiązanie poręczyciela ma taką samą wielkość jak zobowiązanie dłużnika głównego.

16 B. Lewaszkiwicz-Petrykowska, *Glosa do Uchwały Sądu Najwyższego (7) z dnia 30 września 1996 roku, III CZP 85/96*.

17 Uchwała III CZP 85/96.

18 Ideałem byłaby sytuacja istnienia w k.c. jak najmniejszej ilości norm *quasi*-reprezyjnych.

19 J. Pisuliński, G. Tracz *et al.*, *Prawo umów handlowych*, t. 5, wyd. 2, Warszawa 2006, s. 313–314.

Reguła ta stanowi *essentialia negotii* poręczenia, która odróżnia ją od innych umów. Objawia się to w takich cechach: a) nieważność zobowiązania głównego powoduje nieważność poręczenia; b) umorzenie zobowiązania głównego powoduje wygaśnięcie poręczenia (z wyjątkiem sytuacji, o której stanowi art. 877 k.c.); c) przeniesienie zabezpieczonej wierzytelności powoduje przeniesienie poręczenia²⁰. Zasada akcesoryjności wyznacza wzajemne prawne relacje, zwłaszcza pomiędzy poręczycielem a dłużnikiem²¹.

Moment aktualizacji odpowiedzialności poręczyciela (faza druga właściwa)

Kolejne artykuły k.c. związane są już z trzecią (drugą właściwą) fazą w przyjętym podziale. Chodzi tu o okoliczności powodujące aktualizację odpowiedzialności poręczyciela²². Wśród tych regulacji można wyróżnić obowiązki *stricte* informacyjne. Należą do nich:

a) art. 880 k.c. stanowiący, że jeżeli dłużnik spóźnia się ze spełnieniem świadczenia, wierzyciel powinien zawiadomić o tym poręczyciela. Jest to obowiązek informacyjny stworzony dla ochrony tego ostatniego. Trudno byłoby wymagać od poręczyciela śledzenia poczynąń dłużnika głównego w zakresie wykonywania zobowiązania,

b) art. 884 § 1 i § 2 k.c. nakładający na poręczyciela obowiązek niezwłocznego poinformowania dłużnika o tym, że wierzyciel dochodzi od niego swojego roszczenia. Chodzi tu o tzw. przypozwanie²³, czyli wezwanie do wzięcia udziału w sprawie,

c) art. 885 k.c., gdzie czytamy, że: „poręczyciel powinien niezwłocznie zawiadomić dłużnika o dokonanej przez siebie zapłacie długu, za który poręczył. Gdyby tego nie uczynił, a dłużnik zobowiązanie wykonał, nie może żądać od dłużnika tego, co sam wierzycielowi zapłacił, chyba, że dłużnik działał w złej wierze”.

Spośród tych literalnie wymienionych w przepisach kodeksowych obowiązków informacyjnych, pierwszy stanowi dogodność, natomiast dwa pozostałe są ciężarem dla poręczyciela. Mimo to wydają się jak najbardziej uzasadnione w świetle kryterium pewności obrotu. Korzystnym dla poręczyciela jest natomiast zapis stanowiący, że jeżeli poręczenie zostało udzielone za wiedzą dłużnika, dłużnik powinien niezwłocznie zawiadomić porę-

20 K. Czajkowska-Matosiuk, *Prawo cywilne – część ogólna, prawo rzeczowe, zobowiązania*, wyd. 2, Warszawa 2010, s. 738.

21 Choć, jak już wcześniej wspomniano, te dwa podmioty nie są stronami umowy poręczenia. Na marginesie należy zauważyć, że polski system prawny zna dosyć liczny zbiór wyjątków od zasady akcesoryjności.

22 Okoliczności te poprzedzają zwykle samo pociągnięcie do odpowiedzialności poręczyciela, ale wcale nie muszą do tego prowadzić. Należy zatem wyraźnie odróżnić moment, w którym wystąpiły przesłanki uzasadniające odpowiedzialność poręczyciela od samej realizacji odpowiedzialności.

23 Cf. Dz.U. z 1964 r. nr 43, poz. 296, art. 84.

czyciela o wykonaniu zobowiązania. Gdyby tego nie uczynił, poręczyciel, który zaspokoił wierzyciela, może żądać od dłużnika tego, co wierzycielowi zapłacił, chyba, że działał w złej wierze²⁴.

Osoba fizyczna jako poręczyciel

Do osoby fizycznej w „roli” poręczyciela odnoszą się w pełni przepisy kodeksu cywilnego²⁵. Grupa tych podmiotów jest w najmniej korzystnej sytuacji, ponieważ z reguły dysponują one bardzo ograniczonym kapitałem. Z drugiej strony, nic nie stoi na przeszkodzie, aby w zamian za udzielenie poręczenia poręczyciel otrzymał wynagrodzenie²⁶. Taki pogląd został wyraźnie wyrażony w tezie wyroku z 20 października 2009 roku, gdzie czytamy:

Chociaż bowiem definicja ustawowa umowy poręczenia zawarta w art. 876 § 1 k.c. nie zawiera postanowienia w przedmiocie odpłatności poręczenia, nie oznacza to, że poręczenie nie może być udzielone odpłatnie. Milczenie ustawodawcy niczego nie przesądza w tym przedmiocie. Strony umowy poręczenia mogą się tak umówić, gdyż takie ułożenie stosunku prawnego poręczenia, że udzielane jest w zamian za wynagrodzenia dla poręczyciela od wierzyciela głównego stosunku zobowiązaniowego nie sprzeciwia się właściwości stosunku poręczenia, ustawie ani zasadom współżycia społecznego (art. 353¹⁾ k.c.)²⁷.

Oczywiście z reguły osoby fizyczne poręczają za zobowiązania bliskich, ale warto gruntownie przemyśleć decyzję o udzieleniu poręczenia. Nie zawsze mamy bowiem pełną wiedzę o sytuacji finansowej krewnego²⁸. Jest to więc odpowiedzialność oparta na zasadzie ryzyka²⁹.

Do niedawna problematyczna jawiła się kwestia udzielania poręczeń przez małżonka pozostającego we wspólności majątkowej. Wątpliwości sprowadzały się do próby rozstrzygnięcia, jak należy traktować taką sytuację. Pytania, które formułowała doktryna do-

24 Ramy niniejszego opracowania nie pozwalają na wyczerpujące omówienie fazy trzeciej właściwej dotyczącej odpowiedzialności poręczyciela. Problematyka zasługuje bowiem na omówienie w osobnej pracy. Ograniczamy się do stwierdzenia, że zakres odpowiedzialności poręczyciela wynika przede wszystkim z zasady akcesoryjności.

25 A także przepisy ustaw regulujących poręczenie wekslowe i czekowe, czyli dwie ustawy z dnia 28 kwietnia 1936 roku: Prawo wekslowe (Dz.U. z 1936 r. nr 37, poz. 282) i Prawo czekowe (Dz.U. z 1936 r. nr 37, poz. 283).

26 W k.c. nie znajdujemy żadnych przepisów dotyczących odpłatności bądź nieodpłatności poręczenia.

27 Cf. Wyrok V ACa 339/2009.

28 Może z wyjątkiem sytuacji finansowej małżonka. Chociaż i w tym przypadku różnie bywa.

29 Cf. Wyrok V CK 474/04.

tyczyły m.in. zagadnienia, kiedy zawarcie umowy poręczenia jest czynnością zwykłego zarządu, a kiedy taki zarząd przekracza, oraz czy wymagana jest (a jeśli tak to jakich sytuacjach) zgoda współmałżonka do jej zawarcia. Tylko częściowo wyjaśnił to Sąd Najwyższy w Uchwale z 25 marca 1994 roku, stwierdzając, że: „Do zawarcia umowy poręczenia przez jednego małżonka w czasie trwania wspólności ustawowej wymagana jest zgoda drugiego małżonka wówczas, gdy umowa ta jest czynnością przekraczającą zakres zwykłego zarządu majątkiem wspólnym”³⁰. Spór doktrynalny został definitywnie zakończony wraz z wejściem w życie ustawy nowelizującej kodeks rodzinny i opiekuńczy³¹. Ustawa ta usunęła niejasności dotyczące udzielania zgody małżonkowi na udzielenie poręczenia. Posługując się nową techniką legislacyjną, wymieniono wprost czynności, do których dokonania jest niezbędna zgoda małżonka. Wśród nich nie ma poręczenia, tak więc w obecnym stanie prawnym małżonek może zostać poręczycielem bez rodzinnych konsultacji.

Skarb państwa (i jednostka samorządu terytorialnego) jako poręczyciel

Skarb Państwa oraz jednostka samorządu terytorialnego są w znacznie lepszej sytuacji niż osoba fizyczna, ponieważ dysponują zwykle znaczącym kapitałem pochodzącym głównie od podatników. W polskim systemie prawnym poręczenia Skarbu Państwa uregulowane są w całości w Ustawie z 8 maja 1997 o poręczeniach i gwarancjach udzielanych przez Skarb Państwa oraz niektóre osoby prawne³². Zgodnie z powołanym aktem prawnym, reprezentantami państwa przy udzielaniu poręczeń są: Rada Ministrów, minister właściwy do spraw finansów publicznych i Bank Gospodarstwa Krajowego. Cechą swoistą poręczeń skarbowych jest udzielanie ich na taksatywnie wyliczone w ustawie cele³³, które ustawodawca uznał za ważne z punktu widzenia polityki państwa. Sytuacja wydaje się stosunkowo korzystna ze względu na wspomniany potencjał finansowy. Pamiętać jednak należy, że pieniądze publiczne pochodzą od całego społeczeństwa, a więc racjonalne nimi dysponowanie jest uzasadnione również z punktu widzenia **uczciwości** w relacji państwo–obywatel. Ogół poręczeń Skarbu Państwa tworzy tzw. potencjalny dług publiczny, który, nawet jeżeli nie powoduje żadnych negatywnych skutków fiskalnych, to musi być pod stałą kontrolą, tak jak zobowiązania realne³⁴. Istnieje możliwość sprzedaży tych wierzytelności³⁵.

30 Uchwała III CZP 182/93.

31 Czyli dnia 20 stycznia 2005 roku. Wtedy to bowiem weszły w życie przepisy ustawy z dnia 17 czerwca 2004 r. o zmianie ustawy Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2004 r. nr 162, poz. 1691).

32 Cf. Dz.U. z 1997 r. nr 79, poz. 484 z późn. zm.

33 R. Klocek, *Poręczenia i gwarancje Skarbu Państwa – stabilne zabezpieczenie finansowe. Komentarz*, Warszawa 2000, s. 23.

34 *Ibidem*, s. 44.

35 Cf. Dz.U. z 2011 r. nr 237, poz. 1407.

Co do zasady, w analogicznej sytuacji jak Skarb Państwa znajduje się jednostka samorządu terytorialnego – poręczyciel. Należy zwrócić uwagę na to, że, o ile zadania Skarbu Państwa jako poręczyciela są klarownie przedstawione w jednym akcie rangi ustawowej, w przypadku samorządu terytorialnego nie mamy takiej przejrzystości. Rozproszenie regulacji wynika częściowo z trójstopniowości samorządu terytorialnego (gmina, powiat, województwo). Jednak i w obrębie ustaw ustrojowych każdej z tych jednostek nie istnieje obecnie kompletne uregulowanie czynności udzielania poręczeń przez te podmioty. W związku z tym, o wiele większe niż w przypadku Skarbu Państwa zastosowanie znajdują przepisy k.c.

Bank jako poręczyciel

Jak słusznie zauważa Jerzy Pisuliński:

W razie udzielenia przez bank poręczenia dochodzi do powstania stosunku prawnego między bankiem a wierzycielem zabezpieczonej poręczeniem wierzytelności. Od tego stosunku należy odróżnić stosunek prawny łączący bank z osobą, na której zlecenie bank udzielił poręczenia. Poza przypadkiem zabezpieczenia poręczeniem wierzytelności przyszłej, między wierzycielem a dłużnikiem głównym istnieć musi także stosunek prawny, z którego wynika zabezpieczona poręczeniem wierzytelność (jest to konsekwencja akcesoryjnego charakteru poręczenia)³⁶.

Udzielenie poręczenia przez bank należy do grupy tzw. czynności bankowych uregulowanych w prawie bankowym³⁷ (dalej: p.b.), a następuje na zlecenie. Często banki – poręczyciele w takich przypadkach zawiązują konsorcja. Udzielenie poręczenia wspólnie ma na celu zmniejszenie ryzyka związanego z ustanowieniem takiego zabezpieczenia. Do takiego konsorcjum bankowego należy odpowiednio stosować przepisy o konsorcjum kredytowym³⁸. Umowa między bankami powinna określać warunki, na jakich udzielone ma zostać poręczenie, rozkład ryzyka ponoszonego przez każdy bank w związku z ustanowionym zabezpieczeniem i ewentualnie zasady rozliczeń między bankami z tytułu dokonanej zapłaty³⁹.

Zarządzający bankami również dostrzegają zatem zagrożenia, jakie niesie ze sobą status poręczyciela. W ich przypadku jednak ryzyko pociągnięcia do odpowiedzialności wydaje się znikome. Minimalizowane jest ono bowiem takimi czynnikami jak specjalne

36 J. Pisuliński *et al.*, *Prawo bankowe. Komentarz*, wyd. 5, Warszawa 2007, s. 840.

37 *Cf.* Dz.U. z 1997 r. nr 140, poz. 939 z późn. zm. W kwestiach nieuregulowanych w tej ustawie stosuje się k.c.

38 *Cf.* art. 73 p.b.

39 J. Pisuliński *et al.*, *loc. cit.*

procedury weryfikacyjne przed udzieleniem poręczenia czy olbrzymie doświadczenie i znajomość rynku. Wydaje się więc, że w najkorzystniejszej sytuacji jest poręczyciel-bank. Dysponuje on prawie nieograniczonym kapitałem. Teoretycznie ma też najmniej ograniczeń w udzielaniu poręczeń. Jednak w dobie światowego kryzysu finansowego, także banki „ostrożnie” korzystają z możliwości pozyskiwania prowizji w ten sposób.

Podsumowanie

Reasumując, należy podkreślić, że sytuacja zarówno prawna jak i faktyczna poręczyciela nie jest jednoznaczna. Wynika to z faktu stosowania różnych reżimów prawnych w poszczególnych typach poręczeń. Podstawową regulację dla oceny sytuacji poręczyciela zawiera kodeks cywilny. Znajduje to wyraz przede wszystkim w subsydiarnym stosowaniu jego przepisów do pozostałych aktów prawnych zawierających instytucję poręczenia.

Zaufanie jako wartość społeczna jest niezbędnym uzupełnieniem przepisów prawa cywilnego. Wydaje się, że im większy poziom zaufania w społeczeństwie, tym lepsza jakość wzajemnych relacji prawnych między obywatelami. Wartość ta ma szczególne znaczenie we wzajemnych stosunkach podmiotów uczestniczących w poręczeniu. Na obecnym poziomie rozwoju prawno-społecznego polskiego systemu prawa cywilnego nie jest wskazane, aby aż tak wielką wagę przywiązywać do wartości pozaprawnej, jaką jest zaufanie. Naszym zdaniem jest na to za wcześnie. Generalnie poręczenie cywilne (na każdym etapie jego trwania) uregulowane jest bowiem w ten sposób, że prowadzi do zachwiania równowagi korzyści i ciężarów z perspektywy poręczyciela. Przewaga ciężarów jest znacząca. Oczywiście, większość przepisów dotyczących poręczenia ma charakter względnie obowiązujący. Fakt ten jednak nie zmienia treści kodeksowych norm.

SUMMARY

Analysis of the legal and actual situation of a guarantor – selected issues

This paper highlights the issues arising from an obligation such as surety. Under the provisions of the Polish Civil Code, the legal position of a guarantor is closely related to non-legal factors. The ambiguity and uncertainty of the status of a guarantor are even greater due to the variability in time of the normative construction of a surety. Therefore, in addition to the measures available in law, a certain counterweight, such as the general public values, is necessary to address this state of affairs. The most widely understood trust, being the necessary condition for the proper development of a modern democratic state of law, may undoubtedly play that role.

KEYWORDS: guarantor, surety, confidence, social values, the Polish Civil Code

KATARZYNA SZCZEPAŃSKA

Przesłanki powództwa o uchylenie uchwały spółki kapitałowej

Przesłanki do wytoczenia powództwa o uchylenie uchwały w spółce z o.o. zostały sformułowane w art. 249 § 1 kodeksu spółek handlowych (dalej: k.s.h.). Powództwo o uchylenie uchwały w odniesieniu do spółki akcyjnej, reguluje art. 422 § 1 k.s.h. Zgodnie z tymi przepisami można je wytoczyć – a co za tym idzie, podważyć uchwałę wspólników (walnego zgromadzenia) – jeżeli jest ona „sprzeczna z umową spółki bądź dobrymi obyczajami i godzi w interes spółki lub ma na celu pokrzywdzenie wspólnika (akcjonariusza)”. Mimo że przepisy dotyczące uchylenia uchwały dotyczą korporacji należących do dwóch różnych typów, brzmią niemal identycznie, co pozwala na szerokie korzystanie z orzecznictwa poświęconego uchwałom wspólników spółki z o.o. przy interpretacji przesłanek podmiotowych powództwa o uchylenie dotyczących uchwał walnego zgromadzenia akcjonariuszy i na odwrót¹.

Systematyka przesłanek będących podstawą powództwa o uchylenie uchwały

Sformułowanie art. 249 § 1 k.s.h. oraz art. 422 § 1 k.s.h, a w szczególności użyta w nich kombinacja spójników logicznych, stanowi podstawę dyskusji w doktrynie.

Prezentowane jest po pierwsze stanowisko, że ze sformułowania art. 249 § 1 k.s.h., odpowiednio art. 422 § 1 k.s.h, można wnosić, iż do wytoczenia powództwa o uchylenie uchwały nie wystarczy samo „powzięcie wbrew postanowieniom umowy spółki (statutu)”, lecz musi zachodzić dodatkowa przesłanka w postaci „godzenia w interes spółki” lub „zamiaru pokrzywdzenia wspólnika (akcjonariusza)”².

Zwolennicy tego poglądu uważają, że w konsekwencji uprawniony podmiot może dochodzić uchylenia uchwały, jeżeli zachodzi którakolwiek z następujących sytuacji:

1 M. Mazur, *Cel pokrzywdzenia wspólnika (akcjonariusza) jako przesłanka podważania uchwał zgromadzeń spółek kapitałowych*, „Rejent” 2009 nr 12, s. 29.

2 W. Popiołek *et al.*, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 473.

1. Uchwała jest sprzeczna z umową spółki (statutem) i godzi w interesy spółki.
2. Uchwała jest sprzeczna z umową spółki (statutem) i ma na celu pokrzywdzenie wspólnika.
3. Uchwała jest sprzeczna z umową spółki (statutem), godzi w interes wspólnika i ma na celu pokrzywdzenie wspólnika (akcjonariusza).
4. Uchwała jest sprzeczna z dobrymi obyczajami i godzi w interes spółki.
5. Uchwała jest sprzeczna z dobrymi obyczajami i ma na celu pokrzywdzenie wspólnika (akcjonariusza).
6. Uchwała jest sprzeczna z dobrymi obyczajami, godzi w interes spółki i ma na celu pokrzywdzenie wspólnika (akcjonariusza)³.

Zdaniem autorów opowiadających się za tym poglądem, przynajmniej dwie przesłanki wadliwości uchwały muszą zachodzić łącznie⁴.

Podobne, jednak nieco zmodyfikowane stanowisko, prezentują ci autorzy, którzy uważają, że przedmiotem podważenia w trybie art. 249 k.s.h. oraz w trybie art. 422 § 1 k.s.h. mogą być przede wszystkim następujące akty (uchwały):

- powzięte z naruszeniem postanowień umowy spółki (statutu),
- z naruszeniem dobrych obyczajów.

Mogą one jednakże zostać podważone tylko wówczas, gdy jednocześnie godzą w interesy spółki lub też mają na celu pokrzywdzenie wspólnika (akcjonariusza)⁵.

Taką samą wykładnię przesłanek powództwa o uchylenie uchwały proponuje kolejny przedstawiciel doktryny – Roman Kowalkowski, który wskazuje, że przesłanki podważenia uchwały walnego zgromadzenia w spółce S.A. (uchwały wspólników w spółce z o.o.) należy usystematyzować w następujący sposób:

1. Uchwała musi być sprzeczna ze statutem (umową spółki) i godzić w interes spółki lub zmierzać do pokrzywdzenia akcjonariusza (wspólnika).
2. Uchwała musi być sprzeczna z dobrymi obyczajami i godzić w interes spółki lub zmierzać do pokrzywdzenia akcjonariusza (wspólnika)⁶.

Autor ten popiera zatem stanowisko, wedle którego do podważenia uchwały nie wystarczy sama jej sprzeczność ze statutem (umową spółki) czy dobrymi obyczajami, jeżeli jednocześnie uchwała nie godzi w interes spółki lub nie ma na celu pokrzywdzenia akcjonariusza (wspólnika).

Zatem zawsze łącznie muszą być spełnione co najmniej dwie przesłanki: sprzeczność ze statutem lub dobrymi obyczajami oraz dodatkowy warunek w postaci godzenia w interesy spółki lub zmierzanie do pokrzywdzenia akcjonariusza (wspólnika)⁷.

Podobnego zdania jest Andrzej Kidyba, stojący na stanowisku, że wymienione prze-

3 *Loc. cit.*

4 *Loc. cit.*

5 A Szajkowski *et al.*, *Kodeks spółek handlowych...*, t. 2, Warszawa 2005, s. 705.

6 R. Kowalkowski, Z. Koźma, M. Ożóg, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Gdańsk 2010, s. 897.

7 *Loc. cit.*

słanki należy rozpatrywać na dwóch płaszczyznach: uchwał powziętych z naruszeniem postanowień umowy spółki lub sprzecznych z dobrymi obyczajami (jedna, wszystkie), które jednocześnie godzą w interesy spółki lub mają na celu pokrzywdzenie wspólnika (akcjonariusza)⁸. Zgodnie z zapatrywaniami tego autora, możemy więc przyjąć, że uchwała:

- musi być sprzeczna z umową spółki (statutem) i jednocześnie godzić w interesy spółki,
- musi być sprzeczna z umową spółki (statutem) i jednocześnie mieć na celu pokrzywdzenie wspólnika (akcjonariusza),
- uchwała może być sprzeczna z dobrymi obyczajami i jednocześnie godzić w interesy spółki,
- musi być sprzeczna z dobrymi obyczajami i mieć na celu pokrzywdzenie wspólnika (akcjonariusza)⁹.

Zdaniem wskazanego autora, poza tymi czterema wariantami możliwe jest również, aby uchwała była sprzeczna z:

- umową spółki (statutem) i była sprzeczna z dobrymi obyczajami, i jednocześnie godziła w interesy spółki,
- umową spółki (statutem) i była sprzeczna z z dobrymi obyczajami, i jednocześnie miała na celu pokrzywdzenie wspólnika (akcjonariusza),
- umową spółki (statutem) i sprzeczna z dobrymi obyczajami, i jednocześnie godziła w interesy spółki oraz miała na celu pokrzywdzenie wspólnika (akcjonariusza)¹⁰.

Przedstawione stanowisko odnośnie do systematyki przesłanek do wytoczenia powództwa o uchylenie uchwały jest poglądem przeważającym w doktrynie. Jednakże pojawia się w niej również pogląd odmienny, oparty na interpretacji spójnika „bądź”, wedle którego sprzeczność uchwały z umową spółki (statutem) jest samodzielną przesłanką do jej podważenia poprzez wytoczenie powództwa o jej uchylenie.

Takiej interpretacji dokonuje Krzysztof Strzelczyk, twierdząc, że właśnie sprzeczność uchwały z umową spółki (statutem) jest samodzielną przesłanką podważenia uchwały. Koronnym argumentem przemawiającym za przyjęciem takiego stanowiska, jest to, że odmienna wykładnia, zakładająca, że godzenie w interesy spółki lub nakierowanie na pokrzywdzenie wspólnika (akcjonariusza) odnosi się nie tylko do uchwał sprzecznych z dobrymi obyczajami, ale także do umów sprzecznych z umową spółki (statutem). Znacznie ograniczałoby to zakres podważania uchwał podjętych wbrew postanowieniom umowy spółki (statutu)¹¹.

Z taką też wykładnią przesłanek wniesienia powództwa o uchylenie uchwały wspólników, opartej na wykładni spójnika „bądź”, zgadza się M. Rodzyńkiewicz. Autor

8 A. Kidyba, *Kodeks spółek handlowych*, t. 1, Warszawa 2010, s. 1079.

9 *Ibidem*, s. 1080.

10 *Loc. cit.*

11 K. Strzelczyk *et al.*, *Komentarz do kodeksu spółek handlowych. Spółka z o.o.*, Warszawa 2001, s. 489–490.

ten wprost podaje, że za prawidłową należy uznać wykładnię zaproponowaną przez K. Strzelczyka. Zgodnie z nią, uchwała wspólników (walnego zgromadzenia) może być podważona powództwem o jej uchylenie, gdy:

- jest sprzeczna z umową spółki (statutem)
albo
- jest sprzeczna z dobrymi obyczajami i zarazem godzi w interesy spółki
albo
- jest sprzeczna z dobrymi obyczajami i zarazem ma na celu pokrzywdzenie wspólnika (akcjonariusza)¹².

W szczególności zatem sprzeczność uchwały z umową spółki (statutem) jest samodzielną przesłanką podważenia uchwały¹³.

Wskazane mniejszościowe stanowisko doktryny w kwestii wykładni „kombinacji” przesłanek, które muszą zajść, by skutecznie wnieść powództwo o uchylenie uchwały, popiera Andrzej Herbet¹⁴, który także wyróżnia trzy „kombinacje” przesłanek potrzebnych do wytoczenia powództwa o uchylenie uchwały. Wedle tego autora podważalna jest w trybie powództwa o uchylenie jest uchwała:

- sprzeczna z umową spółki (statutem),
- sprzeczna z dobrymi obyczajami i godząca w interesy spółki,
- sprzeczna z dobrymi obyczajami i mająca na celu pokrzywdzenie wspólnika (akcjonariusza)¹⁵.

Biorąc pod uwagę wszystkie zaprezentowane powyżej poglądy dotyczące możliwych „kombinacji” przesłanek, które zajść muszą, aby skutecznie wnieść powództwo o uchylenie uchwały, wydaje się, że wątpliwe jest stanowisko oparte na wykładni występującego w przepisie spójnika „bądź”, a zakładające, że przesłanka w postaci „sprzeczności z umową spółki (statutem)” jest przesłanką samodzielną, wystarczającą do skutecznego wniesienia powództwa, a w efekcie do uchylenia uchwały. Jest to stanowisko trudne do przyjęcia chociażby z tego względu, że wprowadza niejako nierównowagę pomiędzy podstawami wniesienia powództwa o uchylenie uchwały, gdyż omawiana interpretacja prowadzi do sytuacji, gdy raz może ono zostać oparte jedynie na wskazanej już – jak zakładają autorzy tego poglądu – samodzielnej przesłance „sprzeczności z umową spółki (statutem)”, a innym razem, dla skuteczności powództwa wykazać należałoby dwie przesłanki: sprzeczność z dobrymi obyczajami i, jako drugą kumulatywną podstawę, godzenie w interesy spółki albo cel pokrzywdzenia wspólnika (akcjonariusza). Taka klasyfikacja podstaw wniesienia powództwa, nadająca jednej z nich wyraźnie silniejszą, gdyż samodzielną pozycję, mogłaby prowadzić do zachwiania równowagi w spółce, ponieważ

12 M. Rodzyńkiewicz, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 456.

13 *Loc. cit.*

14 A. Herbet *et al.*, *System prawa prywatnego. Prawo spółek kapitałowych*, t. 17A, Warszawa 2010, s. 411.

15 *Loc. cit.*

każdy zainteresowany i jednocześnie uprawniony podmiot mógłby występować z omawianym powództwem, powołując się jedynie na sprzeczność uchwały z umową spółki (statutem). Oczywiście, że za niepożądaną należy uznać sytuację, w której w obrocie pozostaje uchwała obarczona ową sprzecznością, jednakże z punktu widzenia zachowania równowagi i integralności działalności spółki, wydaje się, że dla skuteczności powództwa należałoby obok tej przesłanki wskazywać także drugą, w postaci jednoczesnego godzenia w interesy spółki, czy też w celu pokrzywdzenia wspólnika (akcjonariusza).

Należałoby zatem skłaniać się ku pierwszemu z zaprezentowanych poglądów, głoszącemu, że zawsze przynajmniej dwie przesłanki wadliwości uchwały muszą zachodzić łącznie. Ponadto, wskazany pogląd pierwszy (dwie przesłanki wadliwości uchwały muszą zachodzić łącznie) należałoby rozpatrywać w tzw. wersji „dwupłaszczyznowej”, zgodnie, z którą pierwszą z wskazanych przesłanek musi być zawsze w sprzeczności z umową spółki albo sprzeczność z dobrymi obyczajami, a drugą jednoczesną (spełnioną kumulatywnie) cel pokrzywdzenia wspólnika lub godzenie w interesy spółki. Możliwe są również przypadki, gdy więcej niż jedna podstawa zgodnie z powyższą „kombinacją” podstaw jest spełniona łącznie z inną, jednakże taka sytuacja nie przedstawia problemów interpretacyjnych, gdyż podstawowa ilość przesłanek i ich kombinacja są spełnione, a przesłanki dodatkowe tylko wzmacniałyby siłę argumentacji powoda.

Mając na uwadze powyższe rozważania dotyczące kombinacji podstaw (przesłanek), które muszą zajść, by powództwo o uchylenie uchwały było skuteczne, należy się teraz przyjrzeć z osobna każdej z tych podstaw (przesłanek): sprzeczności uchwały z umową spółki (statutem), klauzuli generalnej dobrych obyczajów, godzeniu w interesy spółki oraz działania w celu pokrzywdzenia wspólnika (akcjonariusza).

Sprzeczności uchwały z umową spółki w spółce z o. o. albo ze statutem w spółce akcyjnej jako przesłanka powództwa o uchylenie uchwały

Pierwszą wymienioną w art. 249 k.s.h. oraz w art. 422 k.s.h. przesłanką stanowiącą podstawę do wniesienia powództwa o uchylenie uchwały jest jej sprzeczność z umową spółki (odpowiednio statutem). Omawiana przesłanka składa się zatem niejako z dwóch elementów, które wymagają omówienia. Pierwszym z nich jest pojęcie umowy (statutu) spółki, a drugim – pojęcie sprzeczności z ową umową (statutem).

Umowa spółki z o.o. zgodnie z art. 157 § 2 k.s.h. oraz statut S.A. na podstawie art. 301 § 2 k.s.h. zawiera się w formie aktu notarialnego, a na gruncie k.s.h. określone są jedynie minimalne wymogi co do postanowień, które zarówno umowa spółki – art. 157 § 1 k.s.h., jak i statut – art. 304 § 1 k.s.h. powinny zawierać. W odniesieniu do statutu art. 304 k.s.h., w § 2 wprowadza również dodatkowe wymagania co do jego zawartości, a § 3 wskazanego przepisu wskazuje, że statut może zawierać postanowienia odmienne

niż przewiduje ustawa, jeżeli ustawa na to zezwala. Zgodnie natomiast z § 4 art. 304 k.s.h., statut może zawierać postanowienia dodatkowe, chyba że z ustawy wynika, że przewiduje ona wyczerpujące uregulowanie albo dodatkowe postanowienie statutu jest sprzeczne z naturą spółki akcyjnej lub z dobrymi obyczajami.

Pojęcie „umowa spółki” (statut spółki) oznacza zarówno poszczególne postanowienia w niej zawarte, których treść jest wyrazem woli stron („dosłowne brzmienie”), jak i rozstrzygnięcia umowne, których nie można uznać za „postanowienia umowy (statutu)” (w ścisłym tego słowa znaczeniu), ale które wynikają ze „zgodnego zamiaru stron” i „celu umowy”, co wpływa na interpretację każdej umowy (art. 65 § 2 k.c.)¹⁶.

Zgodnie z zaprezentowanym poglądem, pojęcie umowy spółki (statutu) należy odczytywać na dwóch płaszczyznach. Pierwszą z nich jest dosłowne rozumienie umowy (statutu), czyli jej, spisanej aktem notarialnym, treści. Drugą – tzw. płaszczyzna „zgodnego zamiaru stron” i „celu umowy”.

Sprzeczność z postanowieniami statutu (umowy spółki) ma miejsce, jeżeli uchwałę podjęto wbrew wyraźnej regulacji statutowej (umownej)¹⁷. W tym przypadku chodzi zapewne o płaszczyznę dosłownego rozumienia postanowień statutu (umowy spółki), gdyż to ona z natury swej – jako spisana – jest wyraźna.

Owa sprzeczność może dotyczyć zarówno trybu podjęcia uchwały (w tym także zwołania walnego zgromadzenia czy zgromadzenia wspólników), jak również materialnych przesłanek jej podjęcia (dopuszczonych przez statut czy umowę spółki możliwych rozstrzygnięć kwestii poddanych pod głosowanie)¹⁸.

Ponadto uchwała będzie sprzeczna ze statutem (umową), jeżeli reguluje inaczej materię objętą statutem (umową) spółki¹⁹. Przykładowo można wskazać tutaj uregulowanie dotyczące ilości członków zarządu, w stosunku do którego została podjęta uchwała powołująca liczbę większą niż to umowa spółki – czy statut – przewiduje.

Uchwała jest sprzeczna z umową (statutem) również gdy bezpośrednio lub pośrednio nie jest zgodna z normami zawartymi w umowie (statucie) spółki. Dotyczy to wszystkich postanowień umownych (statutowych), czy to stworzonych przez wspólników (akcjonariuszy) niezależnie od k.s.h., czy też zmieniających dyspozytywnie te normy²⁰.

Jest to sprzeczność z jakimkolwiek postanowieniem umowy (statutu) spółki, niezależnie od jego „pochodzenia” w umowie czy statucie spółki, a zatem niezależnie od tego, czy uregulowanie takie pochodzi od wspólników (akcjonariuszy) i zostało wprowadzone do umowy (statutu) jako wyraz zgodnej woli stron, czy też jest to wpisane w umowę spółki

16 P. Grzesiok, *Zaskarżanie uchwał w kodeksie spółek handlowych na tle rozwiązań kodeksu handlowego (cz. I)*, „Prawo Spółek” 2002 nr 5, s. 7.

17 R. Kowalkowski, Z. Koźma, M. Ożóg, *op. cit.*, s. 897.

18 *Loc. cit.*

19 W. Popiołek *et al.*, *op. cit.*, s. 850.

20 A. Kidyba, *op. cit.*, t. 1, s. 1080.

dyspozytywne wcześniej postanowienie k.s.h. W odniesieniu do statutu S.A., na uwadze mieć również należy wspomniane już wcześniej ograniczenia w stosunku do jego treści, w szczególności możliwość zawarcia w nim postanowień odmiennych niż przewiduje ustawa, tylko jeżeli ustawa na to zezwala.

Komentatorzy art. 249 § 1 k.s.h. oraz odpowiednio 422 § 1 k.s.h. zwykli kazuistycznie wymieniać stany faktyczne – kategorie uchwał – sprzecznych z umową spółki (statutem). I tak, wymieniane są jako uchwały sprzeczne z umową spółki (statutem), w szczególności:

- uchwała, która przyjmuje zasady podziału zysku niezgodne z przepisami umownymi lub
- stanowi o wyborze członków organów spółki z pominięciem specyficznych przepisów umowy w tym zakresie²¹.

Jako przykłady naruszenia postanowień umowy (statutu) wskazuje się również sytuację, w której wspólnicy (akcjonariusze) wprowadzą do umowy określone kworum do podjęcia uchwał, a uchwały zapadać będą bez względu na to kworum. Wystąpi wówczas sprzeczność z umową spółki (statutem), choć stan taki będzie zgodny z przepisami kodeksowymi²².

Jest to przykład uzmysławiający znaczenie umowy spółki (statutu) jako podstawowego, najważniejszego dla niej dokumentu, jej konstytucji. We wskazanej sytuacji, nawet, jeżeli co do zasady uchwała jest podjęta większością głosów określoną i zgodną z k.s.h., zmodyfikowaną jednak postanowieniami umowy spółki (statutu), stanowi to sprzeczność z tą umową (statutem).

Klauzula generalna dobrych obyczajów na gruncie regulacji art. 249 § 1 k.s.h. oraz art. 422 § 1 k.s.h.

Drugą przesłanką wymienioną w k.s.h. jako podstawa powództwa o uchylenie uchwały jest klauzula generalna dobrych obyczajów. Trudności związane z jej interpretacją wynikają z istoty funkcjonowania w ustawodawstwie klauzul generalnych, będących pojęciami niedookreślonymi, których treść jest wykładana i interpretowana przez orzecznictwo.

Mające charakter klauzuli generalnej pojęcie „dobrych obyczajów” jest nieostre, jak zauważa Stanisław Sołtysiński – z natury rzeczy²³. Trudne do wyjaśnienia *in abstracto*, podlega interpretacji przede wszystkim w orzecznictwie²⁴.

Również przedstawiciele doktryny próbują je dookreślać. Z uwagi na fakt, że naruszenie dobrych obyczajów jest przesłanką wytoczenia powództwa o uchylenie uchwały, oczywiste powinno wydawać się dążenie do jak najdalej posuniętego zobiektywizowania

21 R. Pabis, *Spółka z o.o. Komentarz*, Warszawa 2006, s. 462.

22 A. Kidyba, *op. cit.*, t. 1, s. 1080.

23 S. Sołtysiński *et al.*, *System prawa prywatnego. Prawo spółek kapitałowych*, t. 17B, Warszawa 2010, s. 600.

24 M. Rodzyńkiewicz, *op. cit.*, s. 457.

tego pojęcia. Z drugiej strony jednak, nieodzownym wydaje się odnoszenie tej klauzuli generalnej *ad casum*.

Zdaniem Andrzeja Kidyby, pojęcie dobrych obyczajów jest generalną klauzulą odsyłającą opartą na kryterium ocennym zaczerpniętym z zasad powszechnej obyczajowości²⁵. Dobre obyczaje nie są tworzone *ad hoc*, ale na przestrzeni określonego czasu, tak, że przez ich stosowanie stają się „dobre”, co należy odnosić jako kierunek dotyczący stosunków obrotu, a w tym spółki²⁶.

Piśmiennictwo wykształciło, jak się wydaje, kilka kryteriów oceny, czy zachodzi naruszenie dobrych obyczajów.

Jednym z takich kryteriów może być kryterium wzorcowego, uczciwie myślącego człowieka – to, co taka pomyślana postać wzorcowa, spełniająca założenie „przeciętnej wrażliwości społecznej” osoba, uzna za sprzeczne z kanonem moralnego zachowania, będzie sprzeczne z dobrymi obyczajami²⁷. Kryterium wzorcowego człowieka przyjmujące za wzór kanony moralnego zachowania było charakterystyczne dla starszego, przedwojennego piśmiennictwa prawa handlowego²⁸. Pogląd idący w kierunku takiej interpretacji klauzuli dobrych obyczajów na tle dawnego kodeksu handlowego (dalej k.h.) prezentował Maurycy Allerhand²⁹.

Innym kryterium, które może być przyjmowane, jest kryterium zasad uczciwego obrotu, przejawiających się w zwyczajach handlowych – interpretację taką proponuje Andrzej Szumański³⁰.

Można również wskazać kryterium mieszane ekonomiczno-funkcjonalne, wedle którego sprzeczne z dobrymi obyczajami jest to, co – będąc nawet zgodne z literą prawa – zakłóca prawidłowe funkcjonowanie gospodarki. Przez dobre obyczaje należy rozumieć zachowania wpływające pozytywnie na prawidłowo funkcjonującą spółkę i jej gospodarcze otoczenie. Takie stanowisko prezentuje Janusz Szwaja³¹.

Z poglądem prezentowanym przez J. Szwaję, wyrażonym na tle dawnego, nieobowiązującego już k.h., w którym pojęcie „dobrych obyczajów” wzbogacone było o przymiotnik „kupieckich”, zdaje się polemizować Stanisław Sołtysiński. Wskazuje on, że obecnie k.s.h. nie zawęził pojęcia „dobrych obyczajów” do norm uczciwego postępowania uznawanych przez przedsiębiorców („kupieckich”). Dlatego też, zdaniem tego Autora przemawia to nadal za sięganiem do kryteriów moralności panujących w społeczeństwie, a nie tylko wśród przedsiębiorców³².

Pogląd ten potwierdził Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z dnia 26 marca

25 A. Kidyba, *op. cit.*, t. 2, s. 669.

26 *Ibidem*, t. 1, s. 1080.

27 M. Rodzyńkiewicz, *op. cit.*, s. 457.

28 S. Sołtysiński *et al.*, *System...*, t. 17B, s. 600.

29 M. Allerhand, *Kodeks handlowy. Komentarz. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością*, t. 2, Biel-sko-Biała 1991, s. 92.

30 S. Sołtysiński *et al.*, *System...*, t. 17B, s. 600.

31 *Loc. cit.*

32 *Loc. cit.*

2009 r., V ACa 49/09, w którym podkreślono, że pojęcie dobrych obyczajów użyte w treści art. 249 k.s.h. odnosi się nie tylko do uczciwości kupieckiej skierowanej na zewnątrz funkcjonowania spółki (w stosunku do innych uczestników obrotu gospodarczego), lecz przede wszystkim do stosunków wewnętrznych, w tym relacji pomiędzy wspólnikami, co przemawia za sięgnięciem do kryteriów moralnych obowiązujących nie tylko pomiędzy przedsiębiorcami, ale także panujących w społeczeństwie, w tym ogólnej normy przyzwoitego zachowania³³.

W tym kontekście Stanisław Sołtysiński wskazuje na interesujący zabieg dowodowy, którego może dokonać powód w procesie o uchylenie uchwały. Mianowicie w razie podniesienia zarzutu naruszenia dobrych obyczajów wystarczy wykazać, że podważona uchwała jest oceniana jako naganna w środowisku przedsiębiorców, a jednocześnie taka negatywna ocena nie pozostaje w kolizji z poglądami rozsądnego i uczciwego człowieka³⁴.

Natomiast Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 8 marca 2005 r., w sprawie IV CK 607/04 wyjaśniając pojęcie dobrych obyczajów stwierdził, że sprzeczność uchwały z dobrymi obyczajami, o której mowa w art. 422 § 1 k.s.h. występuje wówczas, gdy w obrocie handlowym może ona być uznana za nieetyczną. Chodzi przy tym raczej nie o ocenę z punktu widzenia etyki przeciętnego, uczciwego człowieka, lecz o oceny nastawione na zapewnienie niezakłóconego funkcjonowania spółki pod względem ekonomicznym³⁵.

Wydaje się zatem, że Sąd Najwyższy w przytoczonym wyroku zajął stanowisko podobne do tego, które prezentuje J. Szwaja, odchodząc od oceny etycznej z punktu widzenia przeciętnego człowieka i przenosząc jej ciężar na ogół „etyki” czy też „moralności” stosunków gospodarczych.

Takie stanowisko Sądu Najwyższego potwierdza wyrok z dnia 16 października 2008 r., III CSK 100/08 zgodnie, z którym dobre obyczaje w rozumieniu art. 422 § 1 k.s.h. to ogólne reguły uczciwości kupieckiej, pojawiające się w związku z prowadzeniem działalności handlowej przez przedsiębiorców. Obowiązują one wszystkich uczestników obrotu handlowego, w tym spółki akcyjne (przedsiębiorców), jej organy statutowe i samych akcjonariuszy³⁶.

Tym samym Sąd Najwyższy podtrzymuje kierunek interpretacji zaproponowany w orzeczeniu z dnia 8 marca 2005 roku, w sprawie IV CK 607/04³⁷, przyjmujący do interpretacji klauzuli dobrych obyczajów kryterium zwyczajów handlowych uczciwości kupieckiej w działalności przedsiębiorców.

W tym samym tonie wypowiedział się również w międzyczasie Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z dnia 23 listopada 2006 r., I ACa 1373/06. Jego zdaniem klauzula

33 Wyrok V ACa 49/09.

34 *Ibidem*.

35 Wyrok IV CK 607/04.

36 Wyrok III CSK 100/08.

37 Wyrok IV CK 607/04.

generalna dobrych obyczajów na gruncie regulacji art. 249 § 1 k.s.h., to takie zachowania, które wpływają pozytywnie na funkcjonowanie spółki, są związane z postrzeganiem uczciwości kupieckiej przy prowadzeniu działalności gospodarczej. Jest to – ogólnie rzecz ujmując – przyzwoite postępowanie, które uwzględnia w różnym stopniu różne interesy służące wszystkim w spółce³⁸.

Na tle prezentowanego orzecznictwa, godnym odnotowania jest fakt, że Sąd Najwyższy i Sądy niższych instancji powracają, czy też utrzymują nazewnictwo ugruntowane w poprzednim stanie prawnym, tj. na gruncie przepisów k.h., w szczególności odnosząc się do dobrych obyczajów, reguł działalności „kupieckiej”, a nie zasad działania „przedsiębiorców”.

Przykładem dobrych obyczajów może być przyjęcie, że osoby, które zbyły akcje imienne przed walnym zgromadzeniem, powstrzymują się od udziału w tym zgromadzeniu, choćby nie zostały wykreślone jeszcze z księgi akcyjnej³⁹ – analogiczną sytuację dotyczącą powstrzymania się od głosu na zgromadzeniu wspólników po zbyciu udziałów a przed wykreśleniem z księgi udziałów możemy sobie wyobrazić na tle spółki z o.o.

Innym przykładem dobrego obyczaju podawanym na tle S.A. jest przyjęcie, że w skład rady nadzorczej wchodzi osoba posiadająca uregulowaną pozycję zawodową, reprezentujące wysoki poziom naukowy, które nie pozostają w finansowej osobistej zależności od spółki⁴⁰.

Godzenie w interes spółki jako przesłanka powództwa o uchylenie uchwały

Następną przesłanką powództwa o uchylenie uchwały jest „godzenie w interes spółki”. Jest to – obok klauzuli generalnej dobrych obyczajów – kolejne niedookreślone pojęcie występujące w przepisach regulujących omawiane powództwo zarówno w odniesieniu do sp. z o.o., jak i S.A. Niemniej „godzenie w interesy spółki” to zwrot, którego znaczenie jest ściślej określone niż zakres pojęcia sprzeczności z dobrymi obyczajami⁴¹. Uchwała godzi w interes spółki, gdy mimo formalnej jej zgodności z prawem, przyjęcie uchwały nie jest dla spółki korzystne i może spowodować dla niej negatywne skutki⁴².

Dzięki występowaniu w przepisach art. 249 § 1 k.s.h. oraz art. 422 § 1 ks.h. tej przesłanki, rozszerzony może zostać katalog przyczyn umożliwiających wytoczenie powództwa o uchylenie uchwały o takie sytuacje, które nawet mimo zgodności z prawem, umową spółki, czy statutem, powodują niekorzystne dla spółki konsekwencje – godzą w jej interes.

38 Wyrok I ACa 1373/06.

39 A. Kidyba, *op. cit.*, t. 2, s. 670.

40 *Loc. cit.*

41 M. Rodzyńkiewicz, *op. cit.*, s. 458.

42 R. Kowalkowski, Z. Koźma, M. Ożóg, *op. cit.*, s. 898.

Zdaniem części autorów, godzenie w interesy spółki ma miejsce wówczas, gdy wspólnicy (akcjonariusze) – zwłaszcza mający wpływ na prowadzenie spraw spółki – doprowadzają do faktycznego pomniejszenia majątku spółki, w szczególności w drodze wadliwych bądź wprost fikcyjnych transakcji⁴³. Prezentowane stanowisko ograniczające godzenie w interesy spółki tylko do sfery jej interesów majątkowych, wydaje się jednakże być zbyt wąskie. Dlatego też należy się opowiedzieć za poglądem dalej idącym, który głosi że godzenie w interesy spółki wystąpi wówczas, gdy są podejmowane jakiekolwiek działania, które powodują uszczuplenie majątku spółki, ograniczają jej zysk, ale także „uderzają” w dobre imię spółki lub jej organów, chronią interesy osób trzecich kosztem interesów spółki⁴⁴.

Zgodzić się należy również z jeszcze dalej idącą interpretacją pojęcia godzenie w interesy spółki, zgodnie z którą pojęcie to należy traktować bardzo szeroko. Godzenie w interesy spółki nie może być ograniczone tylko do aktualnej sytuacji, ale również odnoszone do potencjalnych sytuacji przyszłych. Chodzi, więc także o *goodwill*, określoną pozycję spółki, renomę osiągniętą na rynku⁴⁵.

Stanowisko takie potwierdza uzasadnienie wyroku Sąd Najwyższego w z dnia 8 marca 2005 r., IV CK 607/04⁴⁶, w którym uznano za poprawne rozumienie pojęcia „godzenie w interes spółki” podejmowanie uchwał mających na celu nie tylko uszczuplenie majątku spółki lub ograniczających jej zysk, ale także godzących w dobre imię spółki lub jej organów, chroniących interesy osób trzecich kosztem interesów spółki, a także zagrażających jej bytowi⁴⁷.

Zgodnie natomiast z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 5 listopada 2009 r., I CSK 158/09 interes spółki handlowej (art. 422 k.s.h.) odpowiada interesom wszystkich grup wspólników (w tym przypadku akcjonariuszy), z uwzględnieniem wspólnego celu określonego w statucie (umowie) spółki⁴⁸.

W orzeczeniu tym Sąd Najwyższy podkreśla nadto, że niedopuszczalnym jest utożsamianie interesu spółki akcyjnej (sp. z o.o.) wyłącznie z interesem akcjonariusza większościowego, podobnie nie można uznać, że działanie obronne akcjonariusza mniejszościowego zawsze podyktowane jest interesem spółki lub zostaje podjęte w obiektywnym jej interesie⁴⁹. Sąd Najwyższy zauważa, że w k.s.h. nie ma ustawowej definicji pojęć „interesu spółki” i „godzenia w interes spółki”, jednakże normatywne wyodrębnienie interesu spółki jako autonomicznego wobec interesów poszczególnych podmiotów uczestniczących w jej strukturze korporacyjnej, będącego następstwem przyznania spółce podmiotowości prawnej (art. 11 § 1 i art. 12 k.s.h.), nie wyklucza, że interesy obu tych odrębnych podmiotów pozostają ze sobą w funkcjonalnym związku. Interes spółki stanowi wypad-

43 A. Szajkowski *et al.*, *Kodeks spółek handlowych...*, t.2, s. 707.

44 *Ibidem*, s. 708.

45 A. Kidyba, *op. cit.*, t. 1, s. 1081.

46 Wyrok IV CK 607/04, LEX.

47 Wyrok IV CK 607/04, LEX.

48 Wyrok I CSK 158/09.

49 *Ibidem*.

kową interesów wszystkich grup wspólników (akcjonariuszy) spółki, będących w sensie gospodarczym jej „właścicielami”⁵⁰.

Godzenie w interesy spółki obejmuje szeroki wachlarz stanów faktycznych⁵¹ i, jak już wspomniano, może dotyczyć zarówno majątkowych, jak i niemajątkowych interesów korporacji⁵².

Przykłady uchwał godzących w interes spółki zostały sformułowane w uzasadnieniu wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 23 listopada 2006 r., I ACa 1373/06⁵³. Zgodnie z zapatrywaniami tego Sądu, uchwała godzi w interesy spółki, gdy np. powoduje uszczuplenie majątku, ogranicza zysk spółki, uderza w dobre imię jej lub organów, chroni interesy osób trzecich kosztem interesów spółki, zagraża jej bytowi itp.⁵⁴.

Dalszych przykładów stanów faktycznych stanowiących przykłady godzenia w interesy spółki zarówno majątkowe jak i niemajątkowe dostarcza piśmiennictwo. Wymieniane są tutaj przykładowo jako uchwały godzące w interesy spółki o charakterze majątkowym:

- zbycie składników majątkowych spółki po cenach znacznie zaniżonych, gdy gospodarcza konieczność tego nie uzasadnia⁵⁵,
- przyznanie członkom zarządu wygórowanego wynagrodzenia, nieadekwatnego do rozmiaru prowadzonej przez spółkę działalności i nakładu pracy⁵⁶,
- zakup od spółki przedmiotów majątkowych bądź praw – po wartości zaniżonej⁵⁷,
- doprowadzenie do płacenia przez spółkę rachunków za świadczenia, z których korzyści odnosi prawie wyłącznie inna osoba lub osoby, a nie spółka⁵⁸.

Natomiast przykłady uchwał godzących w interesy spółki o charakterze niemajątkowym to:

- uchwała, która spowoduje swą treścią zerwanie więzi kooperacyjnych z klientami, obniżenie ich zaufania, ujawnienie tajemnic kooperantów itd.⁵⁹,
- zatwierdzenie przez walne zgromadzenie sprawozdania, bez opinii biegłego rewidenta, niespełniającego wymogów z art. 53 ustawy o rachunkowości⁶⁰.

Interesujący przykład uchwały godzącej w interesy spółki niemającej charakteru majątkowego przedstawia Mateusz Rodzyńkiewicz. Jego zdaniem uchwałą godzącą w interesy spółki, niemającą charakteru majątkowego, będzie uchwała, która prowadzi do utraty dobrego imienia spółki, wypracowanej renomy (np. uchwała, którą postanowiono, że szacowne wydawnictwo periodyków polityczno-społecznych i gazet gospodarczo-fi-

50 *Ibidem*.

51 S. Sołtysiński *et al.*, *System...*, t. 17B, s. 601.

52 M. Rodzyńkiewicz, *op. cit.*, s. 458.

53 Wyrok I ACa 1373/06.

54 *Ibidem*.

55 R. Kowalkowski, Z. Koźma, M. Ożóg, *op. cit.*, s. 899.

56 *Loc. cit.*

57 A. Szajkowski, M. Tarska *et al.*, *Kodeks spółek handlowych...*, t. 2, s. 708.

58 *Loc. cit.*

59 A. Kidyba, *op. cit.*, t. 1, s. 1081.

60 Wyrok I CSK 158/09.

nansowych zmienia profil działalności i odtąd będzie się zajmować wydawaniem „miękkiej” – legalnej – pornografii, ponieważ jest to bardziej zyskowne)⁶¹.

Przykład ten uzmysławia, że podstawa do podważania uchwały może zachodzić także wtedy, gdy w założeniu podjęta decyzja ma służyć interesom majątkowym korporacji (większa zyskowność pornografii), ale – zdaniem współnika (akcjonariusza) – inne istotne, chociaż niekoniecznie wymierne interesy spółki (utrata renomy i dobrego imienia)⁶² zostaną w konsekwencji jej podjęcia poważnie naruszone.

Podsumowując, należy całkowicie zgodzić się z poglądem większości doktryny, potwierdzonym w utrwalonym orzecznictwie, który głosi, że interes spółki obejmuje nie tylko jej interes majątkowy, ale również interes niemajątkowy, zwłaszcza dobre imię. Jeżeli chodzi natomiast o przeniesienie tego interesu na płaszczyznę interesu spółki, to na szczególną aprobatę zasługuje cytowany wyrok Sądy Najwyższego⁶³, który jednoznacznie stwierdza, że ten interes to nie tylko interes spółki jako takiej – jako osoby prawnej, ale również wypadkowa interesu wszystkich jej grup współników (akcjonariuszy).

Cel pokrzywdzenia współnika (akcjonariusza) jako przesłanka powództwa o uchylenie uchwały

Ostatnia już przesłanka wytoczenia powództwa o uchylenie uchwały – cel pokrzywdzenia współnika – niejako również składa się z dwóch pojęć wymagających omówienia. Pierwsze z nich stanowi „cel”, drugie natomiast skutek w postaci „pokrzywdzenia”.

Ustawodawca zarówno pod rządami k.h., jak i obecnie obowiązującego k.s.h., nie zdecydował się na zbudowanie definicji legalnej „pokrzywdzenia” ani też nie opracował przykładowego choćby katalogu działań uznawanych za krzywdzące⁶⁴.

Podobnie jak w przypadku przesłanki godzenia w interesy spółki, przez pokrzywdzenie współnika (akcjonariusza) należy ujmować szeroko rozumiany uszczerbek, który może mieć zarówno postać szkody majątkowej, jak i niemajątkowej⁶⁵. Sytuacja ta będzie miała miejsce wtedy, gdy w wyniku uchwały pozycja współnika (akcjonariusza) w spółce zmniejszy się⁶⁶. Może się to wiązać z pogorszeniem jego sytuacji udziałowej (np. w postaci zwiększenia obowiązków lub odebrania praw), osobistej⁶⁷ oraz z powstaniem szkody zarówno w majątku pokrzywdzonego udziałowca (akcjonariusza), jak i odniesieniem do jego pozycji, dobrego imienia, naruszenia zasad równouprawnienia⁶⁸.

61 M. Rodzyńkiewicz, *op. cit.*, s. 458.

62 *Ibidem*.

63 Wyrok I CSK 158/09.

64 M. Mazur, *op. cit.*, s. 30.

65 *Ibidem*, s. 31.

66 *Ibidem*, s. 32.

67 A. Lesiak *et al.*, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Gdańsk 2005, s. 470.

68 A. Kidyba, *op. cit.*, t. 2, s. 1082.

Subiektywna przesłanka „celu pokrzywdzenia”

W orzecznictwie i doktrynie wykształciły się dwa poglądy odnośnie do wykładni zwrotu „w celu pokrzywdzenia wspólnika (akcjonariusza)”.

Według przedstawicieli pierwszego z nich działanie z pokrzywdzeniem akcjonariusza (wspólnika) musi nosić znamiona działania celowego i świadomego. Przekonuje o tym użyty w przepisie art. 249 § 1 k.s.h. i odpowiednio art. 422 § 1 zwrot „w celu”⁶⁹. Działanie większości musi nosić znamiona winy umyślnej w zamiarze bezpośrednim, na co właśnie wskazuje jednoznacznie sformułowanie „uchwała (...) ma na celu”⁷⁰.

Takie też stanowisko zaprezentowane zostało w tezie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 20 czerwca 2001 r., I CKN 1137/98 zapadłym jeszcze na gruncie przepisów k.h., w którym odpowiednik obecnych art. 249 § 1 oraz 422 § 1 k.s.h. stanowił art. 240 § 2 k.h., gdzie również znajdowała się przesłanka „celu pokrzywdzenia wspólnika”. Zgodnie ze wskazanym orzeczeniem uchwała zgromadzenia wspólników spółki z o.o. może być uznana za krzywdzącą tylko wtedy, gdy podjęta została z realnym zamiarem pokrzywdzenia⁷¹.

Również w uzasadnieniu do wyroku z dnia 22 lipca 1998 r., I CKN 807/97, który także zapadł na gruncie przepisów k.h., Sąd Najwyższy stwierdził, iż oczywiście jest, że samo pokrzywdzenie wspólnika nie stanowi wystarczającej podstawy do uchylecia uchwały, a niezbędne jest wykazanie zamiaru pokrzywdzenia⁷².

W myśl innego poglądu reprezentowanego w doktrynie, sam fakt pokrzywdzenia akcjonariusza (wspólnika) uchwałą uzasadnia stosowanie art. 249 k.s.h. oraz art. 422 k.s.h. Nawet, jeżeli uchwała nie została podjęta w celu pokrzywdzenia, ale pokrzywdzenie mimo to wystąpi, znajduje zastosowanie art. 249 k.s.h. i odpowiednio art. 422 k.s.h.⁷³

Takie stanowisko zaprezentował Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 16 kwietnia 2004 r., I CK 537/03, zmieniając swą poprzednią linię orzeczniczą, wypracowaną jeszcze na podstawie k.h. Stwierdził on, że uchwała walnego zgromadzenia akcjonariuszy może być uznana za krzywdzącą akcjonariusza zarówno wówczas, gdy cel pokrzywdzenia istnieje w czasie podejmowania uchwały, jak i wtedy, kiedy cel taki nie jest zakładany przy podejmowaniu, jednak treść uchwały jest taka, że jej wykonanie doprowadziło do pokrzywdzenia akcjonariusza⁷⁴.

Z praktycznego punktu widzenia obecne stanowisko Sądu Najwyższego oznacza, że dla spełnienia przesłanki „celu pokrzywdzenia wspólnika/akcjonariusza” dostateczne

69 R. Kowalkowski, Z. Koźma, M. Ożóg, *op. cit.*, s. 899.

70 S. Sołtyński, *Nieważne i wzruszalne uchwały zgromadzeń spółek kapitałowych*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2006 nr 6, s. 14.

71 Wyrok I CKN 1137/98.

72 Wyrok I CKN 807/97.

73 A. Kidyba, *op. cit.*, t. 1, s. 1082.

74 Postanowienie I CK 537/03.

będzie wykazanie, iż obiektywnie i przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności danej sprawy wykonanie uchwały o określonej treści prowadzi do pokrzywdzenia skarżącego akcjonariusza (wspólnika)⁷⁵.

O ile dawniejsze stanowisko Sądu Najwyższego służyło przede wszystkim ochronie wspólników (akcjonariuszy) większościowych oraz ochronie spółki w przypadku skierowanych przeciwko niej powództw mniejszościowego wspólnika (akcjonariusza), o tyle nowy pogląd Sądu Najwyższego wyraźnie wzmacnia prawa mniejszości⁷⁶.

Zmianę linii orzeczniczej Sądu Najwyższego za trafną uznał także Trybunał Konstytucyjny w uzasadnieniu wyroku z dnia 21 czerwca 2005 r., P 25/02⁷⁷ (część III pkt. 5.6. uzasadnienia) dotyczącym instytucji *squeeze out*⁷⁸. Trybunał Konstytucyjny stoi na stanowisku, że ze względu na trudności w uzasadnieniu subiektywnego momentu działania „w celu” pokrzywdzenia akcjonariusza, uzasadnione wydaje się również szerokie zastosowanie domniemania faktycznego, pozwalającego na przyjęcie, że zaniżenie wartości przymusowo wykupywanych akcji nastąpiło w celu pokrzywdzenia akcjonariusza⁷⁹.

Co prawda, orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego, nie dotyczyło bezpośrednio przepisów formułujących przesłanki powództwa o uchylenie uchwały, a instytucji *squeeze out*, jednak Trybunał w orzeczeniu tym wyraźnie posługuje się zwrotem „w celu pokrzywdzenia akcjonariusza”, a więc jak się wydaje zasadnym jest przeniesienie jego wykładni również na grunt przepisów konstytuujących powództwo o uchylenie uchwały.

Rodzaje „uchwał mających na celu pokrzywdzenie wspólników (akcjonariuszy)” – problematyka zasadność tworzenia ich katalogu

Judykatura w szeregu orzeczeń rozstrzygała czy konkretna uchwała walnego zgromadzenia krzywdziła akcjonariuszy (wspólników). Pozwala to zorientować się, jakie uchwały i przy jakim stopniu natężenia „pokrzywdzenia” mogą być uznane za krzywdzące akcjonariusza (wspólnika)⁸⁰. Przykłady uchwał mających na celu pokrzywdzenie wspólnika (akcjonariusza) stanowią również przedmiot wypowiedzi doktryny. Tytułem przykładu można podać uchwały, które:

– bez uzasadnionego powodu, traktują korzystniej tylko niektórych wspólników, np. w drodze formalnie poprawnego głosowania (przy zachowaniu wymaganej większości głosów) przewidują wypłatę dywidendy tylko na rzecz części wspólników, z narusze-

⁷⁵ K. Oplustil, *Glosa do wyroku SN z dnia 16 kwietnia 2004 r., I CK 537/03 – glosa aprobująca*, „Glosa” 2005 nr 3, s. 43.

⁷⁶ M. Rodzynkiewicz, *op. cit.*, s. 460.

⁷⁷ *Loc. cit.*

⁷⁸ *Ibidem*, s. 459.

⁷⁹ *Loc. cit.*

⁸⁰ J. Szwaja *et al.*, *Kodeks...*, t. 3, s. 1257.

niem należynej proporcji⁸¹ (trzeba jednak podkreślić, że z przepisów k.s.h. nie wynika bynajmniej, że bezprawne lub niezgodne z dobrymi obyczajami ma być wypłacenie dywidendy z zastosowaniem innego kryterium niż klucza udziałów wspólników w kapitale zakładowym spółki – jeżeli umowa spółki zgodnie z art. 191 § 2 k.s.h. przewiduje tego rodzaju „inny podział zysku”⁸²),

- skutek przyjęcia niezgodnej z wolą wszystkich wspólników polityki rozwojowej spółki, w sposób stały prowadzą do przeznaczenia zysku wyłącznie na cele rozwojowe, a nie na wypłatę dywidendy, chociażby w pewnej części⁸³,

- przewidują tzw. przeinwestowanie spółki⁸⁴,

- prowadzą do transferowania zysku bądź majątku spółki do innych spółek, w których pozostali wspólnicy nie mają udziałów⁸⁵,

- zostały podjęte w celu niewypłacenia dywidendy wspólnikowi (akcjonariuszowi) i przeznaczenia jej w długim okresie czasu na cele rozwojowe spółki, w rozmiarach nieuzasadnionych jej potrzebami⁸⁶ (Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 16 kwietnia 2004 r. I CK 537/03 podkreślił, że znaczny stopień dyskrecjonalnej władzy walnego zgromadzenia nie oznacza całkowitej dowolności, a prawo akcjonariusza do udziału w zysku rocznym jako jedno z najważniejszych uprawnień udziałowych, podlega swoistej ochronie prawnej⁸⁷. Dlatego też walne zgromadzenie nie może pojedynczą uchwałą pozbawić akcjonariuszy prawa do zysku za kilka lat obrotowych. Powinno ono corocznie podejmować uchwałę co do przeznaczenia zysku spółki i co do jego rozdziału⁸⁸),

- mają na celu uchwalenie w sposób całkowicie nieuzasadniony dywidendy jedynie w minimalnej wysokości⁸⁹.

Szczególnym przypadkiem uchwały „mającej na celu pokrzywdzenie wspólnika (akcjonariusza)” może być – w pewnych sytuacjach – uchwała o rozwiązaniu spółki, zwłaszcza gdy wspólnik (akcjonariusz), który do takiej uchwały doprowadził, zajmuje się np. interesami konkurencyjnymi w innym przedsiębiorstwie⁹⁰.

Oceniając próbę stworzenia katalogu uchwał mających na celu pokrzywdzenie wspólnika (akcjonariusza) wskazać należy, że zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 16 kwietnia 2004 r., I CK 537/03 nie jest możliwe ani celowe opracowanie katalogu dzia-

81 A. Szajkowski *et al.* *Kodeks spółek handlowych. Komentarz do artykułów 151–300*, t. 2, s. 708.

82 *Loc. cit.*

83 *Loc. cit.*

84 *Loc. cit.*

85 *Loc. cit.*

86 J. Szwaja *et al.*, *Kodeks...*, t. 3, s. 1258.

87 Wyrok I CK 537/03.

88 Wyrok I ACr 591/95.

89 Wyrok I CK 537/03.

90 A. Szajkowski *et al.*, *Kodeks...*, t. 2, s. 709.

łań, które mogą być kwalifikowane jako mające na celu pokrzywdzenia akcjonariusza⁹¹. Dlatego też przykłady przedstawione powyżej nie są próbą budowy takiego katalogu, a stanowią jedynie przedstawienie wybranych rodzajów uchwał, mogących spełniać przesłankę celu pokrzywdzenia wspólnika (akcjonariusza). Stanowisko Sądu Najwyższego w kwestii ewentualnych prób tworzenia katalogu takich działań zasługuje na aprobatę tym bardziej, że w k.s.h. go nie zbudowano. Ponadto każdorazowa uchwała mogąca mieć na celu pokrzywdzenia wspólnika (akcjonariusza) musi być badana *ad casum* w odniesieniu do sytuacji konkretnej spółki, której dotyczy, jak i konkretnego wspólnika, czy akcjonariusza, którego miałyby krzywdzić.

Skutek w postaci rzeczywistego pokrzywdzenia wspólnika (akcjonariusza)

Kolejnym zagadnieniem dyskutowanym w ramach przesłanki celu pokrzywdzenia wspólnika (akcjonariusza) jest problem skutku uchwały w postaci rzeczywistego pokrzywdzenia wspólnika (akcjonariusza). Większościowe stanowisko doktryny przyjmuje, że dopuszczalność wystąpienia z powództwem o uchylenie uchwały nie jest uzależniona od wystąpienia uszczerbku po stronie wspólnika (akcjonariusza)⁹².

Ponadto nie jest konieczne, aby pokrzywdzenie wspólnika (akcjonariusza) rzeczywiście nastąpiło. Wystarczy, że zachodzi duże prawdopodobieństwo wystąpienia takiego skutku⁹³. Odczucia niektórych wspólników (akcjonariuszy), że sąd krzywdzeni, wcale nie muszą znajdować uzasadnienia w rzeczywistym stanie rzeczy⁹⁴.

Podkreślić należy, że subiektywne przekonanie akcjonariusza (wspólnika) podważającego uchwałę o jego pokrzywdzeniu nie może mieć decydującego znaczenia. Konieczne jest bowiem dokonanie oceny w oparciu o kryteria obiektywne⁹⁵.

Zakończenie

Podsumowując, stwierdzić należy, że przesłanki powództwa o uchylenie uchwały spółki kapitałowej – będących *de facto* pojęciami niedookreślonymi i podlegającymi subiektywnej ocenie nie poddają się oczywistej wykładni. Świadczą o tym dotyczące tej problematyki liczne, w niektórych przypadkach skrajnie różniące się wypowiedzi przedstawicieli doktryny, oraz bogate orzecznictwo Sądu Najwyższego i Sądów Apelacyjnych, a problemy interpretacyjne rozpoczynają się już w momencie ustalania systematyki

91 Wyrok I CK 537/03.

92 M. Mazur, *op. cit.*, s. 38.

93 A. Szajkowski *et al.*, *Kodeks...*, t. 2, s. 709.

94 *Loc. cit.*

95 J. Szwaja *et al.*, *Kodeks...*, t. 3, s. 1255.

przedmiotowych przesłanek. Z drugiej strony, funkcjonowanie omawianych przesłanek ma kluczowe znaczenie dla skuteczności powództwa o uchylenie uchwały. Dlatego też, ze względu na prawidłowe funkcjonowanie spółek kapitałowych, pożądane jest dalsze ich dookreślenie, które powinno być dokonywane w szczególności przez orzecznictwo.

SUMMARY

Grounds for repealing a resolution of a capital company

The paper presents the interpretation of grounds for repealing a resolution of a capital company (private and public limited) in the event of a conflict between such resolution and the company's articles of association (statute), good practice, or when the intent of the resolution is contrary to the company's interests or to the detriment of a shareholder, based on the views of representative legal doctrine and court rulings. These opinions are then confronted with views presented by legal theorists as well as the developments and changes of their interpretation in selected jurisdictions.

KEYWORDS: Company law, limited liability company, joint-stock company, company resolution, grounds to repeal (a company resolution)

MAKSYMILIAN SACZYWKO

Uchwały zarządu i rady nadzorczej spółki akcyjnej w procedurze podwyższenia kapitału zakładowego w granicach kapitału docelowego

Kapitał docelowy – geneza, istota, założenia

Wysokość kapitału zakładowego w spółce akcyjnej jest, zgodnie z art. 304 § 1 pkt 4 Kodeksu spółek handlowych (dalej: k.s.h.)¹, jednym z obligatoryjnych elementów treści jej statutu. Zmiany wysokości kapitału zakładowego wymagają podejmowania odpowiednich działań przez organy spółki oraz, dla ich pełnego urzeczywistnienia, dokonania wpisu w rejestrze. Szczególnie procedury podwyższenia kapitału zakładowego odgrywają w spółkach akcyjnych znaczącą rolę. To właśnie poprzez ich zastosowanie spółka może pozyskiwać kapitał zewnętrzny na cele związane z finansowaniem kosztownych przedsięwzięć czy bieżącym rozwojem własnej działalności. Ustawodawca polski, odpowiadając na potrzeby praktyki życia korporacyjnego, wprowadził w k.s.h. uproszczony wobec zwykłego podwyższenia kapitału zakładowego (art. 430–441 k.s.h.) tryb podwyższenia kapitału zakładowego w spółce akcyjnej polegający na podwyższeniu kapitału zakładowego w granicach kapitału docelowego (art. 444–447 k.s.h.). Zastosowanie tej procedury eliminuje konieczność zwoływania i odbywania walnego zgromadzenia w każdym przypadku, w którym sytuacja wymaga szybkiego podjęcia decyzji o podwyższeniu kapitału zakładowego².

Institucja kapitału docelowego została do polskiego prawa wprowadzona dnia 1 stycznia 2001 r. wraz z wejściem w życie k.s.h. Ustawodawca polski wzorował się tutaj w dużym stopniu na rozwiązaniu przyjętym w niemieckiej ustawie akcyjnej (*Aktiengesetz*)³. Podwyż-

1 Dz.U. z 2000 r. nr 96, poz. 1037.

2 V. M. Romanowski *et al.*, *System prawa prywatnego. Prawo spółek kapitałowych*, t. 17B, Warszawa 2010, s. 730–731; A. Radwan, *Prawo poboru w spółce akcyjnej*, Warszawa 2004, s. 326–405; S. Sołtysiński *et al.*, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Warszawa 2008, komentarz do art. 444, Nb 1.

3 *Aktiengesetz* vom 6. September 1965 (BGBl. I S. 1089), §§ 202–206 – *Genehmigtes Kapital*.

szenie kapitału zakładowego spółki akcyjnej w ramach tej procedury jest jednym z przykładów świadomego poszerzania kompetencji organów wykonawczych i nadzorczych spółki⁴ (zarządu i rady nadzorczej), nie wpływającym zarazem na zakres kompetencji walnego zgromadzenia⁵. Podstawę dla zastosowania tego trybu stanowi zawsze odpowiednie postanowienie zawarte w statucie spółki (art. 444 § 1 k.s.h.). Postanowienie to może być wprowadzone już do pierwotnej treści statutu, może także zostać do niego dodane poprzez uchwałę walnego zgromadzenia podjętą w trybie i na zasadach określonych w art. 445 k.s.h. Należy przyjąć – w związku z konstytutywnym charakterem zarówno wpisu spółki do rejestru, jak i wpisu rejestrującego zmianę statutu – że dniem wejścia w życie danego postanowienia statutowego jest dzień jego rejestracji⁶. Uprawnienie do podwyższania kapitału zakładowego w granicach kapitału docelowego może być udzielone jednorazowo na okres nie dłuższy niż trzy lata. Udzielenie kolejnego upoważnienia wymaga zmiany statutu (art. 444 § 2 k.s.h.). Wysokość kapitału docelowego nie może przekraczać trzech czwartych kapitału zakładowego spółki na dzień udzielenia upoważnienia. Zarząd nie ma obowiązku skorzystania z przyznanego mu uprawnienia. Postanowienia statutu lub uchwały walnego zgromadzenia obligujące zarząd do podwyższenia kapitału zakładowego w granicach kapitału docelowego są nieważne z mocy prawa⁷. Należy jednak mieć na uwadze, iż walne zgromadzenie dysponuje prawem do odwołania członków zarządu w każdym czasie⁸. Przepisy art. 444 k.s.h. wprowadzają kilka ograniczeń związanych z wydawanymi przez zarząd akcjami (§§ 4–7). O wszelkich sprawach związanych z podwyższeniem kapitału zakładowego w granicach kapitału docelowego decyduje już zarząd (art. 446 § 1 zd. 1 k.s.h.). W pewnych przypadkach musi on jednak uzyskać zgodę rady nadzorczej czy nawet walnego zgromadzenia na podejmowane przez siebie czynności.

4 Więcej na temat zagrożeń z tym związanych *v.* M. Lutter *et al.*, *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, Kolonia 1995, s. 375 i n.; R. Pennington, *Company Law*, Londyn 2001, s. 741 i n.; A. Radwan, *Ochrona akcjonariuszy a obowiązki informacyjne zarządu w związku z uchwaleniem i wykorzystaniem kapitału docelowego*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2005 nr 1, s. 219 i n.

5 M. Romanowski, *Podwyższenie kapitału zakładowego w granicach kapitału docelowego*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2003 nr 2, s. 28.

6 *V.* S. Sołtysiński *et al.*, *Komentarz...*, komentarz do art. 444, Nb 12; A. Kidyba, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, t. 2, Warszawa 2007, s. 702; A. Nowacki, *Upoważnienie zarządu do podwyższania kapitału zakładowego*, „Prawo Spółek” 2008 nr 7-8, s. 15; M. Romanowski (*Kapitał docelowy*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2002 nr 8, s. 6), twierdzi, że data początkowa może być określona odmiennie w treści upoważnienia.

7 M. Romanowski, *Podwyższenie...*, s. 25; *cf.* M. Goszczyk, *Zmiany statutu i kapitału w spółce akcyjnej. Art. 430–458 KSH. Komentarz*, Warszawa 2009 s. 432.

8 Uprawnienie to może zostać ograniczone przez statut, którego postanowienia dopuszczają odwołanie członka zarządu tylko w przypadku wystąpienia ważnych powodów. *V.* art. 370 § 2 k.s.h.

Rodzaje uchwał podejmowanych przez zarząd i radę nadzorczą w procedurze podwyższenia kapitału zakładowego w granicach kapitału docelowego

Pojęcie uchwały i klasyfikacja uchwał zarządu i rady nadzorczej w procedurze podwyższenia kapitału zakładowego w granicach kapitału docelowego

Podstawową formą działania organów osoby prawnej⁹ (zob. art. 38 k.c.) jest uchwała¹⁰. W procedurze podwyższenia kapitału zakładowego w granicach kapitału docelowego w tej właśnie formie podejmowane są decyzje zarządu i rady nadzorczej. Zasadniczo forma uchwały właściwa jest dla organów kolegialnych, jednakże ustawodawca, posługując się pojęciem „uchwała” w przepisie art. 446 § 1 zd. 1 k.s.h., zdaje się przesądzać o tym, że nawet w przypadku zarządu jednoosobowego decyzja o podwyższeniu kapitału zakładowego jest traktowana w obrocie prawnym jak uchwała¹¹. Decydujące znaczenie ma tutaj jednak rozróżnienie oświadczenia woli i czynności prawnej. Oświadczenie woli jedynego członka zarządu jest w tym przypadku jedynie częścią czynności prawnej dokonywanej przez spółkę¹².

W ramach procedury podwyższenia kapitału zakładowego spółki akcyjnej w granicach kapitału docelowego można wyróżnić następujące rodzaje uchwał zarządu i rady nadzorczej:

1) uchwała zarządu o podwyższeniu kapitału zakładowego w granicach kapitału docelowego, podjęta na podstawie i w granicach statutowego upoważnienia, zastępująca uchwałę walnego zgromadzenia (art. 446 § 1 zd. 1 k.s.h.),

2) uchwała rady nadzorczej w procedurze współdziałania z zarządem w ramach podwyższenia kapitału zakładowego w granicach kapitału docelowego – dotyczy przede wszystkim ustalenia ceny emisyjnej i wydania akcji w zamian za aporty (art. 446 § 2 k.s.h.) i innych spraw zawartych w statucie (art. 446 § 1 zd. 2 k.s.h.),

3) uchwała zarządu w sprawie pozbawienia prawa poboru w całości lub w części wymagająca zgody rady nadzorczej i wynikająca z konkretnego upoważnienia udzielonego przez walne zgromadzenie w drodze uchwały odpowiadającej warunkom z art. 433 § 2 k.s.h. (art. 447 § 2 k.s.h.),

4) uchwała rady nadzorczej w procedurze współdziałania z zarządem w ramach pozbawienia prawa poboru w całości lub w części (art. 447 § 2 k.s.h.).

⁹ V K.A. Dadańska, *Działanie osoby prawnej*, Warszawa 2006, s. 71 i n.

¹⁰ Co do pojęcia uchwały v. P. Grzesiok, *Pojęcie i charakter prawny uchwały organu spółdzielni*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2005 nr 1, s. 165 i n.; E. Drozd *et al.*, *System prawa prywatnego*, t. 2, Warszawa 2008, s. 182–183.

¹¹ Co do uchwał zgromadzeń w spółkach jednoosobowych cf. P. Antoszek, *Cywilnoprawny charakter uchwał wspólników spółek kapitałowych*, Warszawa 2007, s. 368 i n.; A. Kidyba, *Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Komentarz*, Warszawa 2002, s. 238.

¹² P. Antoszek, *op. cit.*, s. 378.

Uchwały zarządu

Uchwała, o której mowa w pkt. 1, jest podstawową czynnością podejmowaną przez zarząd realizujący swoją kompetencję do podwyższenia kapitału zakładowego w granicach kapitału docelowego. Przepis art. 446 k.s.h. nie określa trybu podjęcia rzeczony uchwały. W związku z tym stosuje się tutaj wprost przepisy art. 371 § 2 i 3 k.s.h. Dotyczą one podejmowania uchwał przez zarząd wieloosobowy i stanowią, że uchwały zarządu zapadają bezwzględną większością głosów¹³, o ile statut nie stanowi inaczej. Ponadto do ważnego i skutecznego podjęcia uchwały wymagane jest uprzednie prawidłowe zawiadomienie wszystkich członków zarządu o posiedzeniu, na którym dana uchwała ma być podjęta¹⁴. Mimo, iż przepisy art. 371 k.s.h. nie przewidują szczególnej formy dla uchwał zarządu, to uchwała podjęta w sprawie podwyższenia kapitału zakładowego w granicach kapitału docelowego wymaga formy aktu notarialnego zgodnie z postanowieniem art. 446 § 3 k.s.h.

Pozbawienie prawa poboru w procedurze podwyższania kapitału zakładowego w granicach kapitału docelowego może nastąpić w dwojaki sposób. Po pierwsze – poprzez uchwałę walnego zgromadzenia powziętą zgodnie z art. 433 § 2 k.s.h. (uchwała taka dotyczy wtedy konkretnego podwyższenia kapitału zakładowego). Po drugie – statut może upoważniać zarząd do pozbawienia prawa poboru za zgodą rady nadzorczej. Upoważnienie takie musi wyraźnie wynikać z brzmienia statutu. Kompetencja do pozbawienia prawa poboru nie mieści się w ogólnej kompetencji do podwyższenia kapitału zakładowego wynikającej z art. 446 § 1 k.s.h.¹⁵. Zarząd podejmuje decyzję o pozbawieniu prawa poboru w formie uchwały (pkt. 3). Do wyłączenia lub ograniczenia prawa poboru przez zarząd wymagana jest zgoda rady nadzorczej (pkt. 4). Tego uprawnienia rady statut wyłączyć nie może. Wątpliwości w doktrynie wywołuje kwestia dopuszczalności zamieszczenia w statucie ogólnego postanowienia udzielającego zarządowi kompetencji do pozbawiania prawa poboru w związku z każdym kolejnym podwyższeniem kapitału zakładowego¹⁶. Sporna jest także wykładnia przepisu art. 447 § 2 k.s.h., zgodnie z którym udzielenie takowego upoważnienia może nastąpić w drodze zmiany statutu (treść art. 447 § 2 *in principio* k.s.h. i surowe wymogi dotyczące większości z art. 433 § 2 k.s.h.). Niektórzy autorzy kwestionują więc dopuszczalność zamieszczenia takiej kompetencji

13 Powszechnie neguje się w doktrynie stosowanie do uchwał zarządu o podwyższeniu kapitału zakładowego przepisów o uchwałach walnego zgromadzenia o zmianie statutu (i podwyższeniu kapitału zakładowego) w drodze analogii. *Cf.* art. 415 § 3 i 431 § 3a k.s.h.; *v.* M. Romanowski *et al.*, *System...*, s. 752.

14 V. A. Kidyba, *Kodeks...*, s. 347–348.

15 M. Goszczyk, *op. cit.*, s. 355.

16 V. M. Cejmer, *Wyłączenie prawa poboru akcji na gruncie postanowień dyrektywy kapitałowej a instytucja kapitału autoryzowanego*, [w:] *Europejskie prawo spółek*, red. M. Cejmer, J. Napierała, T. Sójka, t. 2, s. 328; M. Goszczyk, *op. cit.*, s. 355–356.

w pierwotnej treści statutu¹⁷. Wyłączenie lub ograniczenie prawa poboru przez zarząd następuje w drodze uchwały podjętej zgodnie z regulacjami ogólnymi (art. 371 k.s.h.), statutowymi bądź regulaminowymi. Nie ma tutaj zastosowania, nawet w drodze analogii, art. 433 § 2 k.s.h. (wymóg większości czterech piątych głosów)¹⁸. Pozbawienie prawa poboru nie może dotyczyć tylko niektórych akcjonariuszy (tzw. wyłączenie selektywne)¹⁹.

Uchwały rady nadzorczej

Rada nadzorcza, współdziałając z zarządem spółki akcyjnej w procedurze podwyższenia kapitału zakładowego w granicach kapitału docelowego, działa *in corpore* podejmując uchwały. Taki sposób działania rady nadzorczej wynika z przepisu art. 390 § 1 *in principio* k.s.h., który stanowi, że rada wykonuje swoje obowiązki kolegialnie²⁰. Przepis ten nie statuuje zasady bezwzględnej, jednak w przypadkach opisanych wyżej w pkt. 2 i 4 znajduje zastosowanie. Sposób podejmowania uchwał przez radę nadzorczą regulują przepisy art. 388 k.s.h. Nie dotykając bliżej tej materii należy jedynie wspomnieć, że k.s.h. przewiduje kilka sposobów podejmowania takich uchwał, w tym także głosowanie w trybie tzw. kurendy czy za pomocą środków bezpośredniego porozumiewania się na odległość²¹. Uchwały rady nadzorczej w procedurze podwyższenia kapitału zakładowego w granicach kapitału docelowego nie mają, w odróżnieniu od niektórych uchwał zarządu, o których mowa w pkt. 1, charakteru samodzielnego. Rada nadzorcza jedynie wyraża zgodę na dokonanie przez zarząd czynności o oznaczonej treści. Wymóg wyrażenia takiej zgody może wynikać z przepisów k.s.h. bądź z postanowień statutu. Przepisy ustawy mają w tej materii charakter bezwzględnie albo względnie wiążący. Do tych pierwszych należy zaliczyć art. 447 § 1 zd. 2 k.s.h., który dotyczy wyłączenia prawa poboru. Pozbawienie prawa poboru w całości lub w części w związku z podwyższeniem kapitału zakładowego w granicach kapitału docelowego wymaga zasadniczo uchwały walnego zgromadzenia²². W związku jednak z dążeniem ustawodawcy do maksymalnego uproszczenia tej procedury, została stworzona możliwość wykorzystania innego sposobu wyłączenia prawa poboru. W sytuacji, gdy statut wyraźnie to przewiduje, może ono nastąpić poprzez podjęcie odpowiedniej uchwały przez zarząd za zgodą rady nadzorczej. Powyższa kompetencja rady nadzorczej nie może być wyłączona przez postanowienia

17 Tak: M. Goszczyk, *op. cit.*, s. 356; odmiennie: A. Radwan, *Prawo...*, s. 365; M. Rodzynekiewicz, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 976.

18 V. M. Romanowski, *Kapitał docelowy a prawo poboru*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2003 nr 3, s. 7.

19 Odmiennie SN w wyroku V CKN 458/03.

20 V. J. Napierała, T. Sójka *et al.*, *Prawo spółek handlowych. Podręcznik akademicki*, Warszawa 2011, s. 440-441.

21 V. P. Piniór, *Szczególne sposoby podejmowania uchwał przez radę nadzorczą*, [w:] *Prawo handlowe XXI wieku. Czas stabilizacji, ewolucji czy rewolucji. Księga jubileuszowa prof. Józefa Okolskiego*, red. M. Modrzejewska, Warszawa 2010, s. 779-793.

22 Materię tę reguluje przepis art. 433 § 2 k.s.h.

statutowe, przez co przepis art. 447 § 1 zd. 2 k.s.h. – mimo iż stanowi w zasadzie przepis *ius dispositivum* – w części dotyczącej wymogu uzyskania zgody rady nadzorczej ma charakter bezwzględnie wiążący. Wynika to z potrzeby ochrony interesów akcjonariuszy, przede wszystkim w spółkach, w których zarząd zajmuje stosunkowo silną pozycję i konflikt agencyjny między właścicielami a zarządcami jest nasilony. Rada nadzorcza, stanowiąc co do zasady reprezentację czynnika właścicielskiego, ma w tym przypadku za zadanie ochronę interesów akcjonariuszy²³. Przepisem względnie wiążącym, który przewiduje wymóg uzyskania zgody rady nadzorczej przez zarząd podejmujący uchwały w procedurze podwyższenia kapitału zakładowego w granicach kapitału docelowego, jest przepis art. 446 § 2 k.s.h. Dotyczy on podejmowania przez zarząd decyzji w sprawie ustalenia ceny emisyjnej akcji oraz wydania akcji w zamian za aporty. W tych przypadkach wymóg uzyskania zgody rady wynika z ustawy – jeżeli statut nie stanowi inaczej – i podyktowany jest potrzebą wzmocnienia ochrony akcjonariuszy przed nadużyciami ze strony zarządu poprzez udział organu składającego się z piastunów wybranych przez, co do zasady, czynnik właścicielski.

Spis wymienionych wyżej stanów faktycznych, w których do podjęcia uchwały przez zarząd w procedurze podwyższenia kapitału zakładowego w ramach kapitału docelowego wymagana jest zgoda rady nadzorczej, nie ma charakteru zamkniętego. Zgodnie z postanowieniem art. 446 § 1 zd. 2 k.s.h. zarząd decyduje o wszystkich sprawach związanych z podwyższeniem kapitału zakładowego, chyba że przepisy ustawy lub treść upoważnienia zawierają odmienne postanowienia. To właśnie z treści upoważnienia udzielonego zarządowi mogą wynikać inne wymogi uzyskania zgody rady nadzorczej²⁴. Upoważnienie takie, jak wspomniano wyżej, zawarte jest wyłącznie w postanowieniach statutu spółki.

Charakter prawny uchwał zarządu i rady nadzorczej spółki akcyjnej

Uchwała zarządu spółki akcyjnej a czynność prawna

Badanie charakteru prawnego wskazanych wyżej uchwał należy oprzeć na sprawdzeniu, czy mieszczą się one w zakresie semantycznym pojęcia „czynność prawna”.

Definicja czynności prawnej zaproponowana przez Z. Radwańskiego, według którego jest to „skonstruowana przez system prawny czynność konwencjonalna podmiotu prawa cywilnego, której treść określa – co najmniej w podstawowym zakresie – jej konsekwencje prawne²⁵”, wydaje się być właściwa także na tle uchwał zarządu

23 V. A. Opalski, *Rada nadzorcza w spółce akcyjnej*, Warszawa 2006, s. 19 i n.

24 Przykładowo statutowe upoważnienie może wprowadzać wymóg zgody rady nadzorczej na podwyższenie kapitału zakładowego powyżej określonej kwoty; v. S. Sołtysiński *et al.*, *Kodeks...*, komentarz do art. 446, Nb 19; M. Goszczyk, *op. cit.*, s. 342.

25 Z. Radwański *et al.*, *System prawa prywatnego*, t. 2, Warszawa 2008, s. 34.

– organu spółki akcyjnej, podejmującego uchwałę o podwyższeniu kapitału zakładowego w granicach kapitału docelowego czy uchwałę o pozbawieniu prawa poboru w całości albo w części. Niewątpliwie uchwała jest czynnością konwencjonalną, gdyż na podstawie reguł prawnych aktom głosowania – czynnościom konwencjonalnym prostszym – dokonywanym przez członków organu spółki kapitałowej nadaje się nowy sens prawny²⁶. Zgodnie z założeniami teorii organów oraz jej normatywną podstawą zawartą w art. 38 k.c., działania zarządu niewyposażonego w podmiotowość prawa cywilnego, są przypisywane bezpośrednio osobie prawnej – spółce, która taką podmiotowość posiada. Podejmując stosowne działania, spółka dokonuje regulacji stosunków cywilnoprawnych, do jakich należy zaliczyć stosunek członkostwa w spółce akcyjnej (którego podstawą jest objęcie i posiadanie akcji spółki). Pośrednim skutkiem prawnym podjęcia uchwały o podwyższeniu kapitału zakładowego jest powstanie szeregu stosunków cywilnoprawnych między spółką a podmiotami przyjmującymi ofertę objęcia akcji. Bezpośrednim skutkiem prawnym jest natomiast aktualizacja prawa poboru przysługującego akcjonariuszom²⁷. Może ona polegać zarówno na urzeczywistnieniu się prawa poboru *in concreto*, jak i na pozbawieniu bądź ograniczeniu tego prawa w danej sytuacji. Wynikiem podjęcia uchwały przez zarząd jest więc powstanie uprawnienia po stronie akcjonariuszy do objęcia akcji w podwyższonym kapitale zakładowym bądź pozbawienie ich takiego uprawnienia. Podejmowanie uchwały przez zarząd następuje w sposób i na warunkach przewidywanych przez prawo. Podstawą działań zarządu są wszakże odpowiednie przepisy k.s.h., jak i postanowienia statutu (głównie treść upoważnienia). Skutkowa koncepcja czynności prawnych, oparta na brzmieniu art. 56 k.c., również nie stoi na przeszkodzie uznaniu, że wskazane wyżej uchwały stanowią czynności prawne²⁸. Owe skutki prawne zostały wskazane wyżej, a polegają na zmianie treści stosunków prawnych łączących spółkę z jej akcjonariuszami, jak również na powstaniu nowych stosunków prawnych między spółką a podmiotami obejmującymi akcje nowej emisji (nie będącymi dotychczas akcjonariuszami).

Niezbędnym składnikiem każdej czynności prawnej jest oświadczenie woli²⁹. Pojęcie oświadczenia woli, czyli wyrażenia woli wywołania skutków prawnych przez osobę dokonującą czynności prawnej, jest zdefiniowane w art. 60 k.c. Należy przyjąć, że w przypadku uchwał oświadczenia woli mają dwojaki charakter. Po pierwsze przyjmuje się, że każdy z członków organu podejmującego uchwałę składa oświadczenie woli poprzez akt

26 V. Czynności konwencjonalne w prawie, praca zbiorowa, „Studia Prawnicze INP” 1972 nr 33, s. 73 i n.; S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys teorii prawa*, Poznań 1997, s. 30.

27 Odnośnie prawa poboru wynikającego ze stosunku obligacyjnego, tzw. prawa poboru *ex contractu* v. P. Grzejszczak, *Prawo poboru akcji*, Warszawa 1998, s. 10 i n.; A. Radwan, *Prawo...*, s. 118 i n.

28 V. M. Gutowski, *Nieważność czynności prawnej*, Warszawa 2008, s. 36 i n.

29 Cf. *Ibidem*, s. 19; R. Longchamps de Berier, *Zobowiązania*, Poznań 1948, s. 16.

głosowania³⁰. Po drugie akt woli organu jako całości również jest oświadczeniem woli, które w ostatecznym rozrachunku przypisywane jest samej spółce³¹.

Inne elementy konstytutywne czynności prawnej³² dokonywanej przez zarząd spółki akcyjnej, a polegającej na podjęciu uchwały o podwyższeniu kapitału zakładowego lub pozbawieniu prawa poboru, to przede wszystkim konstytutywny wpis podwyższenia kapitału zakładowego do rejestru przedsiębiorców. Skutek prawny, jakim jest powstanie prawa poboru *in concreto* czy jego pozbawienie, czy ograniczenie powstaje pod warunkiem rejestracji podwyższenia³³. Również zgoda rady nadzorczej musi być w pewnych przypadkach uznana za wymóg dojścia do skutku uchwały o podwyższeniu kapitału zakładowego.

W związku z powyższym, uzasadnione jest twierdzenie, że uchwały zarządu podejmowane w procedurze podwyższania kapitału zakładowego w granicach kapitału docelowego stanowią czynności prawne³⁴.

Charakter prawny uchwały rady nadzorczej wyrażającej zgodę na dokonanie przez zarząd oznaczonej czynności

Większe wątpliwości wywołuje z pewnością charakter prawny wskazanych wyżej uchwał rady nadzorczej. W przypadku kapitału docelowego uprawnienia rady nie mają bowiem charakteru samodzielnego. To zarząd decyduje o podwyższeniu kapitału zakładowego i jego zasadnicze kompetencje nie mogą być cedowane na radę nadzorczą. Rada pełni w tej procedurze funkcję związaną ze współdecydowaniem o określonych ustawą lub statutem aspektach podwyższenia kapitału. Uchwale rady zawsze towarzyszy odpowiednia uchwała zarządu, a decyzja rady nadzorczej ma charakter zgody na dokonanie oznaczonej czynności przez zarząd (co wynika chociażby z brzmienia art. 446 § 2 i 447 § 2 k.s.h.).

Do skutków braku zgody rady nadzorczej na dokonanie przez spółkę czynności prawnej odnoszą się przepisy art. 17 k.s.h. Stanowi on, że czynność dokonana bez wymaganej przepisami ustawy zgody jest nieważna, natomiast czynność dokonana bez zgody wymaganej wyłącznie postanowieniami statutu jest ważna, co nie wyklucza jednak odpo-

30 Z. Radwański, *System...*, s. 183.

31 V. E. Płonka, *Uczestnictwo osób prawnych w walnym zgromadzeniu spółki kapitałowej*, „Państwo i Prawo” 1990, nr 1, s. 91.

32 Cf. A. Wolter, *Problematyka ogólna czynności prawnych w Kodeksie cywilnym*, „Państwo i Prawo” 1964 nr 11, s. 67; Z. Radwański, *op. cit.*, s. 32.

33 Tak: A. Radwan, *Prawo poboru...*, ss. 134, 137.

34 Pogląd odmienny, odmawiający uchwałom organów spółek kapitałowych charakteru czynności prawnych prezentuje m.in. J. Frąckowiak, *Handlowe czynności kreujące*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2008 nr 12, s. 11 i n. oraz D. Kulgawczuk i R.L. Kwaśnicki, *Cywilnoprawne aspekty wadliwości uchwał zarządu spółki kapitałowej – uwagi de lege lata i wnioski de lege ferenda*, „Prawo Spółek” 2008 nr 6, s. 13-14.

wiedzialności członków zarządu wobec spółki. Wyrażenie przez radę nadzorczą zgody wymaganej ustawowo jest możliwe w terminie dwóch miesięcy od dnia złożenia oświadczenia przez spółkę (art. 17 § 2 k.s.h.) czyli od dnia podjęcia uchwały przez zarząd.

Stosowanie przepisu art. 17 k.s.h. do uchwał rady nadzorczej podejmowanych w procedurze podwyższenia kapitału zakładowego w granicach kapitału docelowego nie powinno budzić wątpliwości³⁵. Zatem brak zgody rady nadzorczej na ustalenie ceny emisyjnej akcji (a także wadliwość podjętej przez radę w tym przedmiocie uchwały)³⁶, objęcie akcji w zamian za aporty czy wyłączenie prawa poboru skutkuje nieważnością czynności prawnej, jaką jest uchwała o podwyższeniu kapitału zakładowego czy wyłączeniu prawa poboru. Skutek w postaci nieważności następuje po upływie terminu dwóch miesięcy od podjęcia uchwały przez zarząd³⁷.

Wskazane wyżej uchwały rady nadzorczej stanowiące zgodę na dokonanie przez zarząd czynności prawnej o oznaczonej treści nie mogą samodzielnie wywoływać skutków prawnych w sferze praw akcjonariuszy czy osób trzecich. Z pewnością nie stanowią więc one czynności prawnych o charakterze samoistnym. Przedstawiciele nauki prawa rozmaicie klasyfikują owe uchwały przyjmując, że mogą być one postrzegane jako: część składowa czynności prawnej³⁸, pełnomocnictwo organizacyjne³⁹ bądź warunek prawny (*conditio iuris*)⁴⁰. W najnowszej literaturze pojawiło się również stanowisko wyrażone przez S. Sołtysińskiego, według którego uchwała rady nadzorczej w przedmiocie wyrażenia zgody na dokonanie czynności prawnej przez zarząd „stanowi pomocniczą, lecz odrębną czynność prawną”⁴¹. Autor ten wskazuje na argumenty natury praktycznej związane z wymogami stawianymi uchwale rady nadzorczej co do formy oraz z wadliwością uchwały stanowiącej zgodę⁴².

35 Cf. S. Sołtysiński *et al.*, *Kodeks...*, komentarz do art. 446, Nb 17–18; M. Romanowski, *Podwyższenie...*, s. 26. Ten ostatni autor proponuje odpowiednie stosowanie art. 17 k.s.h.

36 V. R. Czerniawski, *Kodeks spółek handlowych. Przepisy o spółce akcyjnej. Komentarz*, Warszawa 2004, s. 511.

37 Należy przyjąć, choć nie jest to jednolite stanowisko doktryny, że w trakcie dwumiesięcznego terminu do wyrażenia zgody czynność prawna dotknięta jest sankcją bezskuteczności zawieszona. Tak: Z. Radwański, *op. cit.*, s. 454; S. Czepita, Z. Kuniewicz, *Spór o konwalidację nieważnych czynności prawnych*, „Państwo i Prawo” 2002 nr 9, s. 84–86; wyrok III CSK 304/08.

38 V. Z. Kuniewicz, S. Czepita, *Reprezentacyjna funkcja zarządu spółki kapitałowej*, Szczecin 2005, s. 182.

39 V. T. Dziurzyński *et al.*, *Kodeks handlowy z komentarzem i skorowidzem*, Łódź 1994, s. 246–247; E. Płonka, *Umocowanie zarządu spółki kapitałowej do jej reprezentacji*, „Nowe Prawo” 1990 nr 4–6, s. 3 i n.

40 V. P. Antoszek, *Charakter prawny uchwał zgromadzeń spółek kapitałowych zezwalających na dokonanie czynności prawnych przez spółkę*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2006 nr 7, s. 34–35.

41 S. Sołtysiński, *Charakter prawny uchwał rady nadzorczej*, [w:] *Prawo...*, red. M. Modrzejewska, s. 955–956.

42 *Ibidem*, s. 956.

Wadliwość uchwał zarządu i rady nadzorczej podejmowanych w procedurze podwyższania kapitału zakładowego w granicach kapitału docelowego

Wadliwość wskazanych wyżej uchwał, klasyfikowanych jako czynności prawne bądź ich części składowe (ewentualnie tzw. *conditiones iuris*), może, w uproszczeniu, polegać na naruszeniu norm prawa powszechnie obowiązującego, naruszeniu postanowień statutu spółki bądź regulaminu organu lub sprzeczności z zasadami współzycia społecznego. Ustawodawca nie przewiduje odrębnego trybu zaskarżania wadliwych uchwał zarządów i rad nadzorczych spółek kapitałowych, odmiennie aniżeli w przypadku uchwał zgromadzeń wspólników i walnych zgromadzeń⁴³. Dlatego dla oceny skutków wadliwości danej uchwały konieczne jest zastosowanie przepisów k.c. o czynnościach prawnych w oparciu o odesłanie z art. 2 k.s.h.⁴⁴.

Sprzeczność uchwały z normami prawa powszechnie obowiązującego (ustawodawca posługuje się dla ich oznaczenia pojęciem „ustawa” w art. 58 § 1 k.c.) skutkuje, na podstawie art. 58 § 1 k.c. w zw. z art. 2 k.s.h., jej nieważnością. Tak wadliwa uchwała (uchwały) jest nieważna *ab initio* i nie wywołuje takich skutków prawnych, jakie miałyby wynikać z jej treści. Przepisy k.s.h. nie przewidują także konwalidacji takich czynności. Niektórzy przedstawiciele doktryny przyjmują, że skutek o charakterze sanującym może być wywołany przez wpisanie podwyższenia kapitału zakładowego opartego na nieważnej uchwale zarządu (rady nadzorczej) do rejestru przedsiębiorców⁴⁵. Sąd rejestrowy, rozpatrując wniosek o rejestrację podwyższenia kapitału zakładowego, bada, zgodnie z art. 23 ust. 1 ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym (dalej: u.k.r.s.)⁴⁶, zgodność formy i treści dokumentów z przepisami prawa⁴⁷. Zakres kognicji sądu rejestrowego, jak i brak wyraźnej normy prawnej, która uzasadniałaby twierdzenie o dopuszczalności konwalidacji nieważnej uchwały przez ten sąd, stanowią argumenty przeciw temu twierdzeniu⁴⁸. Zapewnienie instrumentów prawnych pozwalających na stwierdzenie nieważności uchwały także po wpisie podwyższenia kapitału do rejestru jest zarazem istotne z punktu widzenia ochrony interesów akcjonariuszy (przede wszystkim z uwagi na to, iż mogą oni

43 V. S. Sołtysiński, A. Opalski, *Zaskarżanie uchwał zarządów i rad nadzorczych spółek kapitałowych*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2010 nr 11, s. 5 i n.; wyrok II CSK 449/09.

44 V. M. Pazdan, *Kodeks spółek handlowych a kodeks cywilny*, „Państwo i Prawo” 2001 nr 2, s. 30–31; M. Bieniak *et al.*, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Warszawa 2011, komentarz do art. 446 Nb 5.

45 Rozwiązanie takie wskazuje jako słuszne S. Sołtysiński *et al.*, *Kodeks...*, komentarz do art. 446, Nb 20. Autor uzasadnia swoje twierdzenie tym, iż sąd rejestrowy może wszcząć postępowanie naprawcze.

46 Dz.U. z 1997 r. nr 127, poz. 769 z późn. zm.

47 V. E. Marszałkowska-Krześ, *Ustawa o Krajowym Rejestrze Sądowym. Komentarz*, Warszawa 2001, komentarz do art. 23, Nb 4.

48 Cf. A. Radwan, *Prawo...*, s. 407–408.

w ogóle nie być świadomi tego, że dane podwyższenie kapitału zakładowego zostało zarejestrowane). Ponadto sama u.k.r.s przewiduje możliwość wykreślenia danych niedopuszczalnych ze względu na obowiązujące przepisy prawa (w tym także postanowienia statutu) na podstawie art. 12 ust. 3.

Wątpliwości w doktrynie wywołuje natomiast sankcja wadliwości uchwał zarządów i rad nadzorczych sprzecznych ze statutem spółki. W przypadku uchwał podejmowanych w procedurze podwyższenia kapitału zakładowego w granicach kapitału docelowego najczęstsze naruszenia postanowień statutu polegają na przekraczaniu granic umocowania przez zarząd. Część przedstawicieli doktryny przyjmuje, że uchwały organów menedżerskich sprzeczne z postanowieniami statutu (umowy) spółki są nieważne⁴⁹. Prawnym uzasadnieniem dla przyjęcia takiej sankcji są przepisy art. 35, 38 i 58 k.c. stosowane w związku z odesłaniem z art. 2 k.s.h. Zgodnie z art. 35 *in fine* k.c. w wypadkach i zakresie przewidzianym w przepisach prawa organizację i sposób działania osoby prawnej reguluje także jej statut, zaś zgodnie z art. 38 k.c. osoba prawna działa przez swoje organy w sposób przewidziany w ustawie i opartym na niej statucie. Sprzeczność treści czynności prawnej z postanowieniami statutu ma więc stanowić naruszenie przepisów art. 35 i 38 k.c. i, w związku z tym iż przepisy szczególne nie przewidują łagodniejszej sankcji wadliwości, należy uznać taką czynność za nieważną⁵⁰. Zdaniem przeciwników takiego stanowiska sprzeczność uchwały ze statutem spółki nie powoduje jej nieważności. K. Bilewska wskazuje, że przepisy art. 35 i 38 k.c., których naruszenie miałoby być podstawą nieważności uchwały sprzecznej ze statutem „mają charakter organizacyjny i bardzo ogólny (ustrojowy)”⁵¹. Zdaniem tej autorki, popartym przykładem z orzecznictwa⁵², nie ma podstaw prawnych do uznania, że uchwały organów menedżerskich sprzeczne ze statutem są obarczone jakąkolwiek sankcją wadliwości⁵³. Wskazane rozbieżności w doktrynie i orzecznictwie wskazują na potrzebę dokładnego uregulowania tego zagadnienia przez ustawodawcę.

Wątpliwości budzi również kwalifikacja uchwał sprzecznych wyłącznie z postanowieniami regulaminów organów spółki⁵⁴. *De lege lata* uznać należy, że czynności takie są ważne, co nie wyklucza jednak zastosowania instrumentów odpowiedzialności organizacyjnej funkcjonariuszy. Takie ukształtowanie sankcji wadliwości najlepiej odpowiada

49 S. Sołtyśński, A. Opalski, *Zaskarżanie...*, s. 15. Autorzy ci wskazują, że statut spółki ma charakter quasi-normatywny, wiążący wszystkich akcjonariuszy i członków organów, a naruszenie statutu skutkuje powstaniem odpowiedzialności odszkodowawczej funkcjonariuszy.

50 S. Sołtyśński, A. Opalski, *Zaskarżanie...*, s. 15.

51 K. Bilewska, *Przesłanki powzięcia uchwały rady nadzorczej spółki kapitałowej a jej zaskarżanie*, „Monitor Prawniczy” 2010 nr 6, s. 306.

52 Wyrok I ACa 200/08.

53 K. Bilewska, *Przesłanki...*, s. 306; J. Frąckowiak *et al.*, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 819 i 838.

54 V. A. Opalski, *Rada...*, s. 319–320.

potrzebom ochrony interesów akcjonariuszy, gdyż zazwyczaj nie są oni zaznajomieni z treścią regulaminu np. zarządu⁵⁵.

Przepis art. 422 § 1 k.s.h. dotyczący powództwa o uchylenie uchwały walnego zgromadzenia ustanawia sankcję wzruszalności (w drodze prawomocnego orzeczenia sądu) uchwał sprzecznych z dobrymi obyczajami i godzących w interes spółki lub mających na celu pokrzywdzenie akcjonariusza. Przepis ten nie znajduje zastosowania do uchwał zarządów i rad nadzorczych, jednak uchwały te, jako czynności prawne bądź ich części składowe, podlegają ocenie zgodności z zasadami współzycia społecznego (art. 58 § 2 k.c. w zw. z art. 2 k.s.h.). Z uwagi na daleko idące podobieństwo zakresu pojęciowego klauzul generalnych, jak i cel uchwały zarządu o podwyższeniu kapitału zakładowego, treść art. 422 § 1 k.s.h. może stanowić zatem wskazówkę interpretacyjną dla sądu badającego zgodność uchwały zarządu czy rady nadzorczej z zasadami współzycia społecznego⁵⁶.

Zaskarżanie wadliwych uchwał zarządu i rady nadzorczej podjętych w procedurze podwyższenia kapitału zakładowego w granicach kapitału docelowego

Jednym ze wskazywanych w piśmiennictwie celów wprowadzenia instytucji kapitału docelowego było zapobieżenie zaskarżaniu uchwał o podwyższeniu kapitału zakładowego⁵⁷. W związku z tym, że k.s.h. nie wprowadza odrębnego reżimu zaskarżania uchwał zarządów i rad nadzorczych zastosowanie znajdują albo w drodze analogii przepisy o zaskarżaniu uchwał walnych zgromadzeń, albo – poprzez odesłanie z art. 2 k.s.h. – przepisy k.c. i k.p.c.

Problem eliminowania wadliwych uchwał zarządów i rad nadzorczych z obrotu prawnego poruszano w piśmiennictwie także w kontekście kapitału docelowego⁵⁸. Większość autorów jest zgodna, że do uchwał tych nie znajdują zastosowania, nawet w drodze analogii, przepisy o zaskarżaniu uchwał akcjonariuszy⁵⁹. A. Radwan proponuje jednak, aby

55 Cf. *ibidem*, s. 319.; A. Opalski zajmuje stanowisko, według którego sprzeczność uchwały rady nadzorczej z regulaminem rady skutkuje nieważnością tylko w przypadku, gdy regulamin został przyjęty przez walne zgromadzenie, a naruszenie regulaminu nie ma charakteru uchybienia mniejszej wagi. W przypadku naruszenia regulaminu przyjętego przez samą radę, uchwała jest ważna.

56 V. M. Wilejczyk, *Stosowanie przepisów kodeksu cywilnego do wadliwych uchwał zgromadzeń wspólników spółek kapitałowych*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2012 nr 4, s. 26-27; S. Sołtysiński, *Nieważne i wzruszalne uchwały zgromadzeń spółek kapitałowych*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2006 nr 1, s. 15.

57 V. M. Romanowski, *Kapitał...*, s. 2; S. Sołtysiński *et al.*, *Kodeks...*, komentarz do art. 444, Nb 1.

58 V. A. Radwan, *Ochrona...*, s. 219 i n.; S. Sołtysiński, A. Opalski, *Zaskarżanie...*, s. 6.

59 V. S. Sołtysiński, A. Opalski, *Zaskarżanie...*, s. 17-18; K. Bilewska, *Przesłanki powzięcia uchwał rady nadzorczej spółki kapitałowej a jej zaskarżanie*, „Monitor Prawniczy” 2010 nr 6, s. 307-308; M. Jagielska, *Kontrola prawidłowości uchwał rady nadzorczej*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2006 nr 2, s. 19.

do uchwał zarządu zastępujących uchwały walnego zgromadzenia (art. 446 § 1 k.s.h.) stosować odpowiednio przepisy o terminach do wytoczenia powództwa o stwierdzenie nieważności bądź uchylenie uchwały walnego zgromadzenia⁶⁰. Zaprezentowany wyżej pogląd nie znajduje jednak uzasadnienia w przepisach ustawy.

Podstawowym środkiem zaskarżania uchwał zarządów i rad nadzorczych pozostaje więc powództwo o ustalenie istnienia albo nieistnienia stosunku prawnego lub prawa z art. 189 k.p.c. Mimo usytuowania podstawy tej instytucji w ustawie proceduralnej, ma ona charakter materialnoprawny⁶¹. Wykorzystanie instytucji powództwa o ustalenie do zaskarżania uchwał zarządu i rady nadzorczej podejmowanych w procedurze podwyższenia kapitału zakładowego w granicach kapitału docelowego albo do stosunków prawnych, które powstały bądź miały powstać w związku z wykonaniem takich uchwał, budzi jednak wątpliwości natury praktycznej. Po pierwsze należy wskazać na brak dokładnego określenia podmiotów legitymowanych („każdy, kto ma w tym interes prawny”). Pomijając rozważania nad istotą pojęcia interesu prawnego⁶², należy wskazać, że w porównaniu z katalogiem podmiotów z art. 422 k.s.h. zakres osób legitymowanych do wytoczenia powództwa o ustalenie jest bardzo szeroki, co może zagrażać stabilności stosunków korporacyjnych⁶³. Po drugie warto zastanowić się nad problemem braku ograniczeń czasowych do wytoczenia powództwa o ustalenie. Jest to chyba największy mankament tej instytucji, który stanowi poważne zagrożenie dla bezpieczeństwa obrotu. Skutki prawne uwzględnienia przez sąd powództwa o ustalenie nieważności uchwały, wytoczonego po wielu latach od jej podjęcia mogą być skrajnie niekorzystne. W literaturze proponuje się stosowanie w takich przypadkach art. 5 k.c., jednak zarzut nadużycia prawa nie zawsze musi być uwzględniony przez sąd⁶⁴. Po trzecie wyrok uwzględniający powództwo o ustalenie ma moc wiążącą jedynie między stronami procesu⁶⁵, co z jednej strony może być postrzegane jako korzyść dla stabilności obrotu gospodarczego, a z drugiej zdecydowanie utrudnia trwale eliminowanie wadliwych uchwał i ich skutków prawnych z obrotu. *De lege lata* należy jednak przyjąć, że instytucja powództwa o ustalenie z art. 189 k.p.c. znajduje zastosowanie do wadliwych uchwał zarządów i rad nadzorczych spółek kapitałowych podejmowanych w procedurze podwyższenia kapitału zakładowego w granicach kapitału docelowego i w obecnym stanie prawnym stanowi podstawowy instrument ich zaskarżania. Należy dodać, iż powód może wystąpić także z wnioskiem o zabezpieczenie powództwa (art. 730 k.p.c.), przy czym musi wykazać interes prawny. Zabezpieczenie

60 Czyli przepisy art. 424 i 425 § 2 i 3 k.s.h.; A. Radwan, *Prawo...*, s. 450–451.

61 *V. E. Rudkowska-Ząbczyk et al., Postępowanie cywilne*, Warszawa 2008, s. 155.

62 *V. A. Wilczyńska, Interes prawny i jego granice w postępowaniu cywilnym*, „Palestra” 2010 nr 9-10, s. 33-35.

63 *Cf. S. Sołtysiński, A. Opalski, Zaskarżanie...*, s. 7; B. Czech *et al., Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 1, Warszawa 2001, s. 818.

64 *V. S. Sołtysiński, A. Opalski, Zaskarżanie...*, s. 7–8.

65 *V. A. Opalski, Rada...*, s. 327.

może polegać w szczególności, w przypadku uchwał organów spółek kapitałowych, na wstrzymaniu wykonania uchwały będącej przedmiotem powództwa⁶⁶.

W doktrynie wskazuje się także na powództwo negatoryjne (*actio negatoria*) jako możliwy sposób zapobiegania wystąpieniu skutków prawnych wynikających z wadliwych uchwał o podwyższeniu kapitału zakładowego⁶⁷. Żądaniem powoda jest w takim przypadku „zaniechanie podjęcia albo wykonania uchwały przez zarząd⁶⁸”. Innym sposobem ochrony interesów pokrzywdzonych akcjonariuszy może być standardowe powództwo odszkodowawcze (art. 415 k.c.), przy czym niezbędnym jest tutaj wykazanie winy spółki (wina organu – art. 416 k.c.), poniesionej szkody i adekwatnego związku przyczynowego.

Zaskarzanie uchwał organów menedżerskich spółek kapitałowych w prawie hiszpańskim i włoskim

Ustawodawcy innych państw europejskich często decydują się na odrębną regulację instytucji zaskarzania uchwał organów menedżerskich spółek kapitałowych. Dla przykładu warto wskazać tutaj na rozwiązania przyjęte w Hiszpanii i we Włoszech.

Hiszpańska ustawa o spółkach kapitałowych z 2 lipca 2010 r. (*Ley de sociedades de capital*)⁶⁹ przewiduje odrębny reżim zaskarzania uchwał rady administrującej (*el consejo de administración*)⁷⁰ w art. 251. Ustawodawca hiszpański odróżnia uchwały nieważne (*los acuerdos nulos*) od wzruszalnych (*los acuerdos anulables*), wprowadza ograniczony krąg podmiotów legitymowanych oraz termin zawity do wytoczenia powództwa (trzydzieści dni od momentu dowiedzenia się o uchwale, nie później niż rok od jej podjęcia)⁷¹. W sprawach nieuregulowanych przepisami art. 251 *Ley de sociedades de capital* stosuje się przepisy dotyczące zaskarzania uchwał walnego zgromadzenia (*la junta general*). Wskazany reżim znajduje zastosowanie także do uchwał rady administrującej o podwyższeniu kapitału zakładowego, podjętych na podstawie upoważnienia udzielonego przez walne zgromadzenie na podstawie art. 297 *Ley de sociedades de capital*.

We Włoszech natomiast ustawodawca wprowadził odrębny tryb zaskarzania uchwał rad administrujących spółek kapitałowych (*il consiglio di amministrazione* będących także odpowiednikami zarządu w systemie dualistycznym) w nowelizacji Kodeksu cywilnego

66 A. Radwan, *Prawo...*, s. 451–452.

67 *Ibidem*, s. 452; v. H. Hirte *et al.*, *Großkommentar zum Aktiengesetz*, Berlin 2005, komentarz do § 203, Nb 132.

68 A. Radwan, *Prawo...*, s. 452.

69 *Ley de sociedades de capital*, „Real Decreto Legislativo” 2010 nr 1.

70 Ustawodawca hiszpański nie przewiduje utworzenia rady nadzorczej jako odrębnego organu spółki kapitałowej, obowiązującym więc modelem jest system monistyczny.

71 V. *Lecciones de derecho mercantil*, red. A. Menéndez, Pampeluna 2009, s. 447–448.

(*Codice civile*)⁷² z 2003 r.⁷³ Obecnie podstawą zaskarżenia uchwał zarządów we włoskich spółkach akcyjnych jest art. 2388 ust. 4 *Codice civile*. Zgodnie z jego postanowieniami, uchwała sprzeczna z ustawą lub statutem może zostać zaskarżona w terminie 90 dni od jej podjęcia. Legitymację czynną do wytoczenia takiego powództwa mają członkowie rady nadzorczej, członkowie zarządu nieobecni na posiedzeniu, na którym daną uchwałę podjęto, członkowie zarządu głosujący przeciw uchwale oraz akcjonariusze, jeżeli uchwała narusza ich prawa podmiotowe w sposób bezpośredni (*soci le deliberazioni lesive dei loro diritti*)⁷⁴. W literaturze wskazuje się, że wyłączenie lub ograniczenie prawa poboru przez zarząd przy podwyższaniu kapitału zakładowego (na podstawie art. 2443 i 2441 ust. 4 i 5 *Codice civile*) może być kwalifikowane jako naruszenie praw akcjonariusza uzasadniające przyznanie mu legitymacji czynnej do wytoczenia powództwa przeciwko uchwale⁷⁵.

Wnioski de lege lata i de lege ferenda

Pomimo szerokiej kontroli procedury podwyższenia kapitału zakładowego w granicach kapitału docelowego ze strony walnego zgromadzenia, nie sposób pominąć potencjalnych zagrożeń dla sfery bezpośrednich interesów akcjonariuszy. Związane są one przede wszystkim z ingerencją organów menedżerskich spółki w przysługujące im prawo poboru. W związku z tym akcjonariusze powinni zostać wyposażeni w skuteczny instrument prawny zapobiegający negatywnym dla nich skutkom uchwał naruszających prawo. W obecnym stanie prawnym środkiem takim jest przede wszystkim powództwo o ustalenie z art. 189 k.p.c., powództwo negatoryjne (*actio negatoria*) czy środek przewidziany przez art. 12 ust. 3 u.k.r.s.⁷⁶ W literaturze wskazuje się jednak na liczne słabości wskazanych wyżej instrumentów ochrony prawnej⁷⁷. W szczególności należy rozważyć problem wyśrodkowania racji akcjonariuszy z potrzebą zapewnienia bezpieczeństwa i pewności obrotu gospodarczego. Stosowanie do uchwał zarządu o podwyższeniu kapitału zakładowego w granicach kapitału docelowego przepisów o zaskarżaniu uchwał walnych zgromadzeń (art. 422 i n. k.s.h.) nie ma wprawdzie w obecnym stanie prawnym żadnego uzasadnienia, jednakże przepisy te mogą stanowić dobrą inspirację dla wysuwających wnioski *de lege ferenda* i, w konsekwencji, dla ustawodawcy. Wyraźne ograniczenia

⁷² R.D. 16 marzo 1942, n. 262 *Codice Civile*.

⁷³ V. A. Radwan, Ł. Gorywoda, *Zaskarżanie uchwał walnego zgromadzenia akcjonariuszy. Reformy w Europie i wnioski dla polskiego ustawodawcy*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2009 nr 2, s. 470.

⁷⁴ Cf. G.F. Campobasso, *La riforma delle società di capitali e delle cooperative*, Turyn 2003, s. 116; A. Radwan, Ł. Gorywoda, *Zaskarżanie...*, s. 472.

⁷⁵ V. F. Galgano, *Diritto commerciale. La società*, Bolonia 2003, ss. 309–310.

⁷⁶ V. Ł. Zamojski, *Wykreślenie danych niedopuszczalnych z Krajowego Rejestru Sądowego*, „Monitor Prawa Handlowego” 2011 nr 2, s. 52 i n.

⁷⁷ V. A. Radwan, *Prawo...*, s. 449–451; A. Opalski, *Rada...*, s. 324–327.

podmiotowe i czasowe do wnoszenia powództwa o stwierdzenie nieważności bądź uchylenie uchwał zarządu odpowiadają na potrzebę zapewnienia ochrony akcjonariuszom i innym podmiotom, których prawa mogą być naruszone w procedurze podwyższania kapitału zakładowego, a także wzmacniają bezpieczeństwo obrotu⁷⁸. Trzeba tu wskazać przede wszystkim na potrzebę ograniczenia kręgu uprawnionych do wytaczania takiego powództwa. W ślad za ustawodawcą włoskim można legitymację czynną przyznać tym akcjonariuszom, których prawa zostały bezpośrednio naruszone przez podjętą przez zarząd uchwałę. Doniosłe znaczenie mają także terminy do wytaczania takich powództw oraz rozgraniczenie między stwierdzeniem nieważności a uchyleniem uchwały (będącym konsekwencją naruszenia statutu). Ograniczenia czasowe i wyłączenie zastosowania art. 189 k.p.c. mogą przyczynić się do zwiększenia aktywności akcjonariuszy, którzy, będąc zainteresowani w pozbawieniu danej uchwały mocy prawnej, doprowadzą do skuteczniejszego niż dotychczas eliminowania wadliwych czynności prawnych z obrotu. Obliczanie biegu terminu od dnia dowiedzenia się przez podmiot legitymowany do wytoczenia powództwa o podjęciu uchwały odpowiada potrzebie ochrony akcjonariuszy⁷⁹, zaś wprowadzenie przepisu analogicznego do art. 423 § 2 k.s.h. zapobiegnie powstawaniu zjawiska pientactwa sądowego wśród tzw. akcjonariuszy rozbójniczych⁸⁰.

Potrzeba wprowadzenia odpowiednich instrumentów służących eliminacji z obrotu prawnego wadliwych uchwał zarządów i rad nadzorczych (także tych podejmowanych w procedurze podwyższenia kapitału zakładowego w granicach kapitału docelowego) powinna skłonić ustawodawcę do interwencji legislacyjnej i opracowania nowelizacji przepisów k.s.h. Dobrą podstawą do prac legislacyjnych są obecnie obowiązujące przepisy o zaskarżaniu uchwał organów właścicielskich spółek kapitałowych i rozwiązania przyjęte przez ustawodawców innych państw⁸¹. Nadrzędnymi wartościami, które powinny przyswieceać ustawodawcy w procesie legislacyjnym są ochrona interesów akcjonariuszy oraz zapewnienie bezpieczeństwa i pewności obrotu, w tym bezpieczeństwa stosunków korporacyjnych oraz interesu samej spółki. Rozwiązanie tej kwestii powinno zatem mieć charakter wyważony i kompromisowy.

78 V. A. Radwan, *Prawo...*, s. 450–451.

79 V. W. Popiołek *et al.*, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Warszawa 2012, komentarz do art. 424, Nb 1.

80 Co do pojęcia *räuberische Aktionäre* w niemieckiej nauce i praktyce prawa *v.* A. Radwan, Ł. Gorywoda, *Zaskarżanie...*, s. 444 i przywołana tam literatura.

81 S. Sołtysiński i A. Opalski wskazują na to, iż „najbliższe nam systemy prawa spółek”, do jakich zaliczają prawo niemieckie, nie przewidują szczególnej procedury zaskarżania uchwał zarządów i rad nadzorczych, podając ten fakt jako argument przeciwko interwencji ustawodawcy polskiego w tę materię. Spojrzenie na systemy prawne innych państw europejskich pozwala jednak na przyjęcie odmiennej perspektywy. *V.* S. Sołtysiński i A. Opalski, *Zaskarżanie...*, s. 11.

SUMMARY

Resolutions adopted by the management board and the supervisory board in the process of the company's share capital increase within the limits of authorised capital

The paper focuses on resolutions adopted by the management board and the supervisory board of a joint-stock company to increase the share capital of a public limited company within its authorised capital. The author outlines the origin and nature of the authorised capital, the content and form of the abovementioned resolutions, their legal nature and different types of possible defects in them. Challenging defective resolutions is particularly important in practice. That matter is not regulated explicitly in Polish law. The possible solutions available under Italian and Spanish regulations that are presented indicate that the challenging of defective resolutions of the management board and the supervisory board in capital commercial companies, particularly those adopted in connection with authorised capital, should also be regulated in Poland.

KEYWORDS: resolution, management board, supervisory board, authorised capital, challenging the resolutions

JOANNA UCHAŃSKA

Uznanie dziecka według przepisów Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego w świetle regulacji prawa prywatnego międzynarodowego

Dziecko i jego status zarówno w prawie międzynarodowym, jak i krajowym, stanowią szczególnie przedmiot ochrony. Konwencja z dnia 20 listopada 1989 roku o prawach dziecka^{1,2} w art. 7 ust. 1 postanawia, iż „Niezwłocznie po urodzeniu dziecka zostanie sporządzony jego akt urodzenia, a dziecko od momentu urodzenia będzie miało prawo do otrzymania imienia, uzyskania obywatelstwa oraz, jeśli to możliwe, prawo do poznania swoich rodziców i pozostawania pod ich opieką”. Ochroną zostają objęte nie tylko dzieci, które są obywatelami państwa – sygnatariusza Konwencji, lecz także te znajdujące się pod jego jurysdykcją. W art. 8 ust.1 przytaczany akt międzynarodowy stanowi zaś, że „Państwa-Stroiny podejmują działania mające na celu poszanowanie prawa dziecka do zachowania jego tożsamości, w tym obywatelstwa, nazwiska, stosunków rodzinnych, zgodnych z prawem, z wyłączeniem bezprawnych ingerencji.” Pojęcie prawa do życia rodzinnego w rozumieniu Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, Rzym, 4 listopada 1950 roku^{3,4}, obejmuje między innymi prawo do kontaktów z swoimi krewnymi, utrzymywanie z nimi bliskiej więzi oraz poszanowanie prywatności życia rodzinnego.

Tożsamość człowieka to wizja własnej osoby, trwałe przekonanie o tym, kim się jest. Zazwyczaj jej kształtowanie odbywa się w określonej grupie, pod wpływem konkretnej struktury⁵. Dziecko, intuicyjnie, już od najmłodszych lat funkcjonuje przede wszystkim w podstawowej jednostce społecznej, którą jest rodzina. Jego wzrastanie w innym środowisku stanowi tylko zabezpieczenie przed pozostawianiem jednostki jeszcze niekształtowanej bez opieki.

1 Dz.U. z 1964 r. nr 9, poz. 59 z późn. zm.; dalej: k.r.o.

2 Dz.U. z 1991 r. nr 120, poz. 526 z późn. zm.; dalej: Konwencja o prawach dziecka.

3 Dz.U. z 2011 r. nr 80, poz. 432; dalej: p.p.m.

4 Dz.U. z 1993 r. nr 61, poz. 284 ze zm.; dalej: Konwencja o ochronie praw człowieka.

5 Cf. *Elementarne pojęcia pedagogiki społecznej i pracy socjalnej*, red. D. Lalak, T. Pilch, Warszawa 1999, s. 309–310.

W związku z powyższymi, zagwarantowanie rodzicom i dziecku dostępu do mechanizmów i instytucji umożliwiających wzrastanie w rodzinie, poznanie własnej tożsamości, posiadanie nazwiska oraz obywatelstwa, leży w gestii polityki międzynarodowej i krajowej, a dalej ustawodawcy. Przedmiotem regulacji powinna być ochrona prawna każdego dziecka także w zakresie unormowania kwestii związanych z jego pochodzeniem i identyfikacją jego danych osobowych. Stanowi to bowiem konsekwencję przyjęcia koncepcji wyrażonej w Konwencji o prawach dziecka, a mianowicie ochrony wszystkich dzieci niezależnie od ich obywatelstwa i jurysdykcji, pod jaką się znajdują⁶.

Regulacje krajowe

Polski ustawodawca od początku dąży do zagwarantowania możliwości ustalenia pochodzenia dziecka od danej matki i ojca w jak najpewniejszy i jak najszerszy sposób. Chodzi tu między innymi o jak najpełniejsze zagwarantowanie – zwłaszcza dziecku – prawidłowego rozwoju w oparciu o znajomość własnej tożsamości.

Pochodzenia dziecka zgodnie z przepisami k.r.o.

W nowelizacji k.r.o. z dnia 13 czerwca 2009 roku⁷, ustawodawca wprowadził w art. 61⁹ normę, że „matką dziecka jest kobieta, która je urodziła”. Taka regulacja pozwala rozwiązać problemy dotyczące pochodzenia dziecka w ewentualnym sporze co do macierzyństwa kobiety, która była dawcą komórki rozrodczej albo nosicielką ciąży i urodziła w przypadku, jeśli do zapłodnienia komórki jajowej doszło metodą in-vitro. Tadeusz Smoczyński pisze, że „stan ciąży i poród decydująco wpływa na tworzenie się więzi uczuciowej z dzieckiem. Samo oddanie komórki rozrodczej w celu poczęcia dziecka nie wydaje się być wystarczającą przesłanką dla ustalenia macierzyństwa jej dawczyni. Poza tym moralnie wątpliwa jest sama dopuszczalność praktyki tzw. zastępczego macierzyństwa”⁸.

W przypadku sztucznego zapłodnienia lub inseminacji należy także rozstrzygnąć, kto jest ojcem dziecka. Zarówno na kanwie starszej literatury, jak i obecnej wykładni, rozważania prowadzą do stwierdzenia, że ojcem dziecka jest ten, z którego nasienia dziecko pochodzi, bez względu na to, czy poczęcie nastąpiło drogą naturalną, czy sztuczną⁹.

Jeśli dziecko urodziło się podczas trwania małżeństwa bądź przed upływem trzystu dni od jego ustania lub unieważnienia domniemuje się, iż dziecko pochodzi od męża matki. Jest to bowiem *preasumptio iuris tantum*, uregulowane szczegółowo przepisami k.r.o. Przepisy ustanawiają także drugie istotne domniemanie pozwalające ustalić, od

6 Według tej koncepcji ochronie podlegają także dzieci będące bezpaństwowcami.

7 Dz.U. z 2008 r. nr 220, poz. 1431.

8 T. Smoczyński, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, wyd. 5, Warszawa, 2009, s. 174.

9 B. Walaszek, *Sądowe ustalenie nieslubnego ojcostwa w polskim prawie międzynarodowym prywatnym*, Kraków 1959, s. 82.

którego mężczyzny dziecko pochodzi. Przepis art. 85 ust.1 k.r.o. stanowi, że domniemywa się, że ojcem dziecka jest ten, kto obcował z matką dziecka nie dawniej niż w trzechsetnym, a nie później niż w sto osiemdziesiątym pierwszym dniu przed urodzeniem dziecka. Art. 85 ust. 2 k.r.o. dopuszcza możliwość obalenia tego domniemania, jeśli jest bardziej prawdopodobne. Przedmiotowe domniemanie stanowi podstawę do ustalenia ojcostwa, które może przebiegać dwoma drogami: albo poprzez uznanie ojcostwa, albo na mocy orzeczenia sądu.

Podstawową zasadą, która kieruje tak silnym i wszechstronnym zakresem uregulowania pozycji dziecka, w szczególności pozycji dziecka pozamałżeńskiego, jest jego interes¹⁰. Należy w związku z powyższym zgodzić się ze stwierdzeniem, iż prawo do ustalenia ojcostwa jest niemajątkowym prawem podmiotowym z zakresu prawa rodzinnego, stanowiącym element stosunków między rodzicami a dziećmi. Nie wszystkie jednak ustawodawstwa dopuszczają możliwość uznania dziecka, co w znaczny sposób ogranicza możliwość ustalenia pochodzenia dziecka. Takim ustawodawstwem jest między innymi prawo angielskie¹¹.

Pomimo, iż normy zarówno k.r.o., jak i p.p.m. są w zakresie sytuacji prawnej dziecka narodzonego, normami na pozór technicznymi, mają one daleko idące konsekwencje prawno – materialne.

Pochodzenia dziecka a ustalenie obywatelstwa

Należy także podkreślić, że przepisy k.r.o. co do uregulowania statusu prawnego dziecka, odnoszą się zarówno do dziecka, które jest obywatelem polskim, jak i po uwzględnieniu norm kolizyjnych mogą odnosić się do obywatela innego państwa.

W prawie międzynarodowym publicznym nabycie obywatelstwa przez urodzenie może następować na zasadach „prawa krwi” (*ius sanguinis*) lub „prawa ziemi” (*ius soli*). Na zasadzie *ius sanguinis* obywatelstwo jednostki określa się wedle obywatelstwa rodziców. Natomiast w przypadku *ius soli*, nabywa się je wedle miejsca urodzenia i nie zależy ono od obywatelstwa rodziców.

Polska stosuje zasadę „prawa krwi”, gdy co najmniej jedno z rodziców jest obywatelem polskim. Przepisy ustawy z dnia 15 lutego 1962 roku o obywatelstwie¹² dopuszczają nabycie obywatelstwa na podstawie „prawa ziemi”, przez dziecko znalezione lub urodzone na terytorium RP, gdy oboje rodzice nie są znani, bądź ich obywatelstwo nie jest znane lub są bezpaństwowcami¹³. Można słusznie zauważyć, iż zasada *ius soli* ma w porządku polskim subsydiarne zastosowanie w stosunku do zasady *ius sanguinis*. Jednakże dla obywatelstwa dziecka kluczowe znaczenie może mieć nie tylko moment jego urodzenia, ale

10 *Ibidem*, s. 23.

11 E. Skrzydło-Tefelska, *Uznanie dziecka w prawie prywatnym międzynarodowym*, Wrocław 1990, s. 20.

12 Dz.U. z 2000 r. nr 28, poz. 353 z późn. zm.; dalej: u.o.obyw.

13 Cf. R. Bierzanek, J. Symonides, *Prawo międzynarodowej publicznej*, Warszawa 2005, s. 257–258.

także i uznania. Zgodnie z art. 7 ust. 1 u. o obyw. zmiany w ustaleniu tożsamości jednego lub obojga rodziców (np. ustalenie osoby ojca poprzez uznanie przez niego dziecka) wywołują skutki co do obywatelstwa dziecka tylko, jeśli nastąpiły one do roku od jego urodzenia. Wynika stąd iż jeśli dojdzie do uznania dziecka przez obywatela polskiego, to do zmiany obywatelstwa dojdzie wyłącznie w przypadku, gdy do powyższego uznania doszło w okresie do roku od urodzenia dziecka. Jeśli natomiast do uznania dziecka, bądź ustalenia ojcostwa na drodze sądowej doszło po ukończeniu przez dziecko pierwszego roku życia, nie ma to wpływu na zmianę obywatelstwa dziecka.

Jak stanowi art. 4 u. o obyw. obywatelem Polski zostaje dziecko przez urodzenie, jeśli oboje rodzice są obywatelami polskimi albo jedno z rodziców jest obywatelem polskim, a drugie jest nieznane bądź nieokreślone jest jego obywatelstwo. Zgodnie z brzmieniem art. 6 ust. 1 zd. 1 u. o obyw. w przypadku, kiedy jedno z rodziców jest obywatelem polskim, a drugie z rodziców jest obywatelem innego państwa, to dziecko nabywa obywatelstwo polskie. Jednakże w ślad za art. 6 ust. 1 zd. 2 u. o obyw. rodzice w oświadczeniu złożonym zgodnie przed właściwym organem w ciągu trzech miesięcy od dnia urodzenia się dziecka mogą wybrać dla niego obywatelstwo państwa obcego, którego obywatelem jest jedno z rodziców, jeżeli według prawa tego państwa dziecko nabywa jego obywatelstwo.

Wybór prawa właściwego dla ustalenia pochodzenia dziecka. Przepisy krajowe i międzynarodowe

Kluczowym przepisem kolizyjnym dla ustalenia pochodzenia dziecka, które nie jest obywatelem polskim, jest art. 55 p.p.m. (odpowiednik art. 19 ustawy z dnia 12 listopada 1965 roku – Prawo prywatne międzynarodowe¹⁴). Reguluje on cały kompleks zagadnień w najszerszym z możliwych rozumienia sensów stosunków pomiędzy rodzicami i dziećmi – odnosi się zarówno do ustalenia pochodzenia dziecka, jak i do oceny skutków tego pochodzenia¹⁵.

Ustaleniem i zaprzeczeniem ojcostwa lub macierzyństwa zajmuje się przede wszystkim art. 55 ust. 1 – 2 p.p.m., który zawiera dwie normy kolizyjne. Uznanie dziecka zostało zaś określone w art. 55 ust. 3 – 4 p.p.m., który zawiera 3 normy kolizyjne. Poprzednio art. 19 § 2 b.p.p.m. przewidywał trzy normy kolizyjne dla ustalenia i zaprzeczenia ojcostwa i macierzyństwa oraz uznania. Mianowicie pierwsza z nich przewidywała właściwość prawa ojczystego dziecka z chwili jego urodzenia. Łącznikiem tej normy kolizyjnej było obywatelstwo dziecka, zaś moment urodzenia dziecka stanowił subłącznik decydujący o właściwości prawa. W powyższym uregulowaniu został przewidziany wyjątek dotyczący ustalenia pochodzenia dziecka pozamałżeńskiego poprzez uznanie¹⁶. Zgodnie z art. 19 § 2 zd. 2 b.p.p.m. uznanie dziecka podlegało prawu państwa, którego dziecko było

14 Dz.U. z 1965 r. nr 46, poz. 290 z późn. zm.; dalej: b.p.p.m.

15 E. Skrzydło-Tefelska, *op. cit.*, s. 51–52.

16 Cf. M. Pazdan, *Prawo prywatne międzynarodowe*, wyd. 12, Warszawa, 2009, s. 256–262.

obywatelem w chwili uznania. Zdanie trzecie art. 19 § 2 b.p.p.m. stanowiło, iż uznanie dziecka poczętego, lecz jeszcze nie urodzonego, podlega prawu ojczystemu matki.

Obecnie art. 55 ust. 1 p.p.m. przewiduje, iż ustalenie i zaprzeczenie pochodzenia dziecka podlegają prawu ojczystemu dziecka z chwili jego urodzenia. Zaś w przypadku, jeśli prawo ojczyste dziecka z chwili jego urodzenia nie przewiduje sądowego ustalenia ojcostwa, stosuje się prawo ojczyste dziecka z chwili ustalenia pochodzenia dziecka, jak stanowi art. 55 ust. 2 p.p.m. Zgodnie z brzmieniem art. 55 ust.3 p.p.m. uznanie dziecka zaś podlega kolejno albo prawu ojczystemu dziecka z chwili jego uznania, albo w jego braku stosuje się prawo ojczyste dziecka z chwili jego urodzenia. Art. 55 ust.4 p.p.m. jest zbieżny z normą wyrażoną uprzednio w art. 19 § 2 zd. 3 b.p.p.m.

Należy stwierdzić, iż wprowadzona zmiana porządkuje kolejne normy kolizyjne właściwe dla ustalenia pochodzenia dziecka i jego uznania oraz doprecyzowuje regulację. Stąd pomimo rozbudowania regulacji, która może wydawać się zbędna, niekonieczna i kazuistyczna, to należy ją jednak uznać za pozytywną i skąd inąd potrzebną. Obecnie nie dopuszcza ona tak wielu wątpliwości interpretacyjnych jak jej poprzedniczka.

Jak słusznie zauważa SN w postanowieniu z dnia 19 grudnia 2003 roku¹⁷ „oprócz ustawy o prawie prywatnym międzynarodowym, źródłem norm określających prawo właściwe dla stosunków prywatnoprawnych są w szczególności umowy międzynarodowe; ich regulacje mają pierwszeństwo przed regulacjami ustawowymi. Zastosowanie znajdują tutaj art. 91 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 89 ust. 1 i art. 241 ust. 1 Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 roku¹⁸ oraz art. 1 § 2 p.p.m. [przyp. J.U. b.p.p.m.]”.

Wśród umów międzynarodowych, które mogą znajdować pierwszeństwo zastosowania przed regulacjami p.p.m., można wymienić m.in.: Konwencję dotyczącą kompetencji organów państwa przyjmowania oświadczeń o uznaniu dziecka pozamałżeńskiego podpisaną w Rzymie dnia 14 września 1961 roku¹⁹, Europejską konwencję o statusie prawnym dziecka pozamałżeńskiego podpisaną w Strasburgu dnia 15 października 1975 roku²⁰, umowę z Republiką Francuską o prawie właściwym, jurysdykcji i wykonywaniu orzeczeń w zakresie prawa osobowego i rodzinnego podpisaną w Warszawie dnia 5 kwietnia 1967 r.²¹, umowę z dnia 24 maja 1993 roku między Rzeczpospolitą Polską a Ukrainą o pomocy prawnej i stosunkach prawnych w sprawach cywilnych i karnych²², umowę z Federacją Rosyjską o pomocy prawnej i stosunkach prawnych w sprawach cy-

17 Postanowienie III CZP 94/03.

18 Dz.U. z 1997 r. nr 78, poz. 483 z późn. zm.

19 Dalej: Konwencja rzymska.

20 Dz.U. z 1999 r. nr 79, poz. 888; dalej: Konwencja o statusie dziecka pozamałżeńskiego.

21 Dz.U. z 1969 r. nr 4, poz. 22 z późn. zm. wynikającymi z art. 55 i 63 Konwencji o jurysdykcji i wykonywaniu orzeczeń sądowych w sprawach cywilnych i handlowych z Lugnano z dnia 16 września 1988 roku; dalej: umowa polsko-francuska.

22 Dz.U. z 1994 r. nr 96, poz. 465 z późn. zm.; dalej: umowa polsko-ukraińska.

wilnych i karnych podpisaną w Warszawie dnia 16 września 1996 roku²³ oraz umowę z Republiką Austrii o wzajemnych stosunkach z zakresu prawa cywilnego oraz o dokumentach podpisaną w Wiedniu dnia 11 grudnia 1963 roku²⁴.

Konwencja rzymska nie zawiera norm kolizyjnych, natomiast dotyczy ułatwień w składaniu oświadczeń o uznaniu przez obywateli jednego państwa – Strony przed organami innego państwa – Strony konwencji. W świetle konwencji rzymskiej, uznanie wywołuje takie skutki, jakie wynikają z prawa ojczystego cudzoziemca składającego oświadczenie, bez względu na skutki, jakie związane są z dokonaniem uznania przez prawo państwa, w którym do dokonania doszło. Ewa Skrzydło – Tefelska tak wypowiada się na temat Konwencji rzymskiej: „każde uznanie bez względu na to, czy ustala stan cywilny dziecka, czy tylko przyznaje mu środki utrzymania – jest korzystne dla dziecka. (...) celem twórców konwencji było maksymalne ułatwienie dokonania tej czynności.”²⁵ Polska nie jest jednak stroną tej konwencji, więc w konsekwencji jej przepisy nie będzie znajdować w kraju zastosowania.

Zgodnie z art. 2 Konwencji o statusie dziecka pozamałżeńskiego pochodzenie od dziecka matki ustala się wyłącznie na podstawie faktu jego urodzenia. Art. 3 stanowi natomiast, że pochodzenie dziecka małżeńskiego od ojca może być stwierdzone lub ustalone na podstawie dobrowolnego uznania lub orzeczenia sądu. Konwencja nie przewiduje jednak norm kolizyjnych pozwalających na wybór prawa właściwego dla ustalenia macierzyństwa czy ojcostwa w przypadku, gdy rodzice są cudzoziemcami.

Jak wynika z art. 10 ust. 3 umowy polsko – francuskiej, stosunki prawne między dzieckiem pozamałżeńskim a jego ojcem i matką podlegają prawu umawiającego się państwa, którego obywatelem jest dziecko. Jak zauważa SN w postanowieniu z dnia 19 grudnia 2003 roku: „Przepis ten w sposób wyraźny nie obejmuje sądowego ustalenia ojcostwa lub macierzyństwa ani uznania dziecka, niemniej należy przyjąć, że ma on zastosowanie także przy określeniu prawa właściwego dla sądowego ustalenia ojcostwa lub macierzyństwa i uznania dziecka. Przemawia za tym niezbicie spostrzeżenie, że ustalenie pochodzenia dziecka stanowi nieodzowną przesłankę rozstrzygnięcia o wszelkich stosunkach pomiędzy rodzicami a dzieckiem.” Należy także stwierdzić, że powyższa umowa ma swe zastosowanie, gdy obywatele stron, w sprawie już *in concreto*, pochodzą zarówno z Polski, jak i z Francji lub w sytuacji, że są obywatelami tylko jednej ze stron, ale zamieszkują w państwie, które jest stroną umowy, a nie jest ich krajem pochodzenia.

Zgodnie natomiast z umową polsko – ukraińską i jej art. 28 ust. 2 ustalenie i zaprzeczenie pochodzenia dziecka od określonej osoby oraz uznanie dziecka podlega prawu tej Umawiającej się Strony, której obywatelem jest matka dziecka w chwili jego urodzenia. Wystarczy jednak zachowanie formy uznania dziecka przewidzianej

23 Dz.U. z 2002 r. nr 83, poz. 750 z późn. zm.; dalej: umowa polsko-rosyjska.

24 Dz.U. z 1974 r. nr 6, poz. 33 z późn. zm. i 34; dalej: umowa polsko-austriacka.

25 E. Skrzydło-Tefelska, *op. cit.*, s. 132.

przez prawo tej Umawiającej się Strony, na której terytorium uznanie ma być lub było dokonane.

Z kolei w art. 28 ust. 1 umowy polsko – rosyjskiej stosunki między rodzicami i dziećmi poddano prawu tej umawiającej się strony, na której terytorium osoby, o których mowa, mają miejsce zamieszkania. W ust. 2 art. 28 stwierdza się jednak, że jeżeli którykolwiek z rodziców lub dziecko mają miejsce zamieszkania na terytorium drugiej strony, to stosunki, o których mowa, podlegają prawu tej strony, której obywatelem jest dziecko.

Natomiast w art. 29 umowy polsko – austriackiej stwierdza się, iż pochodzenie dziecka z małżeństwa poddaje się prawu strony, której obywatelstwo posiadali małżonkowie (lub byli małżonkowie) w czasie urodzenia dziecka. Jeżeli w tym czasie nie byli obywatelami tej samej strony, właściwe jest prawo strony, której obywatelstwo posiadali ostatnio. Dla ustalenia pochodzenia dziecka pozamałżeńskiego właściwe jest prawo tej strony, której obywatelstwo posiadała matka w czasie urodzenia dziecka.

Wnioski

Na kanwie powyższych przykładów należy wysnuć wnioski, że w przypadku spraw o ustalenie pochodzenia dziecka, gdzie jedna ze stron będzie mieć pochodzenie polskie, natomiast druga ze stron pochodzenie innego państwa, to kluczowym dla wyboru prawa właściwego będzie ustalenie, jakiego państwa obywatelem jest dziecko albo matka, chociaż takiego ustalenia nie można brać za ostateczne rozwiązanie. To czyje obywatelstwo będzie stanowić łącznik, będzie zależało od odpowiednich norm kolizyjnych prawa międzynarodowego. Bezspornie jednak ustalenie pochodzenia dziecka, bez względu na zastosowane prawo (*ius soli* czy *ius sanguinis*) będzie sprawą pierwotną i podstawową dla ustalenia, czy zastosowanie znajdą przepisy kolizyjne p.p.m., a dalej, czy będzie możliwe by ustalenie pochodzenia dziecka miało miejsce według zasad k.r.o. Ergo, organ przyjmujący oświadczenie o uznaniu lub sąd, przed którym dochodzi do ustalenia ojcostwa, za sprawę kluczową powinien uznać wyjaśnienie momentu i miejsca urodzenia się dziecka, w przypadku jeśli jest to wątpliwe. W ocenie autora pracy, wydaje się bardzo pożądanym i trafnym uregulowanie art. 28 ust. 2 umowy polsko – ukraińskiej pomiędzy, w którym stanowi się, iż bez względu na to, jakie normy materialno – prawne znajdą zastosowanie, to forma w jakiej dojdzie do uznania dziecka, będzie właściwa dla państwa, w którym do uznania doszło. Stanowi to znaczne ułatwienie chociażby ze względów technicznych dla pracy właściwych sądów lub urzędów.

Jak wskazuje wcześniej autor pracy, obywatelstwo stanowi nie tylko przesłankę, ale także skutek ustalenia ojcostwa. Zgodnie z art. 7 ust. 1 u. o obyw. w przypadku jeśli do uznania doszło przez ukończeniem przez dziecko pierwszego roku życia, może dojść do zmiany w zakresie obywatelstwa, w przeciwnym razie mamy do czynienia ze jego stabilizacją.

Treść i forma oświadczenia o uznaniu dziecka

Treść oświadczenie o uznaniu dziecka

Treść uznania, w przypadku, jeśli zastosowania nie znajdują umowy szczególne, podlega prawu określone w art. 55 ust. 3 – 4 p.p.m. W przypadku, jeśli w konsekwencji następujących po sobie zaistniałych i zrealizowanych przesłanek, okaże się, że prawem właściwym dla uznania, będzie prawo polskie, w treści uznania powinny znaleźć się warunki wypływające z właściwych przepisów k.r.o. W ślad za art. 73 § 1 k.r.o. mężczyzna, od którego dziecko pochodzi, musi złożyć przed kierownikiem urzędu stanu cywilnego oświadczenie, że jest ojcem dziecka, a matka dziecka musi potwierdzić, że ojcem dziecka jest ten mężczyzna (potwierdzenie przez matkę może nastąpić jednocześnie albo w ciągu trzech miesięcy od dnia oświadczenia mężczyzny).

Warto w tym miejscu wspomnieć jeszcze o kilku problemach mających istotne znaczenie dla treści oświadczenia o uznaniu. Po pierwsze, jak słusznie zauważa Ewa Skrzydło – Tefelska: „prawo polskie nie zakazuje w sposób wyraźny uzależnienia uznania od warunku lub terminu. Zakaz taki wynika jednak z celu tej czynności, jakim jest ustalenie stanu cywilnego, który musi być ustalony w sposób niebudzący wątpliwości i ze skutkami nieodwracalnymi.” Autorka cytowanej pracy stawia tezę, iż „w przypadku dopuszczenia ewentualności zastrzeżenia warunku lub terminu w oświadczeniu o uznaniu, należałoby się powołać na klauzulę porządku publicznego, gdyż taka treść uznania jest niezgodna z interesem dziecka”²⁶.

Forma oświadczenia o uznaniu dziecka

Wybór formy, w jakiej ma dojść do uznania, będzie także zależny od ustalenia prawa właściwego. Wskazówka dla przyjęcia właściwej formy uznania, daje przepis art. 25 p.p.m., dotyczący formy czynności prawnej w ogóle. Przykładowo, jeśli zastosowanie w Polsce znajdzie umowa polsko – ukraińska, właściwa będzie forma wynikająca z przepisów k.r.o., bez względu na ustalone przepisy materialno – prawne właściwe w danym przypadku *in concreto*, ponieważ wystarczy zachowanie formy przewidzianej przez prawo państwa, w którym czynność zostaje dokonana.

Zgodnie z brzmieniem art. 73 § 4 k.r.o., ustalenie pochodzenia dziecka może nastąpić zarówno przez sąd opiekuńczy, jak i urzędnikiem stanu cywilnego. Urzędnik stanu cywilnego – na mocy art. 73 § 2 k.r.o. – powinien wyjaśnić, jakie prawa i obowiązki są związane z uznaniem dziecka, poinformować o przepisach dotyczących nazwiska dziecka oraz wyjaśnić różnicę pomiędzy uznaniem dziecka a przysposobieniem. Uznanie nie może nastąpić po uzyskaniu przez dziecko pełnoletności, jak stanowi art. 76 § 1 k.r.o.

²⁶ *Ibidem*, s. 131.

Jak wskazuje Bronisław Walaszek: „zagadnienie formy uznania należy rozpatrzyć z dwóch punktów widzenia; mianowicie należy rozpatrzyć problem uznania oceny formy prawnej uznania działanego w Polsce przez cudzoziemca oraz problem oceny prawnej formy uznania dokonanego przez obywatela polskiego za granicą²⁷”. Dalej zauważa, że „forma czynności prawnej podlega w zasadzie prawu, które jest właściwe dla samej czynności. Jednak wystarczy także zastosowanie przez cudzoziemca składającego oświadczenie w Polsce prawa polskiego, co do formy uznania²⁸”.

Natomiast inaczej uznanie przedstawia się w przypadku, jeśli do uznania dziecka dochodzi za granicą, kiedy wszyscy zainteresowani legitymują się polskim obywatelstwem. Kluczowe znaczenie dla ustalenia formy właściwej dla tego przypadku ma art. 73 § 4 k.r.o., który stanowi, że uznanie ojcostwa może nastąpić także przed sądem opiekuńczym, a za granicą również przed polskim konsulem lub osobą wyznaczoną do wykonywania funkcji konsula, jeśli uznanie dotyczy dziecka, którego oboje rodzice albo jedno z nich są obywatelami polskimi²⁹. Z kolei w cytowanym już postanowieniu SN z dnia 19 grudnia 2003 roku, Sąd zauważa, iż: „uznanie dziecka za granicą, gdy jego matka i uznający je mężczyzna są obywatelami polskimi, nie musi nastąpić przed polskim konsulem lub osobą wyznaczoną do wykonywania funkcji konsula. Celem art. 79 § 1 in fine k.r.o. [obecnie art. 73 § 4 in fine k.r.o.] jest ułatwienie obywatelom polskim uznania dziecka za granicą w porównaniu z możliwościami wynikającymi z art. 12 i 19 § 2 ustawy z dnia 12 listopada 1965 roku – Prawo prywatne międzynarodowe”. W innym wyroku z dnia 2 grudnia 2004 roku SN wskazuje, że: „Uznanie dziecka dokonane przed właściwym organem zagranicznym jest dochowaniem wymaganej formy dla tej czynności³⁰”.

Jak można zauważyć, w tezach SN dominuje pogląd, iż możliwość uznania dziecka przed polskim konsulem ma znaczenie funkcjonalne i nie należy go interpretować jako warunku koniecznego do zachowania formy uznania w przypadku, jeśli do ustalenia ojcostwa przez uznanie dochodzi za granicą. Jak zauważa SN, inna interpretacja prowadziłaby do zacieśniania stosowania art. 25 p.p.m. (art. 12 b.p.p.m.³¹). W związku z powyższym należy uznać, że obywatele polscy do ustalenia ojcostwa przez uznanie mogą doprowadzić zarówno przed polskim konsulem lub osobą wyznaczoną do wykonywania funkcji konsula, co wynika z wykładni literalnej przepisu art. 73 § 4 k.r.o., jak i przed innym, właściwym urzędnikiem, co wynika z wykładni funkcjonalnej i celowościowej instytucji uznania.

27 B. Walaszek, *Uznanie dziecka w Polskim prawie międzynarodowym prywatnym*, Kraków 1959, s. 33.

28 *Ibidem*, s. 34.

29 Tak także wyrok I CKN 1068/97.

30 Wyrok V CK 323/04.

31 Postanowienie III CZP 94/03.

Skutki uznania

Skutki uznania dla pobytu dziecka zamieszkującego w Polsce

Cudzoziemcowi można nadać obywatelstwo polskie na jego wniosek, jeżeli zamieszkuje na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, co najmniej 5 lat na podstawie zezwolenia na osiedlenie się, zezwolenia na pobyt rezydenta długoterminowego Wspólnot Europejskich lub posiadając prawo stałego pobytu. Zgodnie z art. 64 ust. 1 pkt. 4 ustawy z dnia 13 czerwca 2003 roku o cudzoziemcach³² zezwolenie na osiedlenie się może zostać nadane dziecku obywatela polskiego, który pozostaje pod jego władzą rodzicielską. Cudzoziemcowi może zostać nadane obywatelstwo także w przypadkach szczególnie uzasadnionych. Jeżeli obywatelstwo polskie ma być nadane dziecku pozostającemu pod opieką, może się to odbyć jedynie za zgodą opiekuna wyrażoną w odpowiednim oświadczeniu złożonym przed właściwym organem i po uprzednim zadośćuczynieniu wymogom właściwego prawa obcego (np. wcześniejszemu zwolnieniu z obywatelstwa państwa obcego, jeśli obywatel tego państwa nie mógłby posiadać jednocześnie dwóch obywatelstw). Problem nadawania obywatelstwa na podstawie przepisów u o obyw. nie istnieje natomiast, w przypadku wskazanym już wyżej, jeśli do uznania dziecka doszło przed ukończeniem przez nie pierwszego roku życia. Wówczas obywatelstwo nabywa z mocy prawa, jako skutek uznania przez obywatela polskiego.

Skutki uznania dla rodziców dziecka. Status stosunków między rodzicami a dziećmi

Jak wynika z art. 93 §1 k.r.o. władza rodzicielska przysługuje obojgu rodzicom. Wyrażona tutaj zasada jest zgodna zarówno z szeroko pojętym interesem dziecka, jak i zasada równouprawnienia kobiety i mężczyzny.

W przypadku dzieci, których rodzice nie są małżeństwem, po ustaleniu ojcostwa poprzez uznanie dziecka przez ojca, ojcu dziecka przysługuje pełnia władzy rodzicielskiej. Jeśli matka dziecka chce, aby tą władzę ograniczyć albo odebrać, konieczne jest wniesienie sprawy do sądu opiekuńczego o ograniczenie bądź odebranie władzy rodzicielskiej. Sąd bada czy faktycznie są powody, aby ograniczyć władzę rodzicielską ojca lub mu ją odebrać. W przypadku sądowego ustalenia ojcostwa, władza rodzicielska przysługuje ojcu tylko wtedy, kiedy sąd mu ją przyzna w wyroku ustalającym ojcostwo. Trzeba podkreślić, że prawo do kontaktów z dzieckiem nie stanowi elementu władzy rodzicielskiej, w tym znaczeniu, że jeśli nawet ktoś z rodziców jest pozbawione władzy rodzicielskiej, to może się z dzieckiem kontaktować, zgodnie z zarządzeniami sądu rodzinnego³³.

32 Tekst jednolity Dz.U. z 2006 r. nr 234, poz. 1694.; dalej: u. o cudz.

33 Cf. H. Ciepła *et al.*, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Warszawa 2006, s. 960; uchwała III CZP 46/83, w której SN stwierdził, że „nieprzyznanie w razie sądowego ustalenia ojcostwa ojcu dziecka władzy rodzicielskiej nad nim nie wyłącza prawa ojca dziecka do osobistej z nim styczności”.

Natomiast zgodnie z brzmieniem art. 113³ k.r.o. jeśli utrzymywanie kontaktów rodzica z dzieckiem poważanie zagraża dobru dziecka lub je narusza, sąd obligatoryjnie zakazuje utrzymywania kontaktów rodzica z dzieckiem.

Właściwym jest także rozpatrzenie problemu wyboru między właściwością prawa ojczystego dziecka bądź matki dziecka z chwili uznania, a właściwością każdorazowego prawa ojczystego dziecka, jako prawa właściwego dla stosunków między rodzicami a dziećmi. Jak słusznie zauważa Ewa Skrzydło – Tefelska należy opowiedzieć się za zmiennym statutem stosunków między rodzicami i dziećmi, a w przypadku zmiany przez dziecko obywatelstwa, treść władzy rodzicielskiej może ulec zasadniczej zmianie³⁴.

Uwagi podsumowujące

Z związku z coraz częstszą migracją ludności, która nie ma w zasadzie charakteru stałego, a raczej czasowy, należy wskazać, że przepisy o ustalaniu prawa właściwego dla uznania ojcostwa dziecka, mogą znaleźć obecnie coraz częstsze zastosowania i stwarzać coraz więcej problemów w stosowaniu. Jak wynika z powołanego orzecznictwa SN, zagadnienie ustalenia prawa właściwego dla treści czy formy składanego oświadczenia o uznaniu dziecka, może być coraz powszechniejszym przedmiotem rozważań sądów tak polskich, jak i zagranicznych. Ponadto ustalenie ojcostwa przez cudzoziemca może rodzić skutki właściwe prawu administracyjnemu. Organy administracji publicznej będą zmuszone do respektowania przesłanek uprawniających do uzyskania legalnego pobytu na terytorium RP zarówno przez dziecko, jak i jego rodziców. Coraz częściej urzędy stanu cywilnego będą borykać się z problemem wyboru formy i treści przyjmowanych oświadczeń o uznaniu dziecka. Wydaje się, że polski ustawodawca powinien zmierzyć się także z zagadnieniem nabywania obywatelstwa z mocy prawa po uznaniu przez obywatela polskiego, gdyż obecnie taka możliwość jest ograniczona krótkim rocznym terminem, w którym należy dokonać uznania, by doszło do zmiany obywatelstwa dziecka.

SUMMARY

Recognition of paternity in the light of the Family and Guardianship Code and international private law

The paper discusses the current issues on recognition of paternity in the light of children's rights. It identifies the proper tools necessary for determining paternity and maternity and highlights their growing importance in connection with common migration and free movement of persons in the EU. The issue of establishing the law applicable to the content or the form of declaration of paternity is presented based on judicial practice.

³⁴ E. Skrzydło-Tefelska, *op. cit.*, s. 149–150.

The paper describes the relationship between recognition of paternity and the process of establishing citizenship and the conditions that must be fulfilled to obtain legal residence in Poland. The conclusions *de lege ferenda* call for changes in the acquisition of Polish citizenship by operation of law by a child who has been recognized by a man of Polish citizenship. Currently, this possibility is limited by the annual date on which it is necessary to recognize to change a citizenship of a child by law.

KEYWORDS: Family law; children's rights; international private law; recognition of paternity; paternity and maternity; establishment of citizenship.

GEORGI GRUEW

Kompetencja instytucji Unii Europejskiej do ustanawiania i kształtowania norm prawa karnego materialnego

Przyjęte w Traktacie o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dalej; TFUE) brzmienie art. 83 i 84 stanowi kolejny etap w ewolucji stopnia i sposobów współpracy wymiarów sprawiedliwości w sprawach karnych w Państwach Członkowskich. Udzielając znacznie szerszych uprawnień instytucjom Unii (obecnie Parlamentowi Europejskiemu i Radzie na podstawie art. 83 TFUE zastępującego dawny art. 31 TUE) poczyniono następny krok w ramach wspólnego zwalczania poważnej przestępczości o zasięgu transgranicznym, powodującym zagrożenie interesów prawnych jednego Państwa Członkowskiego, większej ich liczby lub interesów Unii (dawniej Wspólnoty). Zakreślone w tych przepisach uprawnienie – w szczególności zawarte w art. 83 ust. 1 TFUE, umożliwiające ustanowienie norm minimalnych odnoszących się do określania przestępstw oraz kar w dziedzinach szczególnie poważnej przestępczości o wymiarze transgranicznym – powoduje, że po raz pierwszy wyraźnie przewidziano kompetencję organów Unii w tym zakresie, wpisując się w dotychczasową tendencję orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości¹, a jednocześnie kładąc kres wskazywanym w piśmiennictwie potencjalnym wątpliwościom interpretacyjnym w tym zakresie. Pomimo przekazania Unii kompetencji dotyczących kształtowania norm prawa karnego materialnego wyraźnie określonego w przepisach Traktatu², wpływ organów na prawo karne poszczególnych Państw

1 Niniejsze zagadnienie w ograniczonym zakresie zostanie przywołane w dalszej części tekstu, zaś naświetlone zostało m.in. w: N. Neagu, *Entrapment between Two Pillars: The European Court of Justice Rulings in Criminal Law*, „European Law Journal” 2009 nr 15, s. 536–551; E. Herlin-Karnell, *What Principles Drive (or Should Drive) European Criminal Law?*, „German Law Journal” 2010 nr 10, s. 1115–1130.

2 Prawo wspólnotowe nie wytworzyło jednolitej definicji pojęcia „kompetencji”, które zwykle w literaturze rozumiane jest jako odpowiedzialność za podejmowanie określonej decyzji w poszczególnej dziedzinie przez dany podmiot, przy czym zakres ten ogólnie ograniczony został treścią art. 2–6 TFUE. Takie rozumienie pojęcia kompetencji uległo sprecyzowaniu w ramach Deklaracji z Laeken (2001), wskazującej na środki niezbędne do ustanowienia i nadzorowania

Członkowskich i ich obowiązek uwzględniania norm minimalnych nie został w pełni sprecyzowany.

W ramach przyjętej w Traktacie lizbońskim konstrukcji, Parlament Europejski i Rada upoważnione zostały do wydawania dyrektyw w dziedzinach, które we wcześniejszym okresie wchodziły w zakres III filara. Przyznano Radzie także uprawnienie do określenia w drodze decyzji innych dziedzin, po wyrażeniu uprzedniej zgody Parlamentu Europejskiego. Korzystanie zatem z dwóch odmiennych środków legislacji unijnej oraz przewidziana w art. 83 ust. 3 TFUE możliwość rozszerzenia niektórych elementów współpracy w sprawach karnych jedynie na niektóre Państwa Członkowskie (tj. uczestniczące w ramach wzmocnionej współpracy) spotyka się w piśmiennictwie zarówno z krytyką, jak i pozytywnym odbiorem. Wskazuje się na polityczną akceptację dla przekazania Unii uprawnień zmierzających do dalszego zacieśniania więzi pomiędzy Państwami Członkowskimi w ramach ustawodawstwa karnego.

Zastosowane w TFUE rozwiązanie – powszechnie w literaturze pojmowane jako „upadek trzeciego filara” i ściśle powiązanie ze sobą dotąd rozdzielonych kompetencji – w pełni odpowiada potrzebom walki z przestępczością, powszechnie posługującą się nowoczesnymi środkami komunikacji i formami aktywności wykorzystującymi różnice w ustawodawstwach poszczególnych Państw Członkowskich (co ma szczególne znaczenie w przypadku przestępstw finansowych). Pierwszy etap koordynacji współpracy w ramach prawa karnego, którego instytucjonalne podstawy dostarczył Traktat z Maastricht z 1992 r. – nadający Radzie kompetencję do przyjmowania wspólnych stanowisk oraz działań, a także opracowywania konwencji – ze względów *stricte* politycznych (zwłaszcza obawy niektórych Państw Członkowskich przed utratą suwerenności w zakresie indywidualnego kształtowania prawa karnego), nie odegrał większej roli, niemniej doprowadził do wydania kilku aktów prawnych normujących zagadnienia przestępstw o charakterze transgranicznym³. Wskazać należy jednak na to, że wcześniejsze działania podejmowane w ramach Wspólnot już od lat 70. XX w., jak choćby powołanie TREVI oraz uczestnictwo w negocjacjach odnośnie treści zawartej 19 grudnia 1988 r. Konwencji Narodów Zjednoczonych o zwalczaniu nielegalnego obrotu narkotykami i substancjami psychotropowymi (zwanej „Konwencją wiedeńską”), wyraźnie określiły zakres przestępstw, w przypadku których podejmowanie czynności na poziomie wspólnotowym może być skuteczniejsze niż współpraca pomiędzy poszczególnymi Państwami Członkowskimi jedynie na mocy zawartych przez nie wzajemnych umów międzynarodowych⁴. Dalsze zmiany instytucjonalne wprowadzone Traktatem amsterdamskim, wprowadzającym w art. 29 TUE kolejny cel Unii – „zapewnienia osobom wysokiego poziomu bezpie-

bardziej precyzyjnego podziału uprawnień ze szczególnym uwzględnieniem zasady pomocniczości. Za: A. Kaczorowska, *European Union Law*, wyd. II, Abingdon–New York 2011, s. 80.

3 K. Wiak, *Proces „europeizacji” prawa karnego*, „Науковий Вісник. Серія Юридична” 2010 nr 2, s. 477.

4 V. Mitsilegas, *EU Criminal Law*, Oxford–Portland 2009, s. 6.

czeństwa osobistego w przestrzeni wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości” – umożliwiły wprowadzenie szerszego spektrum działań harmonizacyjnych. Zawarte bowiem w Traktacie z Maastricht uprawnienia organów Unii były dość nieprecyzyjne, a nacisk na Państwa Członkowskie jako podmioty odpowiedzialne za realizację trzeciego filara jako materii leżącej we wspólnym interesie członków Wspólnoty, powodował, że *de facto* Traktat nie przewidywał wyraźnej kompetencji Unii w tym zakresie niezależnej od stanowiska danych państw⁵.

W zakresie poszczególnych dziedzin normowanych za pomocą decyzji ramowych po wejściu w życie Traktatu amsterdamskiego dostrzegalna jest stopniowa ewolucja w kierunku coraz szerszego obejmowania w ten sposób nowych dziedzin prawa karnego. W szczególności ewolucja taka daje się zauważyć na przykładzie terroryzmu – jednej z pierwszych dziedzin, w przypadku której już na przełomie lat 70. i 80. XX w. Francja postulowała współpracę w ramach Wspólnoty⁶. Zagrożenie powodowane przez to zjawisko i ataki przeprowadzone na terenie Państw Członkowskich (w tym w Londynie i Madrycie) wskazały konieczność zacieśnienia współpracy w tym zakresie, czego wynikiem było wydanie zbiorczego dokumentu pod nazwą „Bezpieczna Europa w lepszym świecie – Europejska strategia bezpieczeństwa” już w grudniu 2003 r., w którym wyróżniono takie niebezpieczeństwa, jak ściśle powiązanie transgranicznego nielegalnego handlu narkotykami, kobietami i bronią oraz przemyt nielegalnych migrantów z zorganizowanymi grupami przestępczymi, jednakże nie sprecyzowano ich skali⁷. Mając na względzie korzyści wynikające ze wspólnotowego uregulowania współpracy w kwestiach karnych, UE utrzymała prezentowane do dziś stanowisko, iż działania na poziomie unijnym mogą jedynie stanowić uzupełnienie działań w tym zakresie podejmowanych indywidualnie przez poszczególne Państwa Członkowskie⁸. Pojawiające się opinie (zarówno ze strony organów Unii, jak i w literaturze przedmiotu) wskazywały na dość sztuczny podział kompetencji unijnych w ramach poszczególnych filarów, co objawiało się szcze-

5 P.C. Müller-Graff, *The Legal Basis of the Third Pillar and Its Position in the Framework of the Union Treaty*, „Common Market Law Review” 1994 nr 31, s. 493–510.

6 A. Weyembergh, *L'harmonisation des législations: Condition de l'espace européen et révélateur de ses tensions*, Bruxelles 2004, s. 15.

7 Dokument Komisji Europejskiej nr 15895/2003 z dnia 12 grudnia 2003 r.

8 Przytoczyć należy w tym zakresie słowa koordynatora UE ds. antyterroryzmu Gijsa de Vries: „rolą Unii nie jest zastępowanie Państw Członkowskich, ale wspieranie ich w międzynarodowych działaniach i główne uderzenie przeciwko terroryzmowi celem zapewnienia bezpieczeństwa w Europie stanowczo opiera się na poziomie rządów narodowych” (za: Lauri Lugna, *Institutional Framework of the European Union Counter-Terrorism Policy Setting*, „Baltic Security & Defence Review” 2006 nr 8, s. 101). Wskazać należy, że Unia Europejska niezwłocznie po atakach przeprowadzonych na wschodnim wybrzeżu Stanów Zjednoczonych przystąpiła do analizy zagrożenia terrorystycznego w Państwach Członkowskich, czego efektem było nadzwyczajne spotkanie Komisji w dniu 20 września 2001 r., a także później podpisana w Dromoland Castle deklaracja o zwalczaniu terroryzmu zawarta między UE a USA w dniu 26 czerwca 2004 r. oraz deklaracja brukselska o zwalczaniu terroryzmu z dnia 25 marca 2004 r.

gólnie w przypadku zwalczania terroryzmu i innych poważnych przestępstw o charakterze transgranicznym⁹. Analogiczne problemy dostrzeżono przy zwalczaniu innych przestępstw o znacznym ciężarze gatunkowym, odnośnie do których przystąpiono do regulacji współpracy w sprawach karnych na poziomie wspólnotowym¹⁰.

Rozszerzenie kompetencji Wspólnoty – które nastąpiło wraz z wydaniem orzeczenia ETS w sprawie Marii Pupino (C-105/03), nakazującym stosowanie zasady lojalności do decyzji ramowych przyjętych na podstawie tytułu VI TUE oraz tym samym innych środków prawnych przewidzianych w ramach trzeciego filara¹¹ – stanowiło podstawę dla stanowiska wyrażonego w sprawie C-176/03 Komisja WE przeciwko Radzie UE, w którym ETS przesądził, iż prawdą jest, że co do zasady przepisy prawa karnego, tak jak procedury karnej, nie należą do kompetencji Wspólnoty, o tyle nie może to jednakże powstrzymać ustawodawcy wspólnotowego od wydania przepisów z zakresu prawa karnego państw członkowskich, jakie uzna za konieczne w celu zapewnienia pełnej skuteczności norm w dziedzinie ochrony środowiska, w przypadku gdy stosowanie przez właściwe władze krajowe skutecznych, proporcjonalnych i odstrasżających sankcji stanowi działanie niezbędne do zwalczania ciężkich przestępstw przeciwko środowisku.

W późniejszym orzeczeniu precyzującym zakres kompetencji Wspólnoty w zakresie stanowienia norm prawa karnego materialnego (C-440/05) Sąd przychylił się do stanowiska rzecznika generalnego postulującego, iż efektywność prawa wspólnotowego odnosi się do wszelkich polityk, w których kształtowaniu uczestniczą organy wspólnotowe, przy uwzględnieniu norm TWE limitujących wspomniane organy tym w zakresie¹². ETS, opierając się w szczególności na uprawnieniach związanych z realizacją przez

9 L. Lugna, *op. cit.*, s. 118.

10 Do najważniejszych aktów prawnych w tym zakresie rozpoczynających regulację norm prawa karnego materialnego w poszczególnych dziedzinach zaliczyć należy: decyzję ramową Rady 2001/220/WSiSW z dnia 15 marca 2001 r. w sprawie pozycji ofiar w postępowaniu karnym, decyzję ramową Rady 2001/500/WSiSW z dnia 26 czerwca 2001 r. w sprawie prania pieniędzy oraz identyfikacji, wykrywania, zamrożenia, zajęcia i konfiskaty narzędzi oraz zysków pochodzących z przestępstwa, decyzję ramową Rady 2002/475/WSiSW z dnia 13 czerwca 2002 r. w sprawie zwalczania terroryzmu, decyzję ramową Rady 2002/629/WSiSW z dnia 19 lipca 2002 r. w sprawie handlu ludźmi, decyzję ramową Rady 2002/946/WSiSW z dnia 28 listopada 2002 r. w sprawie wzmocnienia systemu karnego w celu zapobiegania ułatwianiu nielegalnego wjazdu, tranzytu i pobytu oraz decyzję ramową Rady 2004/68/WSiSW z dnia 22 grudnia 2003 r. w sprawie zwalczania seksualnego wykorzystywania dzieci i pornografii dziecięcej.

11 C-105/03, Dz. Urz. UE C nr 193 z 06.08.2005, s. 3. Zagadnienie wykładni podjął m.in. G. Krzysztofciuk, *Obowiązek prounijnej interpretacji prawa karnego*, „Studia Iuridica” 2006 t. 46, s. 209–222.

12 A. Wróbel *et al.*, *Stosowanie prawa Unii Europejskiej przez sądy*, t. 1, wyd. 2, Warszawa 2010, s. 832, R. von Ooik, *Cross-Pillar Litigation Before the ECJ: Demarcation of Community and Union Competences*, „European Constitutional Law Review” 2008 nr 4, s. 401; A. Dawes, O. Lynskey, *The ever-longer arm of EC law: The extension of Community competence into the field of criminal law*, „Common Market Law Review” 2008 nr 45, s. 138–139.

Wspólnotę obowiązków wynikających z pierwszego filara, podkreślił zarazem brak legitymacji do określania rodzajów kar i ich poziomu. W tym zakresie wszelkie kompetencje posiadają wyłącznie Państwa Członkowskie, a organy Wspólnoty mogą jedynie ustalać środki przy uwzględnieniu ich efektywności, proporcjonalności i charakteru prewencyjnego, które inkorporowane są do systemów prawa karnego Państw Członkowskich¹³. Zauważyć należy, że za przyjętym przez Komisję oraz ETS rozumieniem treści art. 135 i art. 280 TWE opowiadały się jedynie nieliczne Państwa Członkowskie (m.in. Dania i odmiennie argumentujące swoje stanowisko Niemcy). W ocenie przedstawicieli Niemiec wprowadzenie trzeciego filara miało pośrednio wskazywać, iż polityka karna nie mieści się całkowicie w obrębie pierwszego filara, natomiast według interpretacji przedstawicieli Wielkiej Brytanii, art. 174 i 175 TWE nie przekazują żadnych uprawnień na rzecz instytucji wspólnotowych, pozwalających na wydawanie aktów prawnych w zakresie prawa karnego materialnego¹⁴.

Przytoczone orzeczenia wskazują, że stosowanie norm prawnych przez sądy poszczególnych Państw Członkowskich nie może odbywać się w oderwaniu od zasady lojalnej ich współpracy. Muszą one zapewnić pierwszeństwo norm unijnych nad niemającym rangi konstytucyjnej prawodawstwem wewnętrznym tego członka UE (za zasady tej wywodzić należy prawo wyboru odpowiedniej sankcji o charakterze niedyskryminującym)¹⁵. Pomimo europejskiej tradycji pojmowania prawa karnego jako zagadnienia normowanego wyłącznie w drodze aktów krajowych oraz konwencji międzynarodowych, sądy karne zobowiązane są zatem do takiego samego stosowania norm prawa unijnego jak sądy cywilne i administracyjne. Zakreślenie granic kompetencji organów unijnych w kształto-

13 M. Svarc, *Communitarization of the EU third pillar today and according to the Lisbon Treaty*, [w:] *Europeanization of the national law, the Lisbon Treaty and some other legal issues. Conference proceedings from the COFOLA 2008 conference*, Brno 2008, s. 398. Określenie wymiaru kary po wejściu w życie Traktatu Lizbońskiego musi spełniać wymogi wynikające z zasady proporcjonalności, a także z treści art. 49 ust. 3 Karty Praw Podstawowych statuującego, iż „kary nie mogą być nieproporcjonalnie surowe w stosunku do czynu zabronionego pod groźbą kary.” Za: L.D. Al-Kawardi, *General principles guiding the incriminating activity of the European legislature*, „Lex ET Scientia International Journal” 2011 nr 2, s. 87.

14 J.F. Castillo García, *The Power of the European Community to Impose Criminal Penalties*, „EIPAScope” 2005 nr 3, s. 29. Podobne wątpliwości w zakresie rozróżnienia kompetencji organów wspólnotowych pomiędzy I i III filarem podnoszone były w zakresie orzeczeń dotyczących przekazywaniu Stanom Zjednoczonym danych pasażerów lotniczych oraz przechowywaniem danych telekomunikacyjnych. Inne przykłady podaje: M. Kleinowski, *Współpraca w obszarze wymiaru sprawiedliwości i spraw wewnętrznych w Unii Europejskiej – geneza, rozwój, występujące bariery*, [w:] *Współpraca policyjna i sądowa w sprawach karnych w Unii Europejskiej. Geneza, struktury, działania*, red. R. Potorski, Toruń 2011, s. 29.

15 A. Wróbel *et al.*, *Stosowanie...*, s. 818, 835–836; B. Nita, *Pierwszeństwo prawa europejskiego a nadrzędny charakter konstytucji*, [w:] *Europeizacja prawa karnego a standardy konstytucyjne państw członkowskich Unii Europejskiej – The europeanisation of criminal law and the constitutional standards in the member states of the European Union*, red. A. Nita, Warszawa 2009, s. 8–9.

waniu norm prawa karnego materialnego powoduje, że Państwo Członkowskie przy implementacji dyrektyw ograniczone jest rezultatami przewidzianymi w dyrektywach, nie zaś co do sposobu i zastosowanych metod¹⁶, W przeciwieństwie do uprzednio stosowanych decyzji i konwencji, czyni to z niej najbardziej efektywny środek zbliżania do siebie ustawodawstw Państw Członkowskich. Takie rozwiązanie przewidziano też w Traktacie o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, wyraźnie ograniczając w art. 83 ust. 1 akapit drugi kompetencje Parlamentu Europejskiego i Rady jedynie do przestępstw o najpoważniejszym ciężarze gatunkowym. Odnośnie do nich możliwe jest kształtowanie minimalnych norm w drodze dyrektyw, podczas gdy w przypadku pozostałych czynów zabronionych (art. 83 ust. 1 akapit trzeci) Rada posłużyć może się wyłącznie aktem prawnym w postaci decyzji, która jako akt jednostkowy i indywidualny, wiążący w tym przypadku jedynie organy Unii oraz Państwa Członkowskie, otrzymuje tym samym pierwszeństwo w krajowych porządkach prawnych¹⁷, zobowiązując jednocześnie poszczególne państwa do wszczęcia i skutecznego zakończenia procesu legislacyjnego w zakresie wprowadzenia minimalnych norm prawnych odnośnie do danego przestępstwa.

Rozważyć należy zatem zasadność bezpośredniego wprowadzenia normy kompetencyjnej instytucji unijnych do stanowienia prawa karnego materialnego, mając na względzie jego zastosowanie wyłącznie do przestępstw „wielomiejscowych”, rozumianych jako możliwe do popełnienia w więcej niż jednym Państwie Członkowskim i oddziałujące negatywnie zarówno na wspólnotowy interes prawny, jak i interes poszczególnych członków UE. Przytoczona wcześniej historia stopniowego nabywania uprawnień w tym zakresie przez organy unijne wspólnie z prowadzonymi już od 1991 r. pracami w zakresie stworzenia projektu wspólnego kodeksu karnego (*Corpus Iuris*) oraz przedstawienie tego projektu do debaty politycznej w 1997 r. prowadzą do konstatacji, że szczególnie istotnym zagadnieniem, stanowiącym główny impuls podejmowania prób regulacji znamion czynów zabronionych na poziomie unijnym jest konieczność zapewnienia respektowania interesów Wspólnoty¹⁸.

W literaturze zaprezentowano kilka definicji określających zbiorczo specyficzną materię aktów prawa karnego uchwalanych przez instytucje unijne. O. Górniak zakres tych

16 Wyrok w sprawie 38/77 *Enka BV. v. Inspekteur der Invoerrechten en Accijnzen Arnhem*, ECR 1977, s. 2203; A. Kalisz, *Wykładnia i stosowanie prawa wspólnotowego*, Warszawa 2007, s. 78.

17 J. Sozański, *Prawo Unii Europejskiej*, Warszawa–Poznań 2010, s. 45.

18 A. Grzelak, T. Ostropolski, *Współpraca policyjna i sądowa w sprawach karnych*, cz. 1, Warszawa 2009, s. 147; N. Long, *Towards a European Criminal Law Code?*, „EIPAScope” 2011 nr 1 (30th Anniversary Special Issue), s. 49. Z kolei jako pierwszy etap podejmowania zagadnienia prawa karnego na poziomie europejskim S. Żółtek przywołuje powołanie grupy roboczej w zakresie zbadania naruszeń prawa i przestępstw gospodarczych „wynikających z niedociągnięć legislacyjnych Wspólnot”, a w dalszym fragmencie tekstu za datę rozpoczęcia prac nad *Corpus Iuris* uznaje rok 1995. Za: S. Żółtek, *Prawo karne gospodarcze w aspekcie regulacji unijnych*, „Studia Iuridica” 2006, t. 46, s. 346 i 357.

przestępstw określa „przestępczością europejską” wskazując przede wszystkim na ich transgraniczny charakter, podczas gdy A. Grzelak i T. Ostropolski podkreślają specyfikę zagrożonych dóbr oraz efektywność walki z przestępczością przez ponadnarodowe organy ścigania¹⁹. Przyjęte w art. 83 ust. 1 akapit pierwszy TFUE „wyjaśnienie” konieczności ustanawiania norm minimalnych odnoszących się do określenia przestępstw oraz kar podkreśla wszystkie elementy podejmowane w przytoczonej literaturze przedmiotu. Europejski prawodawca wskazał, iż zakres normowania prawa karnego materialnego przez Parlament Europejski i Radę dotyczy jedynie szczególnie poważnej przestępczości, co znacznie ogranicza kompetencje organów unijnych dotyczące przestępstw najpoważniejszych, niebudzących wątpliwości w żadnym Państwie Członkowskim odnośnie do ich ciężaru gatunkowego. Celem sprecyzowania kompetencji wymienione zostały następujące dziedziny przestępczości: terroryzm, handel ludźmi oraz seksualne wykorzystywanie kobiet i dzieci, nielegalny handel narkotykami, nielegalny handel bronią, pranie pieniędzy, korupcja, fałszowanie środków płatniczych, przestępczość komputerowa i przestępczość zorganizowana.

Do momentu wejścia w życie Traktatu lizbońskiego, stosowanie środków prawa przewidzianych w art. 34 TUE, wspólnych stanowisk, decyzji ramowych oraz konwencji powodowało zbliżenie ustawodawstw większości Państw Członkowskich (a także niektórych państw stowarzyszonych lub aspirujących do zawarcia traktatów akcesyjnych)²⁰, nie doprowadzając do harmonizacji przepisów. Zagadnienie przestępstw gospodarczych normują przede wszystkim Konwencja o ochronie interesów finansowych Unii Europejskiej oraz powiązane z nią dwa protokoły – Protokół antykorupcyjny oraz Protokół odnoszący się do odpowiedzialności osób prawnych i prania pieniędzy. Pozwalały one – zgodnie z ówczesnym brzmieniem art. 280 TWE – na podejmowanie działań przeciwko sprawcom przestępstw gospodarczych, nie ograniczając zarazem kompetencji Państw Członkowskich wyłącznie do prawa karnego, lecz także umożliwiając wprowadzanie i stosowanie norm innych dziedzin (gł. prawa cywilnego i administracyjnego)²¹. Treść normy prawnej wyrażonej w art. 83 ust. 1 akapit 1 TFUE pozwala na przyjęcie, iż prymarnym celem wyszczególnienia konkretnych przestępstw są korzyści płynące

19 Do tej pierwszej grupy autorzy zaliczają przestępstwa naruszające interesy finansowe Wspólnot, zaś do drugiej m.in. zorganizowane grupy przestępcze oraz handel ludźmi i żywym towarem. Za: A. Grzelak, T. Ostropolski, *Współpraca...*, s. 137.

20 Z. Durdevic, *Wybrane zagadnienia dotyczące Prokuratury Europejskiej z perspektywy Chorwacji*, [w:] *Ochrona interesów finansowych a przemiany instytucjonalne Unii Europejskiej*, red. C. Nowak, Warszawa 2009, s. 178–179.

21 H. Huggler, *The European Community's Competence to Prescribe National Criminal Sanctions*, „European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice” 1995 nr 3, s. 243; J.A.E. Vervaele, *The European Community and Harmonisation of the Criminal Law Enforcement of Community Policy: Ignoti nulla cupido?*, [w:] *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht Festschnitt für Klaus Tiedemann*, red. U. Sieber, Köln 2008, s. 1360–1363.

ze współpracy policyjnej i karnej na poziomie wspólnotowym (przesłanka „szczególnej potrzeby wspólnego ich zwalczania”). Możliwe jest tam w tych dziedzinach także pełniejsze zbliżenie do siebie przepisów karnych Państw Członkowskich z uwagi na wydane w tym zakresie wcześniejsze akty międzynarodowe²². Jednolitość regulacji prawnych odnośnie do przestępstw przewidzianych w art. 83 ust. 1 TFUE umożliwia również ich bliskość rodzajowa oraz generowane skutki, co przejawia się we wprowadzeniu szerszego od wcześniejszej treści art. 31 ust. 1 lit. e TUE, wymieniającego jedynie przestępczość zorganizowaną, terroryzm i nielegalny handel narkotykami katalogu czynów w brzmieniu przyjętym w Traktacie lizbońskim.

Poszerzenie sygnalizowanych wcześniej dziedzin odbywać się może w drodze harmonizacji i zbliżania przepisów (*approximation*) celowo rozróżnionych w art. 83 i art. 84 TFUE dla zapewnienia wpływu na prowadzony przez Radę proces legislacyjny zarówno Parlamentowi Europejskiemu, jak i parlamentom narodowym. Pomimo stanowiska niektórych autorów, głoszących, iż obie formy wprowadzania konkretnych przepisów do porządku prawnego Państw Członkowskich nie wykazują między sobą istotnych różnic²³, podkreślić należy, że harmonizacja przepisów odbywa się przede wszystkim w sferze przewidzianej przed wejściem w życie Traktatu lizbońskiego jako pierwszy filar i traktowana jest niekiedy jako cel regulowania poszczególnych materii prawa aktami wspólnotowymi²⁴. Treść art. 83 i art. 84 TFUE skłania raczej do konstatacji, iż celem prawodawcy europejskiego było zabezpieczenie Państw Członkowskich przed tzw. harmonizacją całkowitą, rozumianą jako „uregulowanie danej materii w sposób wyczerpujący”²⁵. Harmonizację od zbliżania wyszczególnia horyzontalny skutek pierwszej (usuwanie wszelkich rozbieżności pomiędzy odmiennymi porządkami prawnymi członków UE) i wertykalny drugiej (tj. zgodność norm prawnych w Państwie Członkowskim z minimalnymi standardami określonymi przez instytucje wspólnotowe), co przekłada się na kompetencję w zakresie tworzenia prawa karnego materialnego. Wysoki stopień har-

22 N. Long, *Towards...*, s. 49; J. Maliszewska-Nienartowicz, *Wpływ Traktatu z Lizbony na regulację i funkcjonowanie współpracy policyjnej i sądowej w sprawach karnych*, [w:] *Współpraca policyjna i sądowa w sprawach karnych w Unii Europejskiej. Geneza, struktury, działania*, red. R. Potorski, Toruń 2011, s. 46. Przykładowo pierwszą międzynarodową definicję handlu ludźmi przyjęto dopiero w 2000 r. w Protokole z Palermo (za: S.P.P. Nielsen, *Fighting Human Trafficking in the European Union. A master's thesis on the ability of EU law to fight trafficking in women for sexual exploitation*, praca magisterska pod kierunkiem prof. L. Christoffersen, Uniwersytet w Roskilde, Roskilde 2011, s. 37).

23 V. Mitsilegas, *op. cit.*, s. 59; A. Weyembergh, *op. cit.*, s. 33; N. Long, *op. cit.*, s. 52.

24 Cf. M.G. Faure, *Defining Harmonization, Codification and Intergration of Environmental Law: A Search for Definitions*, „European Environmental Law Review” 2000 nr 6, s. 174 i 181, wskazujący w przypadku harmonizacji na istnienie więcej niż jednego aktu prawnego lub procedury odnoszącej się do konkretnego stanu prawnego.

25 Marcin Kamiński, *Stosowanie dyrektyw unijnych w działalności kontrolnej polskich sądów administracyjnych*, „Studia Gdańskie. Wzję i rzeczywistość” 2010 t. 7, s. 280.

monizacji lub zbliżenia ustawodawstw sam w sobie nie stanowi jeszcze o efektywności przyjętych norm prawnych oraz skuteczności penalizacji²⁶, lecz, w powiązaniu z uprawnieniami innych organów oraz prawidłową współpracą pomiędzy organami ścigania, prowadzić może do osiągnięcia celów określonych w art. 83 ust. 1 i 2 TFUE.

Harmonizacja przepisów w sposób przyjęty w Traktacie lizbońskim nie ogranicza uprawnień Państwa Członkowskiego do wprowadzenia norm prawnych kreujących wyższy standard ochrony praw jednostki i interesów jego i Unii, niż te przyjęte zgodnie z zasadami współpracy w sprawach karnych. Szczególnie widoczne jest to w przypadku wprowadzonego uregulowania dotyczącego przestępczości zorganizowanej, definiowanej jako zorganizowana grupa m.in. większa niż dwuosobowa, nie stworzona przypadkowo, bez konieczności występowania w niej formalnego podziału ról oraz ciągłości członkostwa lub posiadania rozwiniętej struktury²⁷. Zgodnie z wynikami badań porównawczych, w dziewiętnastu Państwach Członkowskich przyjmowano obecność w takiej organizacji co najmniej trzech osób. W niektórych porządkach prawnych (np. niemieckim)²⁸, reguła ta była wynikiem wpływu wcześniejszego orzecznictwa. Dorobek wspólnotowy w tym zakresie wymuszał istotną niekiedy modyfikację rozumienia pojęcia zorganizowanej grupy przestępczej (przykładowo w Belgii definicja opierała się na specyficznym *modus operandi*, zaś we Francji oraz na Litwie, działając w takiej grupie, można było popełnić jedynie poważne przestępstwa)²⁹. Analogicznie na ustawodawstwo Państw Członkowskich wpływać będą akty prawne podejmowane na podstawie art. 83 ust. 1 i 2 TFUE, zaś w przypadku współpracy karnej w aspekcie procesowym takie akty w oparciu o art. 82 ust. 1 TFUE zostały już przyjęte³⁰.

26 F. Calderoni, *Organized Crime Legislation in the European Union. Harmonization and Approximation of Criminal Law, National Legislations and the EU Framework Decision on the Fight Against Organized Crime*, Berlin–Heidelberg 2010, s. 4–6.

27 Art. 1 pkt. 1 i 2 decyzji ramowej Rady 2008/841/WSiSW z dnia 24 października 2008 r. w sprawie zwalczania przestępczości zorganizowanej.

28 F. Calderoni, *op. cit.*, s. 69.

29 *Ibidem*, s. 171. Zależność wspólnotowego rozumienia pojęcia „zorganizowanej grupy przestępczej” w stosunku do prawa Państw Członkowskich prezentuje także: E. Symeonidou-Kastaniidou, *Towards a New Definition of Organised Crime in the European Union*, „European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice” 2007, s. 83–103.

30 Wskazać należy m.in. dyrektywę 2010/64/UE z dnia 20 października 2010 r. w sprawie prawa do tłumaczenia ustnego i tłumaczenia pisemnego w postępowaniu karnym oraz postępujący proces legislacyjny w zakresie dyrektyw regulujących prawo do informacji w postępowaniu karnym, dostępu do adwokata w postępowaniu karnym oraz prawa do powiadomienia osoby trzeciej o zatrzymaniu, a także w sprawie europejskiego nakazu ochrony, normującej środki karne przyjmowane w sprawach karnych celem „ochrony danej osoby przed czynem zabronionym innej osoby, mogącym w jakikolwiek sposób zagrozić jej życiu lub nieetykalności fizycznej, psychicznej czy seksualnej” oraz mających zapobiegać „nowym czynom zabronionym” lub ograniczać „skutki wcześniejszych czynów zabronionych” (stanowisko Rady UE nr 2/2012 w pierwszym czytaniu w sprawie przyjęcia dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie europejskiego nakazu ochrony, przyjęte przez Radę w dniu 24 listopada 2011 r., 2012/C 10E/02,

Wzmocnienie roli parlamentów narodowych w procesie stanowienia prawa, określone w art. 12 TUE w odniesieniu do kompetencji Parlamentu Europejskiego i Rady w zakresie stanowienia norm prawa karnego materialnego, stanowi formę mechanizmu zabezpieczającego przed nadmiernym rozszerzaniem przez organy wspólnotowe regulowanych dziedzin prawa. Celem takiego działania jest zapobieganie naruszeniom podstawowych aspektów systemu wymiaru sprawiedliwości w Państwach Członkowskich³¹. W przypadku wspólnotowego prawa karnego rola władzy wykonawczej przejawiać się będzie przede wszystkim w obowiązku czuwania nad poszanowaniem zasady pomocniczości zgodnie z treścią art. 12 lit. b TUE. Poszerzenie niemającego charakteru zamkniętego katalogu przestępstw w zależności od potrzeb współpracy w sprawach karnych oraz rozwoju przestępczości na terenie Unii spotykać się będzie zatem z poważną trudnością w postaci realizacji uprawnienia w zakresie zasady pomocniczości. Wydaje się, że – o ile przyjęte w Traktacie lizbońskim rozwiązanie umożliwi wcześniejsze wypowiedanie się parlamentów narodowych na temat wniosków legislacyjnych, jeszcze przed ich analizą w Parlamencie Europejskim oraz w rządach poszczególnych państw³² – to wątpliwe jest uprawnienie do analizy zasady pomocniczości na tle art. 5 TUE i w Protokole w sprawie stosowania zasad pomocniczości i proporcjonalności³³. W tym zakresie, w sytuacji kontynuowania i pozytywnego zakończenia procesu legislacyjnego na poziomie wspólnotowym, w gestii parlamentów pozostaje jedynie możliwość zainicjowania postępowania skargowego przed Trybunał Sprawiedliwości UE oraz – zgodnie z art. 69 TFUE – uprawnienie do kontroli wniosków i inicjatyw legislacyjnych.

Zastosowane w art. 83 ust. 1 akapit trzeci i art. 83 ust. 2 TFUE normy prawne wyraźnie przewidują kolejność rozszerzania dziedzin prawa karnego inaczej niż poprzednio, gdy interpretowanie kompetencji Wspólnot opierało się przede wszystkim na orzecznictwie ETS. Uniemożliwiano tym samym zakrojone na większą skalę działania harmonizacyjne³⁴. Spotykane sporadycznie w literaturze stwierdzenia o podobieństwie tej procedury do istniejącego w Stanach Zjednoczonych wyodrębnienia przestępstw federalnych i kra-

Dz.U. UE C 10E/14 z 12.01.2012).

31 C. Mik, *Pozycja prawna parlamentów narodowych w Unii Europejskiej w świetle Traktatu z Lizbony*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2010 rok LXXII z. 2, s. 55.

32 S. Stompiół, *Rola parlamentu polskiego w strukturach Unii Europejskiej – multcentryczny system prawa*, [w:] *Parlamentaryzm zasadą ustrojową Rzeczypospolitej Polskiej. Materiały po konferencji na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego*, red. B. Widła, Ł. Wieczorek, Kraków 2009, s. 93.

33 C. Mik, *op. cit.*, s. 78. Nadto wraz z „upadkiem III filara” kompetencje TSUE w zakresie wydawania orzeczeń przedwstępnych rozciągnięte zostały także na zagadnienia związane ze współpracą w sprawach karnych. Kompetencja ta, limitowana treścią art. 276 TFUE, ograniczona została w zakresie stwierdzania prawidłowości i proporcjonalności działań podjętych przez organy ścigania i wymiaru sprawiedliwości Państw Członkowskich. Powyższy przepis pozostaje tym samym w niejasnym związku z treścią art. 69 TFUE.

34 G. Krzysztofiuk, *Proces...*, s. 482.

jowych³⁵, odległe są od obecnego stanu normowania przepisów prawa karnego przez instytucje wspólnotowe, zwłaszcza, że podejmowanie określonych zagadnień prawa karnego na poziomie UE dokonywane jest w celu zoptymalizowania ścigania przestępstw o charakterze transgranicznym. Przyjęcie rozwiązania, w którym członkowi Rady przyznano uprawnienie do zachowania stanowiska opozycyjnego wobec treści projektu wyrażone przez jego przedłożenie Radzie Europejskiej w sytuacji, gdy proponowana zmiana może naruszać podstawowe aspekty jego systemu wymiaru sprawiedliwości, uznane być musi jako skuteczny środek przeciwdziałania kontynuowaniu procedury legislacyjnej w przedmiocie rozszerzenia kompetencji Parlamentu Europejskiego i Rady. Zbliżone rozwiązanie zastosowano także w art. 82 ust. 3 TFUE, co wskazuje na zrównanie wspólnotowej procedury legislacyjnej w zarówno zakresie prawa materialnego, jak i procedury karnej. Zawieszenie procedury legislacyjnej na okres czterech miesięcy prowadzić ma do pogłębionego namysłu nad treścią projektu, ponownej weryfikacji przesłanek zasadności rozszerzenia spektrum przestępstw i wypracowania konsensusu, w wyniku którego projekt zostanie przesłany Radzie w zmienionej formie lub zarzucony.

Podobne „hamulce bezpieczeństwa” wprowadzone zostały także w przypadku przekazania kompetencji organom wspólnotowym w zakresie zabezpieczenia społecznego, związanego ze swobodnym przepływem pracowników w obrębie Unii (art. 48 TFUE³⁶), oraz wspomnianej procedury zbliżania przepisów prawa procesowego (art. 82 ust. 1 i 2 TFUE). W ocenie nielicznych autorów obecny stan prawny może stanowić krok w tył w zakresie skali normowania przestępstw poprzez organy unijne³⁷ z uwagi na coraz rzadsze kwestionowanie kompetencji prawodawcy europejskiego w zakresie kształtowania norm prawa karnego materialnego w drodze dyrektyw. Z takim stwierdzeniem nie można się zgodzić, gdyż jednoczesne powiązanie aspektów wchodzących do tej pory w skład pierwszego i trzeciego filara bez zamieszczenia wyraźnej normy kompetencyjnej rodziłoby poważne wątpliwości odnośnie do uprawnień instytucji unijnych w przedmiocie stosowania środków wymuszających realizację polityk i działań zgodnie z treścią art. 7 TFUE.

Przeciwnieństwem dla mechanizmu określonego w art. 83 ust. 3 akapit pierwszy TFUE może być przewidziana w kolejnym akapicie tego artykułu wzmocniona współpraca oparta na projekcie dyrektywy, który nie stał się przedmiotem konsensusu w Radzie. W oparciu o ogólną normę kompetencyjną zawarcia wzmocnionej współpracy wyrażoną w art. 20 TUE i sprecyzowaną w art. 326–334 TFUE, umożliwiono zainteresowanym

35 A. Lach, *Europejskie prawo karne. Zarys wykładu*, Toruń 2008, s. 137.

36 Przepis ten wprowadza klauzulę istotnych aspektów systemu zabezpieczenia społecznego danego Państwa Członkowskiego, w szczególności zakresu jego stosowania, kosztów lub struktury finansowej, lub mogącego naruszać równowagę finansową tego systemu.

37 Cf. R. Meeus, *Fill in the Gaps: EU Sanctioning Requirements to Improve State Enforcement of EU Environmental Law*, „Journal for European Environmental & Planning Law” 2010 nr 2, s. 160–161.

Państwom Członkowskim wprowadzenie procedur przewidzianych projektem dyrektywy po uprzednim poinformowaniu Parlamentu Europejskiego, Rady i Komisji. Wskazać należy, że tego rodzaju współpraca występuje już w obrębie Unii Europejskiej w sposób nieformalny, w ramach współpracy krajów skandynawskich i stanowi niekiedy wzór dla rozwiązań wspólnotowych³⁸. W przypadku wzmocnionej współpracy w prowadzeniu spraw karnych, nie występuje w tak znacznym stopniu zagrożenie „Europy dwóch prędkości”³⁹, jak w przypadku przyjęcia wspomnianej procedury w innych dziedzinach, niemniej wątpliwości może budzić zakres takiej współpracy. Konstrukcja reguł tworzenia prawa karnego materialnego na poziomie wspólnotowym zmierza do zapewnienia ochrony zarówno interesów Państw Członkowskich, jak i Unii. W takiej sytuacji, obowiązek ochrony interesów Unii spoczywać będzie na co najmniej dziewięciu członkach UE, przy czym interesy te nie będą mogły w danej dziedzinie być całkowicie zabezpieczone w przypadku, gdy np. czyn popełniony zostanie na terytorium państwa nieuczestniczącego we wzmocnionej współpracy. Analogicznie wykorzystanie innych środków, jak Prokuratura Europejska czy Eurojust także napotykać może na pewne trudności⁴⁰.

Przekazanie w art. 83 TFUE Parlamentowi Europejskiemu i Radzie kompetencji w zakresie stanowienia prawa karnego materialnego w drodze dyrektyw uznać należy za pozytywny aspekt dalszego pogłębiania integracji i zapewnienia prawidłowej realizacji swobód wspólnotowych. Dzięki wyraźnemu określeniu przedmiotowi samego uprawnienia oraz jego granic, a także umożliwieniu rozszerzaniu tej kompetencji – jeśli Państwa Członkowskie uznają taką ingerencję we własne prawo karne za korzystną – możliwe będzie skuteczniejsze ściganie przestępstw zagrażających interesom poszczególnych członków UE i całej Unii. Zbliżenie treści przepisów na przykładzie obecnych unormowań w zakresie ochrony środowiska oraz zorganizowanej przestępczości pozwala prognozować, iż we wszystkich prawach członkowskich prewencja i ściganie poważnych przestępstw o wymiarze transgranicznym odbywać się będzie z jednakową

38 Najbardziej znanym przykładem jest nordycki nakaz aresztowania, na którym w znacznym stopniu oparto procedurę ENA. Zagadnienie współpracy państw skandynawskich w zakresie prawa karnego podjął: C. Wong, *Nordic cooperation in criminal matters*, [w:] *Festschrift till Per Ole Tråskman*, red. U. Andersson, C. Wong, H. Örnemark Hansen, Stockholm 2011, s. 542–549.

39 W związku z Traktatem Lizbońskim konceptualizację tego pojęcia przy zmienionym stanie prawnym podjęli m.in. D. Król, *Multi-speed Europe and the Lisbon Treaty – threat or opportunity?*, EUROPEUM Institute for European Policy 2008; K. Holziger, F. Schimmelfennig, *Differentiated integration in the European Union: many concepts, sparse theory, few data*, „Journal of European Public Policy” 2012 nr 2, s. 292–305.

40 Art. 85 ust. 1 TFUE posługuje się pojęciem „poważnej przestępczości”, które stanowi pojęcie pojemniejsze od „szczególnie poważnej przestępczości”, określonej w art. 82 ust. 1 TFUE. Dalsza interpretacja tego pojęcia stosując prounijną wykładnię w przytoczonej sytuacji winna prowadzić do przyjęcia, że organy te mają określone rozporządzeniami uprawnienia w zakresie w jakim nie naruszają podstawowych zasad prawa karnego materialnego i procesowego danego Państwa Członkowskiego.

skutecznością, niezależnie od miejsca ich popełnienia oraz miejsc wystąpienia skutków. Zarazem do kluczowych zadań Państw Członkowskich zostanie dodane upowszechnienie – w strukturach wymiaru sprawiedliwości oraz organów ścigania – świadomości w zakresie występowania norm europejskich w ramach prawa karnego materialnego i ich wpływu na politykę karną danego państwa.

SUMMARY

The competence of EU institutions to adopt directives regulating substantive criminal law

The paper focuses on the competence of the European Parliament and the EU Council to adopt directives in the area of substantive criminal law provided in Articles 83 and 84 of the TFEU, which confirm the earlier ECJ rulings on the subject. The competence granted to those institutions also ensure greater effectiveness of the adopted directives in combating serious crimes within the European Union. The creation of certain 'emergency brakes' and application of the principle of proportionality taking into account the fundamental principles of criminal law systems of individual Member States, has enabled the EU institutions to establish common definitions of most serious crimes.

KEYWORDS: Lisbon Treaty, The Treaty on the Functioning of the European Union, EU criminal law, harmonisation of law

PIOTR RADZIEJEWSKI

Propagowanie totalitaryzmu i nawoływanie do nienawiści (art. 256 Kodeksu karnego)

Art. 256 Kodeksu karnego (dalej: k.k.), który penalizuje czyny związane z propagowaniem totalitaryzmu oraz szerzeniem nienawiści, stawał się już przedmiotem dużego zainteresowania pod wpływem głośnych, szeroko relacjonowanych przez media, wydarzeń. W 2011 roku miało to miejsce w związku z zamieszkami w czasie Świąta Niepodległości, w których brali udział członkowie grup skrajnie prawicowych i lewicowych, często odwołujących się do faszyzmu albo komunizmu¹. Podobnie było w przypadku rejestracji przez Narodowe Odrodzenie Polski symboli, wśród których znalazły się znaki takie jak krzyż celtycki (kojarzony ze skinheadami, występujący np. w logo rasistowskiej strony internetowej Stormfront²) czy orzeł dzierżący *fascēs* (pęk różeg z toporem – starożytny rzymski symbol władzy, w czasach nowożytnych używany przez włoskich faszystów³). Wcześniej uwagę opinii publicznej przyciągały m.in. przypadki stosowania gestu faszystowskiego pozdrowienia⁴ i wznoszenia nazistowskich okrzyków⁵ oraz publikowane w Internecie treści rasistowskie, nazistowskie i komunistyczne⁶. Art. 256 k.k. to przepis, który może budzić kontrowersje ze względu na to, że ogranicza wolność wyrażania poglądów, a określone w nim przestępstwa mają charakter polityczny⁷. Zasluguje

1 *V* np. nagranie z 11 listopada 2011 r. (dostępne m.in. pod adresem <<http://www.youtube.com/watch?v=fqS6sJG8NBg>>) ukazujące człowieka wykonującego faszystowski gest i krzyczącego „Auschwitz heil!”.

2 Stormfront.org, <<http://www.stormfront.org/forum/>>.

3 W. Kopaliński, *Słownik mitów i tradycji kultury*, Warszawa 1987, s. 274.

4 J. Sochaczewski, *Nazistowskie gesty polityków LPR*, „Dziennik-Gazeta Prawna” 2007, <<http://wiadomosci.dziennik.pl/polityka/artykuly/194030,nazistowskie-gesty-politykow-lpr.html>>.

5 R. Cius, *Nazistowskie wybryki Młodzieży Wszepolskiej*, „Dziennik-Gazeta Prawna” 2007, <<http://wiadomosci.dziennik.pl/polityka/artykuly/194232,nazistowskie-wybryki-mlodziezy-wszepolskiej.html>>.

6 O przypadkach tych, takich jak Redwatch czy Lewica Bez Cenzury w dalszej części wywodu.

7 M. Flemming, W. Kutzmann, *Przestępstwa przeciwko porządkowi publicznemu. Rozdział XXXII Kodeksu karnego. Komentarz*, Warszawa 1999, s. 16.

on na uwagę z wielu powodów, przede wszystkim ze względu na trudności, jakie wiążą się z jego wykładnią.

Propagowanie ustroju totalitarnego

Zdanie pierwsze art. 256 § 1 k.k. penalizuje publiczne propagowanie faszystowskiego lub innego totalitarnego ustroju państwa. Nie jest, oczywiście, przestępstwem sam fakt bycia zwolennikiem totalitaryzmu. W systemach prawnych współczesnych państw demokratycznych nikt nie może być karany za poglądy, niezależnie od tego, jak niebezpieczne mogłyby one być.

Dla określenia czynności sprawczej tego czynu zabronionego ustawodawca używa czasownika „propaguje”. Propagowanie oznacza szerzenie, upowszechnianie poglądów, haseł, myśli, zjednywanie kogoś dla jakiejś idei⁸. Sprawca ma zatem zamiar wyrażenia aprobaty dla takiego ustroju⁹, jednak nie ogranicza się do tego, ale dąży do przekonania innych, aby przyjęli ten sam pogląd. „Propagowanie” nie jest tożsame z „pochwalaniem”, będącym znamieniem czynu z art. 255 § 3 k.k., polegającym na publicznym pochwalaniu popełnienia przestępstwa. Nietrafny jest pogląd wyrażony w uchwale Sądu Najwyższego¹⁰ i podzielany m.in. przez Hoca¹¹, że propagowanie nie musi być połączone z pochwalaniem. Zbyt daleko idąca jest także teza Flemminga, że pochwalanie i propagowanie to pojęcia bliskoznaczne¹². Pochwalanie, czyli wyrażanie aprobaty i pozytywnej opinii, należy raczej uznać za element propagowania. Propaganda posługuje się perswazją intelektualną i emocjonalną w celu wykształcenia pożądanych przekonań i zachowań¹³, a trudno wyobrazić sobie przekonywanie innych do czegokolwiek bez chwalenia tego i wskazywania jego zalet.

Propagowanie ustroju totalitarnego odbywa się m.in. poprzez szerzenie wiedzy o nim w nieobiektywny sposób, wyolbrzymiający dobre strony, a pomijający złe, oraz przez zachęcanie do jego wprowadzenia. Tym samym nie popełnia omawianego przestępstwa ten, kto obiektywnie prezentuje ustrój totalitarny, nie angażując się po jego stronie, czy też angażując się, ale wyłącznie wyrażając osobiste poglądy, bez prób przekonania do nich innych osób. W tym drugim przypadku mielibyśmy do czynienia z pochwalaniem ustroju totalitarnego, które – jak zaznaczono – nie jest tym samym, co propagowanie, i nie stanowi przestępstwa (możliwa jest ewentualnie odpowiedzialność karna z art. 255 § 3 k.k., jeśli np. zarazem pochwalano by zbrodnie popełnione przez nazistów czy ko-

8 *Słownik języka polskiego*, red. M. Szymczak, t. 2, Warszawa 1988, s. 937.

9 L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2009, s. 308.

10 Uchwała I KZP 5/02.

11 S. Hoc, *O przestępstwach z art. 256 K.K.*, „Przegląd Prawa Karnego” 2003 nr 22, s. 53.

12 M. Flemming, W. Kutzmann, *op. cit.*, s. 66.

13 *Encyklopedia PWN A-Z. Oryginalna Azetka*, red. B. Kaczorowski, Warszawa 2008, s. 837.

munistów). Samo wzywanie do wprowadzenia totalitarnego ustroju, bez prezentowania go w pozytywnym świetle, także nie wypełnia znamion występku z art. 256 § 1 k.k., gdyż trudno byłoby to uznać za propagandę. Gdyby ustawodawca chciał kryminalizacji takich zachowań, nie użyłby sformułowania „propaguje”, ale np. „nawołuje do wprowadzenia ustroju totalitarnego”, tym bardziej, że łatwiej byłoby obiektywnie stwierdzić wystąpienie tak określonej czynności sprawczej niż „propagowania”, którego zakres znaczeniowy nie jest jednoznaczny. Także prezentowanie i cytowanie materiałów propagujących ustrój totalitarny nie będzie wypełniało znamion z art. 256 § 1 k.k., jeśli będzie dokonywane w innym celu niż propaganda¹⁴ (dozwolone jest np. cytowanie ich w pracy naukowej poświęconej danemu ustrojowi).

Sąd Najwyższy stwierdził, że propagowanie należy rozumieć szeroko, jako każde zachowanie polegające na publicznym prezentowaniu totalitarnego ustroju z zamiarem przekonania do niego¹⁵. Do takich zachowań zaliczono w szczególności wystawianie na widok publiczny symboli państwa totalitarnego i wykonywanie identyfikowanych z nim gestów, zaznaczając jednak, że w każdym indywidualnym przypadku konieczne jest ustalenie na podstawie okoliczności zdarzenia, czy sprawca miał zamiar przekonywania do ustroju totalitarnego. To właśnie jego zamiar przesądza o tym, czy daną czynność można uznać za propagandę.

Propagowanie ustroju totalitarnego jest przestępstwem umyślnym. Można dopuścić się go jedynie w zamiarze bezpośrednim, ponieważ „propagowanie” ma charakter intencjonalny¹⁶. Zamiar ewentualny nie może wchodzić tu w grę, skoro sprawca, propagując ustrój totalitarny, ma zamiar przekonania innych do niego i chce to osiągnąć – a więc tym samym chce popełnić czyn zabroniony. Omawiany występki ma charakter formalny, gdyż do jego zaistnienia nie jest wymagany skutek w postaci przekonania kogokolwiek do takiego ustroju. Czyn ten może być popełniony tylko przez działanie.

Aby propagowanie totalitarnego ustroju mogło być zakwalifikowane jako przestępstwo z art. 256 § 1 k.k., musi mieć miejsce publicznie. Należy przez to rozumieć takie działanie sprawcy, które ze względu na sposób, miejsce i inne okoliczności jest dostępne dla większej, bliżej nieokreślonej liczby osób¹⁷. Nie ma przy tym znaczenia, czy dokonywana w ten sposób propaganda faktycznie do tych osób dotarła, czy też nie, istotna jest sama możliwość, której sprawca jest świadomy. O publicznym działaniu można mówić także, gdy jest ono dostępne dla określonej większej liczby osób¹⁸. Z taką sytuacją mielibyśmy do czynienia np. w przypadku licznego zgromadzenia członków określonej

14 L. Gardocki, *op. cit.*, s. 308.

15 I KZP 5/02.

16 A. Marek, *Prawo karne*, Warszawa 2009, s. 648.

17 *Kodeks karny. Komentarz*, red. T. Bojarski, Warszawa 2011, s. 609; *Kodeks karny. Praktyczny komentarz*, red. M. Mozgawa, Warszawa 2010, s. 525.

18 S. Hoc, *op. cit.*, s. 55.

organizacji. Za publiczne należy także uważać działanie na różnego rodzaju posiedzeniach organów kolegialnych oraz innych zebraniach i spotkaniach, które są ogólnodostępne¹⁹. Znamion przestępstwa nie będzie wypełniać propagowanie totalitaryzmu na niewielkim zamkniętym spotkaniu (np. seminarium naukowym), w prywatnej rozmowie, w gronie towarzyskim itp. Formą publicznego propagowania ustroju totalitarnego jest natomiast dokonywanie tego w różnego rodzaju publikacjach (książki, artykuły) i za pośrednictwem środków masowego przekazu. Obecnie szczególnie często ma to miejsce w Internecie, gdzie znaleźć można liczne strony gloryfikujące totalitaryzm i otwarcie popierające wprowadzenie totalitarnego systemu rządów. Przykładowo, tekst na stronie Krew i Honor głosi: „Narodowy Socjalizm jest jedyną nadzieją jaka ma Biała Rasa Aryjska na przetrwanie w nowym tysiącleciu”²⁰, zaś dokument ze strony Komunistycznej Partii Polski wprost stwierdza, że jest ona „partią marksistowsko-leninowską”, a źródłem jej działalności jest idea komunistyczna, której realizacja „położy kres panowaniu wyzyskiwaczy nad ludźmi pracy” oraz „zapewni materialny i duchowy rozkwit ludzkości”²¹.

Przedmiotem propagandy dokonywanej przez sprawcę czynu z art. 256 § 1 k.k. jest „faszystowski lub inny totalitarny ustrój państwa”. A. Marek zwraca uwagę, że ustawodawca penalizuje jedynie publiczne propagowanie totalitarnego ustroju, a nie samej ideologii²². W obowiązującym stanie prawnym wynika to jasno z treści przepisu i, ze względu na zakaz analogii, nie można rozciągnąć odpowiedzialności na publiczne propagowanie ideologii totalitarnej. Należałoby jednak rozważyć, czy nie byłoby wskazane takie rozszerzenie poprzez określenie czynności sprawczej jako „publicznego propagowania totalitarnego ustroju państwa lub ideologii totalitarnej”. Czym innym jest swoboda posiadania własnych poglądów (także nazistowskich czy komunistycznych), w które nikt nie ma prawa ingerować, a czym innym swoboda przekonywania do nich innych osób. Nakłanianie do wyznawania ideologii totalitarnej, na którą składają się przecież tak niebezpieczne elementy, jak np. całkowite podporządkowanie jednostki i lekceważenie jej praw, terror wobec przeciwników czy rasizm, jest równie szkodliwe społecznie, co nakłanianie do wprowadzenia totalitarnego ustroju, tym bardziej, że wpojenie komuś takiej ideologii może być pierw-

19 *Ibidem*; M. Flemming, W. Kutmann, *op. cit.*, s. 18.

20 Krew i Honor Polska, <<http://www.bhpoland.org/strona/index2.htm>>, (zachowano pisownię oryginalną). Strona pełna jest nazistowskich symboli i wpisów takich jak „Z okazji 122 rocznicy urodzin Adolfa Hitlera, wszystkim Narodowym Socjalistą i Patriotą Rasy na świecie, życzymy triumfu w walce i sukcesów w życiu prywatnym i zawodowym” (zachowano pisownię oryginalną).

21 Statut Komunistycznej Partii Polski, <http://www.kompol.type.pl/dokum/Statut_KPP.pdf>. Można tam także trafić m.in. na teksty usprawiedliwiające i pochwalające Stalina, np. Grover Furr, *Kolektywizacja w ZSRR ocaliła życie milionów Europejczyków*, wywiad przeprowadzili J. Dżugaszwili i E. Buchukuri, <<http://www.kompol.type.pl/historia/Kolektywizacja.html>>, czy też Grover Furr, *Tajne archiwa potwierdzają stanowisko radzieckie*, wywiad przeprowadził J. Dżugaszwili, <http://www.kompol.type.pl/historia/Wywiad_Dzugaszwiliego.html>.

22 A. Marek, *op. cit.*, s. 648.

szym krokiem na drodze do przekonania go do ustroju wprowadzającego ją w życie. Poza tym, w przypadku wielu czynów następuje jednocześnie propagowanie i ideologii, i ustroju – przykładem może być publiczne prezentowanie swastyki, którą można uznać zarówno za symbol nazizmu jako ideologii, jak i symbol konkretnego państwa o ustroju totalitarnym.

Art. 256 § 1 k.k. wymienia jako ustrój totalitarny jedynie faszyzm, pozostałe obejmując określeniem „inny totalitarny ustrój państwa”. Przez faszyzm rozumieć należy ideologię i ruchy polityczne zapoczątkowane we Włoszech w latach 20. XX w., o charakterze skrajnie nacjonalistycznym, zakładające dyktatorską władzę otoczonego kultem wodza oraz jednej partii, likwidację parlamentu i ugrupowań opozycyjnych, a także stworzenie państwa totalitarnego, czyli ingerującego we wszystkie dziedziny życia społecznego²³. Interpretacja pojęcia „innego ustroju totalitarnego” wymaga odwołania się do Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 roku, która w art. 13 zakazuje funkcjonowania partii politycznych i innych organizacji „odwołujących się w swoich programach do totalitarnych metod i praktyk działania nazizmu, faszyzmu i komunizmu”. Trzy wymienione w Konstytucji ustroje z pewnością są totalitarnymi, gdyż w każdym z nich występują elementy charakterystyczne dla tego modelu organizacji państwa – są to m.in. dyktatorskie rządy, masowa monopartia, oficjalna ideologia państwowa, terror ze strony tajnych służb, monopol informacyjny i propaganda²⁴. Kierując się przepisami Konstytucji, należy stwierdzić, że art. 256 § 1 k.k. penalizuje publiczne propagowanie ustrojów: faszystowskiego, nazistowskiego, komunistycznego i innych o podobnych cechach.

Wątpliwości może budzić wymienienie w tym przepisie jako przykładu ustroju totalitarnego właśnie faszyzmu. W systemie nazistowskim i komunistycznym cechy takiego ustroju występowały z jeszcze większą intensywnością, a największe zbrodnie XX w. nie były dziełem faszystowskich Włoch, ale III Rzeszy i ZSRR²⁵. Poza tym, wskazanie wprost tylko faszyzmu może implikować błędne przekonanie, że chodzi jedynie o „inny ustrój” o zbliżonym do niego charakterze, a więc skrajnie prawicowy, nie zaś skrajnie lewicowy. Art. 256 § 1 k.k. zyskałby na jasności, gdyby, nawiązując do regulacji konstytucyjnej, wskazać w nim jako przykłady wszystkie trzy znane z historii systemy, tak by stanowił: „kto publicznie propaguje nazistowski, faszystowski, komunistyczny lub inny totalitarny ustrój państwa”. Konieczne jest zastosowanie wyliczenia przykładowego, a nie enumeratywnego, gdyż propagowanie dotyczyć może nie tylko konkretnych, istniejących dawniej lub obecnie ustrojów totalitarnych, ale też systemów nowych, opracowanych teoretycznie²⁶, które dopiero mogą się pojawić.

²³ *Encyklopedia...*, s. 278.

²⁴ *Ibidem*, s. 1057.

²⁵ Należy tu przypomnieć, że wbrew dość powszechnemu przekonaniu, „faszyzm” i „nazizm” nie są synonimami. Ściśle rzecz ujmując określenie „faszyzm” odnosi się do totalitarnego systemu Włoch Mussoliniego, a nie hitlerowskich Niemiec (v. np. definicje faszyzmu i nazizmu w cytowanej Encyklopedii PWN).

²⁶ M. Flemming, W. Kutzmann, *op. cit.*, s. 66.

Rozstrzygnięcie innych wiążących się z wykładnią art. 256 § 1 k.k. kwestii należy nie tylko do prawników. To przede wszystkim historycy, filozofowie i politolodzy będą musieli orzec np., czy za ustrój totalitarny uznać można komunizm jako taki, czy też tylko jego odmianę stalinowską²⁷ i inne zbliżone do niej lub wzorowane na niej (np. chiński maoizm czy system istniejący współcześnie w Korei Północnej) albo czy reżim Franco w Hiszpanii był faszyzmem, czy „tylko” autorytaryzmem. Nie jest też jasne, czy charakter totalitarny mają państwa, których ustrój jest oparty na fundamentalizmie religijnym²⁸ (np. teokratyczny Iran).

Nawoływanie do nienawiści

Zdanie drugie art. 256 § 1 k.k. penalizuje nawoływanie do nienawiści na tle różnic narodowościowych, etnicznych, rasowych, wyznaniowych albo ze względu na bezwyznaniowość.

Znamię „nawoływania” powinno być interpretowane tak, jak w przypadku czynów z art. 255 § 1 i 2 k.k., polegających na nawoływaniu do popełnienia przestępstwa, to jest jako nakłanianie (mające jakąkolwiek formę, nie tylko ustnej wypowiedzi²⁹) kierowane nie do konkretnej osoby albo osób, ale do bliżej nieokreślonej grupy³⁰ bądź też grupy określonej, ale licznej. Tym samym nawoływanie do nienawiści musi odbywać się publicznie.

Publiczny charakter działania należy rozumieć tak samo jak w przypadku propagowania ustroju totalitarnego. Także tutaj często wykorzystywanym narzędziem jest Internet. Znany przykładem jest portal Redwatch, który zamieszcza zdjęcia i dane osób ze środowisk lewicowych, komentując je cytatem: „pamiętaj miejsca, twarze zdrajców rasy, oni wszyscy zapłacą za swoje zbrodnie”³¹, Na wspomnianej wcześniej stronie Krew i Honor przeczytać można np.: „Zastrzelony to 36-letni Nigeryjczyk, wcześniej notowany za przestępstwa gospodarcze. Sprawiedliwości stało się zadość. Jednego ścierwa w Białej Europie mniej”³². Z kolei na drugim biegunie ideologicznym znajdowała się niedziałająca obecnie strona Lewica Bez Cenzury, gdzie można było trafić m.in. na stwierdzenia takie jak „sami wykończymy polską burżuazję i jej łańcuchowe psy”³³ czy też „w obliczu

27 L. Gardocki, *op. cit.*, s. 308.

28 Tak uważają M. Flemming, W. Kutzman (*op. cit.*, s. 61), przeciwnie – L. Gardocki (*op. cit.*, s. 308).

29 T. Bojarski, *op. cit.*, s. 609.

30 A. Marek, *op. cit.*, s. 646.

31 Redwatch Poland, <<http://redwatch.info/sites/redwatch.htm>>.

32 Krew i Honor Polska, wiadomość z datą 31.05.2010, <http://www.bhpoland.org/strona/pl_news.htm>.

33 W. Wybranowski, *Lewica bez Cenzury i bez kary*, „Rzeczpospolita” 2010, <<http://www.rp.pl/artukul/2,425913.html>>.

szczęścia miliardów ludzi zamordowanie cara i jego rodziny w czasie wojny domowej jest faktem zupełnie bez znaczenia”³⁴, a także kpiny z zamordowanych w Katyniu oraz życzenia śmierci skierowane do polskich żołnierzy w Afganistanie³⁵. Uważam, że szerzenie nienawiści (a także propagowanie totalitaryzmu) za pośrednictwem Internetu charakteryzuje się szczególnie wysoką szkodliwością społeczną, ze względu na to, że łatwo dociera do dużej liczby osób, a sprawcy mają poczucie anonimowości i bezkarności wynikające z tego, że nie sposób wykryć każdego przypadku zamieszczenia takich treści oraz znaleźć i pociągnąć do odpowiedzialności ich autora.

Podobnie jak propagowanie ustroju totalitarnego, nawoływanie do nienawiści jest przestępstwem formalnym, którego znamiona nie obejmują skutku w postaci rzeczywistego wywołania u kogoś uczucia nienawiści (zresztą, z reguły niemożliwe byłoby udowodnienie wystąpienia takiego skutku). Przestępstwo to można popełnić wyłącznie przez działanie. Jest to występki umyślny, który można popełnić tylko w zamiarze bezpośrednim, ponieważ „nawoływanie” (tak samo jak „propagowanie”) ma charakter intencjonalny, wskazuje na cel, który chce osiągnąć sprawca.

Omawiany czyn zabroniony polega na nawoływaniu do nienawiści, czyli uczucia silnej niechęci, wrogości³⁶. Z brzmienia przepisu wynika, że ustawodawca penalizuje nawoływanie do określonego uczucia. Słuszne jest krytyczne stanowisko L. Gardockiego³⁷ wobec użycia tego sformułowania. Wskazuje on, że karalne powinno być „wywoływanie nienawiści”. Przy takim brzmieniu przepisu, art. 256 § 1 k.k. miałyby szersze zastosowanie i obejmowałyby czyny, których teraz nie da się zakwalifikować jako przestępstwa z tego artykułu. Obecnie nie dotyczy m.in. przypadków propagandy skierowanej przeciw jakiejś grupie narodowej, rasowej, wyznaniowej itp. oraz głoszenia wrogich wobec niej haseł, jeśli nie da się udowodnić, że sprawca chciał wywołać nienawiść³⁸. Jako przykład podać można zdarzenie, które miało miejsce w czasie Święta Niepodległości w 2004 r. Grupa osób niosła wtedy transparent z napisem „Wyzwolimy Polskę od euro-zdrajców, Żydów, masonów i rządowej mafii”. Osoby te zostały uniewinnione, a kasację na ich niekorzyść oddalił Sąd Najwyższy³⁹, ponieważ czyn nie wypełniał znamion przestępstwa. Stwierdzono, że ze względu na użycie formy „wyzwolimy” (tryb oznajmujący) a nie „wyzwólmy” (tryb rozkazujący), nie można uznać, że miało miejsce nawoływanie. W przypadkach takich jak ten, sprawca nie nakłania wprost do nienawiści wobec danej grupy, ale wywołuje ją poprzez szerzenie prowadzących do niej poglądów i wzbudzanie negatywnych emocji. Określenie czynności sprawczej jako „wywoływania nienawiści” roz-

34 P. Semka, *Polskie wnuczęta Stalina*, „Rzeczpospolita” 2008, <<http://www.rp.pl/arttykul/146261.html>>.

35 J. Cieśla, *Imienia Dzierżyńskiego*, „Polityka” 2008, <<http://www.polityka.pl/kraj/259784,1,imienia-dzierzynskiego.read>>.

36 *Słownik...*, t. 2, s. 342.

37 L. Gardocki, *op. cit.*, s. 308.

38 *Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Filar, Warszawa 2010, s. 1120.

39 Postanowienie IV KK 406/06.

szerzyłoby zakres penalizacji takich szkodliwych społecznie zachowań, tym bardziej, że popełnienie przestępstwa możliwe byłoby wtedy także w zamiarze ewentualnym – gdy sprawca zdawał sobie sprawę i godził się na to, że swoim zachowaniem może wzbudzić nienawiść do danej osoby lub grupy⁴⁰. W obowiązującym stanie prawnym tego rodzaju czyny nie wypełniają znamion z art. 256 § 1 k.k., niekiedy jednak ze względu na swoją formę mogą być zakwalifikowane z art. 257 k.k. jako znieważenie z powodu przynależności narodowej, etnicznej, rasowej, wyznaniowej albo z powodu bezwyznaniowości.

W przywołanym wyżej postanowieniu Sąd Najwyższy stwierdził, że nawoływanie do nienawiści „sprowadza się do tego typu wypowiedzi, które wzbudzają uczucia silnej niechęci, złości, braku akceptacji, wręcz wrogości do poszczególnych osób lub całych grup społecznych czy wyznaniowych bądź też z uwagi na formę wypowiedzi podtrzymują i nasilają takie negatywne nastawienia”⁴¹. Wskazuje to na dążenie do kwalifikowania z tego przepisu także czynów polegających nie tyle na „nawoływaniu” co na „wywoływaniu” nienawiści. Tym niemniej, jak pokazuje rozstrzygnięcie w tej sprawie, często nie jest to możliwe, gdyż wykładnia zbyt daleko odchodząca od literalnego brzmienia przepisu łamałaby zasadę *nullum crimen sine lege*.

Nienawiść, do której „nawołuje” sprawca przestępstwa z art. 256 § 1 k.k., ma występować na tle różnic narodowościowych, etnicznych, rasowych, wyznaniowych albo na tle bezwyznaniowości, a więc ma być skierowana wobec osoby lub grupy wyróżnionej na podstawie któregoś z tych kryteriów bądź kilku z nich. Należy tu wskazać na związek tego przepisu z kilkoma innymi, wynikający nie tylko z użycia niemal identycznych sformułowań, ale też z tego, że wszystkie one służą podobnemu celowi, tj. zwalczaniu szeroko pojętej nietolerancji, rasizmu i ksenofobii oraz zapewnieniu pokojowego współżycia różnych grup w społeczeństwie.

Art. 257 k.k. kryminalizuje znieważenie grupy ludności albo konkretnej osoby lub naruszenie nietykalności cielesnej osoby z powodu przynależności narodowej, etnicznej, rasowej, wyznaniowej albo z powodu bezwyznaniowości. Użyte w tym przepisie kryteria wyróżniające osobę albo grupę osób są takie same jak w art. 256 § 1 k.k. Przepisy te są ze sobą powiązane ze względu na to, iż czyny określone w art. 257 k.k. wynikają z nienawiści wobec określonej osoby albo grupy. Możliwa jest sytuacja, w której popełnienie przestępstwa z art. 256 § 1 k.k., czyli nawoływania do nienawiści, przyczyni się do popełnienia przestępstwa z art. 257 k.k., gdy powstałe wcześniej uczucie nienawiści wobec kogoś przerodzi się w chęć podjęcia konkretnych, wymierzonych przeciw niemu działań (znieważenia, naruszenia nietykalności cielesnej). Związek z nawoływaniem do nienawiści ma też jedno z najcięższych przestępstw określonych w k.k. – ludobójstwo (art. 118). U podstaw tej zbrodni leży najdalej posunięta nienawiść wobec danej grupy, wyrażająca

40 L. Gardocki, *op. cit.*, s. 308.

41 Postanowienie IV KK 406/06.

się w chęci jej zniszczenia. Jak słusznie zauważa Marek⁴², szerzenie nienawiści często prowadzi do konfliktów pomiędzy grupami ludności na tle różnic narodowościowych, wyznaniowych itp., a skrajną formą tych konfliktów są właśnie czystki etniczne i masowe mordy. Tak więc konsekwencją nawoływania do nienawiści może być nie tylko wspomniane wcześniej znieważenie czy naruszenie nietykalności członków określonej grupy, ale nawet zbrodnia ludobójstwa na ogromną skalę. Za przykład może tu posłużyć hitlerowska propaganda, wpajająca niemieckiemu społeczeństwu nienawiść do Żydów, Słowian i Romów, bez której nie mogłoby dojść do holokaustu. Z kolei art. 119 k.k. penalizuje stosowanie przemocy lub groźby bezprawnej z powodu przynależności narodowej, etnicznej, rasowej, politycznej, wyznaniowej lub z powodu bezwyznaniowości, a także publiczne nawoływanie do tego. Określone w tym przepisie czyny zabronione są także powiązane z przestępstwem z art. 256 § 1 k.k. Wynikają one z nienawiści, a nawoływanie do niej ułatwia ich popełnienie, gdyż osoba, której wpojono silne negatywne uczucia wobec danej grupy, znacznie łatwiej da się przekonać do popełniania takich przestępstw. Nawoływanie do nienawiści może więc być swego rodzaju przygotowaniem do podjęcia lub nakłaniania innych do podjęcia konkretnych działań przestępczych, wymierzonych w przedstawicieli pewnej grupy, począwszy od ich znieważania, a skończywszy – w skrajnych przypadkach – na dążeniu do ich eksterminacji⁴³.

Omówiona grupa przepisów służy realizacji podobnych celów, powinny więc one być spójne. Tymczasem znamiona poszczególnych przestępstw określone są w nich inaczej. W przypadku art. 256 § 1 k.k. jest to nawoływanie do nienawiści na tle różnic „narodowościowych, etnicznych, rasowych, wyznaniowych albo ze względu na bezwyznaniowość”, art. 257 k.k. posługuje się analogicznymi określeniami, art. 118 § 1 i 2 k.k. określa zbrodnie na grupie „narodowej, etnicznej, rasowej, politycznej, wyznaniowej lub grupie o określonym światopoglądzie”, zaś art. 119 k.k. penalizuje stosowanie przemocy lub groźby bezprawnej z powodu przynależności „narodowej, etnicznej, rasowej, politycznej, wyznaniowej lub z powodu jej bezwyznaniowości”. Występują tu niespójności, które trudno wyjaśnić. Uzasadnione jest pytanie, dlaczego ustawodawca nie przewiduje karalności nawoływania do nienawiści oraz znieważania lub naruszenia nietykalności z powodu przynależności politycznej. Dlaczego grupa o określonym światopoglądzie jest chroniona jedynie przez art. 118 § 1 i 2 k.k., a przez pozostałe wymienione przepisy już nie? Dlaczego w tym samym artykule wymienia się grupę wyznaniową, ale już nie grupę wyróżnioną ze względu na bezwyznaniowość? Niewątpliwie należy ujednoclić znamiona tych przestępstw, aby we wszystkich przepi-

42 A. Marek, *op. cit.*, s. 648.

43 Ponadto należy zauważyć, że możliwe jest wystąpienie zbiegu niektórych z tych przepisów, gdyż czyn polegający na nawoływaniu do nienawiści może niekiedy jednocześnie wypełniać znamiona przestępstwa stosowania groźby bezprawnej z powodu przynależności do określonej grupy (art. 119 k.k.) czy też znieważenia z tego powodu (art. 257 k.k.).

sach jednakowo określone były kryteria wyróżniające osobę lub grupę, przeciw której skierowane są czyny zabronione. Tak więc we wszystkich należałoby wymienić: narodowość, przynależność do grupy etnicznej, rasę, wyznanie albo bezwyznaniowość, światopogląd oraz poglądy polityczne i przynależność do grupy politycznej (np. określonej partii). Należałoby też rozważyć ewentualne rozszerzenie tego katalogu o przynależność klasową oraz orientację seksualną, które to kryteria w obowiązującym stanie prawnym nie występują w żadnym z wymienionych przepisów. Trybunał Konstytucyjny, badając zgodność art. 256 k.k. z Konstytucją⁴⁴, zwrócił uwagę na to, że art. 256 § 1 k.k. penalizuje nawoływanie do nienawiści na tle różnic narodowościowych, rasowych i etnicznych, które jest typowe dla skrajnej prawicy, a pomija nienawiść na tle różnic klasowych, do której wzywa skrajna lewica, głosząca np., że ma na celu „wychowanie nowych komunistów, przynajmniej tak twardych wobec kapitalistycznych pijawek, jak towarzysz Dzierżyński”⁴⁵. Za wprowadzeniem kryterium orientacji seksualnej przemawiają częste przypadki agresji wobec homoseksualistów ze strony grup skrajnie prawicowych⁴⁶.

Przestępstwa związane z przedmiotami służącymi propagowaniu totalitaryzmu i nawoływaniu do nienawiści

Art. 256 k.k. w pierwotnym brzmieniu, w chwili wejścia w życie kodeksu, zawierał jedynie przepis obecnie stanowiący § 1. Trzy następne paragrafy zostały dodane Ustawą z 5 listopada 2009 roku⁴⁷. W znowelizowanej wersji przepisu, w § 2 wprowadzono nowy, niewystępujący wcześniej typ czynu zabronionego – produkowanie, utrwalanie, sprowadzanie, nabywanie, przechowywanie, posiadanie, prezentowanie, przewożenie lub przesyłanie druku, nagrania lub innego przedmiotu zawierającego treść określoną w § 1 albo będącego nośnikiem symboliki faszystowskiej, komunistycznej lub innej totalitarnej w celu rozpowszechnienia. W części obejmującej wyrazy: „albo będące nośnikiem symboliki faszystowskiej, komunistycznej lub innej totalitarnej” nowy przepis został uznany za niekonstytucyjny⁴⁸.

44 Wyrok K 11/10.

45 Temat *Organizacja Młodzieżowa LBC im. Feliksa Dzierżyńskiego* na „Forum koła OM LBC im. FED w Bydgoszczy”, <<http://www.1917lbc.fora.pl/om-lbc,15/organizacja-mlodziezowa-lbc-im-feliksa-dzierzynskiego,13.html>>.

46 K. np. *Poznań w obronie tradycyjnych wartości rodzinnych*, <<http://www.nop.org.pl/2011/11/20/poznan-w-obronie-tradycyjnych-wartosci-rodzinnych/>> – „(...) co bardziej krzepcy Poznaniacy, podjęli próby fizycznego zablokowania parady sodomitów. Na pederastów, jak na normalne miasto przystało, polecały również kamienie. Tym samym Poznań po raz kolejny pokazał, że miejsca na promowanie zbroczeń nie ma i nie będzie.”

47 Dz.U. z 2009 r. nr 206, poz. 1589.

48 Wyrok K 11/10.

Omówione przestępstwo ma charakter wieloodmianowy, może polegać aż na dzie-
więciu różnych czynnościach sprawczych, w kazuistyczny sposób wymienionych w art.
256 § 2 k.k. (konstrukcja tego przepisu jest bardzo podobna do art. 202 § 3 k.k., doty-
czącego zakazanych treści pornograficznych). „Produkowanie” obejmuje czynności tech-
niczne i organizacyjne zmierzające do wytworzenia czegoś, w tym wypadku przedmiotu
zawierającego określoną treść⁴⁹. „Utrwalanie” polega na rejestrowaniu treści (dźwięków,
obrazów) na nośniku materialnym⁵⁰. „Sprowadzanie” dotyczy nie tylko importu z za-
graniczy, ale i z innego miejsca na terenie kraju⁵¹. „Nabywanie” rozumieć należy jako
uzyskanie władztwa nad przedmiotem, zarówno odpłatne, jak i nieodpłatne⁵². „Przecho-
wywanie” nie musi trwać dłuższy czas ani nie musi się wiązać z trzymaniem przedmiotu
w ukryciu⁵³. Jako „posiadanie” kwalifikuje się każde faktyczne władanie przedmiotem⁵⁴.
„Prezentowanie” polega na pokazywaniu, wystawianiu na widok, demonstrowaniu cze-
goś⁵⁵. „Przewożeniem” jest przemieszczanie przedmiotu z jednego miejsca na drugie
przy wykorzystaniu środków transportu, a „przesyłaniem” – dostarczenie, przekazanie,
wykspediowanie go np. przy pomocy poczty czy kuriera⁵⁶. Co zastanawiające, prze-
pis nie wymienia zbywania, a przecież sprzedaż takich przedmiotów jest jedną z pod-
stawowych form ich rozpowszechniania. Dodatkowo, uzyskane z niej fundusze mogą
służyć np. do finansowania dalszej działalności propagującej totalitaryzm czy szerzącej
nienawiść. To, że wśród czynności sprawczych zabrakło zbywania, uznać należy za lukę
prawną i błąd ustawodawcy.

Odpowiedzialność karną ponosi każdy uczestnik wymienionych czynności, np. autor
książki, wydawca czasopisma, reżyser filmu, posiadacz określonych w przepisie przed-
miotów, osoba przechowująca te przedmioty, przedsiębiorca prowadzący działalność po-
legającą na produkcji lub sprowadzaniu tych przedmiotów. Opisane przestępstwo może
być popełnione wyłącznie przez działanie – podjęcie jednej albo kilku z wymienionych
czynności sprawczych.

Użyte znamiona czasownikowe same w sobie nie budzą większych wątpliwości, ale
przepis komplikują sformułowania „w celu rozpowszechnienia” i „treść określona w § 1”.
Niezależnie od tego, na której z wymienionych czynności polega przestępstwo, należy
wykazać, że sprawca miał na celu rozpowszechnienie określonych w przepisie przedmio-
tów. Jednocześnie przedmioty te muszą zawierać treść określoną w § 1, czyli propagującą
totalitarny ustroj państwa lub nawołującą do nienawiści na tle różnic narodowościowych,

49 M. Mozgawa, *op. cit.*, s. 525; *Słownik...*, t. 2, s. 928.

50 M. Mozgawa, *op. cit.*, s. 421–422; *Słownik...*, t. 3, s. 633.

51 M. Mozgawa, *op. cit.*, s. 422.

52 *Ibidem*, s. 525.

53 *Ibidem*, s. 422.

54 *Loc. cit.*

55 M. Mozgawa, *op. cit.*, s. 420–421; *Słownik...*, t. 2, s. 922.

56 M. Mozgawa, *op. cit.*, s. 525; *Słownik...*, t. 2, s. 1005.

etnicznych, rasowych, wyznaniowych albo ze względu na bezwyznaniowość. Problemy wiążące się z interpretacją pojęć „propagowania totalitarnego ustroju państwa” oraz „nawoływania do nienawiści” i stosowania ich do konkretnych stanów faktycznych, wskazane już w oparciu o analizę art. 256 § 1 k.k., w pełni odnoszą się także do § 2.

Określenie „w celu rozpowszechnienia” wskazuje na zamiar kierunkowy sprawcy, który musi dążyć do osiągnięcia takiego celu, a więc przestępstwo to może być popełnione jedynie umyślnie, w zamiarze bezpośrednim. Nie jest jednak konieczne wystąpienie u sprawcy zamiaru propagowania totalitaryzmu lub nawoływania do nienawiści poprzez rozpowszechnianie przedmiotów zawierających takie treści, a więc nie wprowadzono skomplikowanej konstrukcji, w której zamiar kierunkowy występowałby dwukrotnie. Nie uniknięto jednak innego problemu, a mianowicie krzyżowania się znamion czynów z art. 256 § 1 i § 2 k.k. Wymienione w § 2 czynności dokonywane w celu rozpowszechnienia materiałów zawierających treści propagujące totalitaryzm lub nawołujące do nienawiści często będą zarazem stanowiły taką właśnie propagandę lub nawoływanie, a więc czyn z § 1. Jak wskazano wcześniej, propagowanie i nawoływanie może przybierać różne formy, także takie, które wypełniałyby jednocześnie znamiona przestępstwa z art. 256 § 2 – np. publiczne prezentowanie nazistowskich czy komunistycznych symboli, wysyłanie ulotek propagujących totalitarny ustrój, publiczne wyświetlanie filmów propagandowych. Znamieniem przestępstwa nie jest wystąpienie skutku w postaci faktycznego rozpowszechnienia przedmiotów zawierających określone treści, istotny jest jedynie cel sprawcy.

Art. 256 § 2 bardzo szeroko określa przedmiot zawierający wskazaną treść – jest to druk (np. książka, gazeta, ulotka), nagranie (np. płyta CD lub DVD, taśma wideo lub magnetofonowa), a także „inny przedmiot”, czyli jakakolwiek rzecz (np. flaga, plakat, odznaka). Znacznie większe problemy sprawiała interpretacja pojęcia „nośnik symboliki faszystowskiej, komunistycznej lub innej totalitarnej”, występującego w części przepisu uznanej za niekonstytucyjną. Nośnikiem treści lub informacji jest przedmiot, na którym można je zapisać i z którego można je potem odczytać⁵⁷. Bardzo trudno sprecyzować, czym jest „symbolika totalitarna”. Nie da się wyczerpująco wymienić wszystkich symboli o takim charakterze. Poza tymi, które jednoznacznie kojarzą się z tego typu ustrojami (np. swastyka lub sierp i młot) są też takie, które, w zależności od kontekstu ich wystąpienia, mogą mieć różne znaczenie, niekoniecznie związane z totalitaryzmem (np. czerwona gwiazda). O tym, jak kontrowersyjne jest ustalenie charakteru pewnych znaków, świadczyć może choćby wspomniana sprawa rejestracji symboli przez NOP. W dotyczącej ich ekspertyzie⁵⁸ stwierdzono np., że „nie sposób jednoznacznie wykazać”, czy *fascas* są odwołaniem do tradycji faszystowskich Włoch, czy też starożytnego Rzymu. Na

57 M. Mozgawa, *op. cit.*, s. 526.

58 Ekspertyza sądowa dotycząca znaków NOP, <<http://www.nop.org.pl/wp-content/uploads/2011/11/ekspertyza-sadowa-dot-znakow-NOP.pdf?6949c1>>.

trudności wiążące się ze stosowaniem tego przepisu wskazywał M. Mozgawa⁵⁹, podając przykład często występujących przedmiotów z wizerunkiem Che Guevary, który wg art. 256 § 2 k.k. uznać można za symbol totalitarny – w rzeczywistości posługujące się nim osoby często wcale nie wiedzą, kim była ta postać i z jaką ideologią była związana. Wizerunek Che Guevary zatracił już wydźwięk symbolu państwa totalitarnego.

W przeciwieństwie do przestępstw z art. 256 § 1 k.k., znamieniem czynów określonych w § 2 nie jest publiczne działanie sprawcy. W przypadku większości wskazanych w tym przepisie czynności sprawczych jest to oczywiste, gdyż są to czynności, których co do zasady nie realizuje się publicznie (np. produkowanie, utrwalanie). Inaczej jest z „prezentowaniem”. O ile w pełni zrozumiałe jest dążenie do penalizacji publicznego prezentowania np. filmów propagujących totalitaryzm, o tyle identyczne traktowanie niepublicznego prezentowania (a więc np. w małym gronie, na zamkniętym spotkaniu) jest już zbyt dużą ingerencją w wolność wyrażania poglądów.

Zakres kryminalizacji omawianego przepisu ogranicza art. 256 § 3 k.k., który wyłącza odpowiedzialność karną, stanowiąc, że sprawca czynu określonego w § 2 nie popełnia przestępstwa, jeśli dopuścił się go w ramach działalności artystycznej (a więc np. używając symboli nazistowskich w scenografii do przedstawienia teatralnego), edukacyjnej (np. wystawiając symbole komunistyczne na ekspozycji w muzeum), kolekcjonerskiej (np. wykonując kopie plakatów propagandowych dla kolekcjonerów) lub naukowej (np. rozkładając na konferencji naukowej poświęconej rasizmowi nawołujące do nienawiści pisma, które mają być przedmiotem dyskusji). Wprowadzenie takich wyłączeń było niezbędne, gdyż czynności wypełniające znamiona występkę z art. 256 § 2 k.k. podejmowane są także w celach innych niż propagowanie totalitaryzmu czy nawoływanie do nienawiści, co często ma miejsce właśnie we wskazanych dziedzinach. W przepisie zastosowano enumeratywne wyczerpanie kontratyfów, które jednak jest nieco zbyt wąskie – brakuje tu wyłączenia odpowiedzialności, jeśli czyn miał na celu skrytykowanie prezentowanych treści. Przykładowo, publikacje o charakterze antytotalitarnym mogą mieć formę tekstów, które, interpretowane dosłownie, propagują ustrój totalitarny, ale ze względu na kontekst służą w rzeczywistości jego potępieniu czy ośmieszeniu.

Ustawa nowelizująca dodała do art. 256 k.k. także § 4, który przewiduje szczególne zasady stosowania środka karnego w postaci przepadku przedmiotów służących lub przeznaczonych do popełnienia przestępstwa. W razie skazania za występki z art. 256 § 2 k.k., orzeczenie przepadku określonych w tym przepisie przedmiotów jest obligatoryjne i następuje także wtedy, gdy nie były one własnością sprawcy. Jest to dobre rozwiązanie, ułatwiające eliminację z obrotu przedmiotów zawierających zakazane treści.

Wprowadzenie do art. 256 k.k. czynów niebędących dotąd przestępstwami wzbudziło liczne kontrowersje ze względu na ingerencję w wolność wyrażania poglądów. W 2010

⁵⁹ M. Mozgawa, *op. cit.*, s. 526

roku grupa posłów wniosła o stwierdzenie niezgodności § 2 i 3 tego przepisu z Konstytucją, powołując się m.in. na zasadę wolności wyrażania poglądów, proporcjonalności ograniczeń korzystania z wolności oraz wymóg określoności przepisów prawa karnego. Trybunał Konstytucyjny stwierdził⁶⁰, że mankamenty § 2, takie jak odesłanie do § 1, utrudniające zrekonstruowanie normy czy też pokrywanie się zakresu kryminalizacji z § 1, nie przesądzają o nieokreśloności przepisu. Zasadę tę narusza jednak, w opinii Trybunału, określenie „nośnik symboliki totalitarnej”. Podzielono przedstawione wcześniej wątpliwości co do tego, które konkretnie symbole należy uznać za totalitarne oraz obawy, co do problemów praktycznych, jakie może powodować ten przepis. Stwierdzono niezgodność z Konstytucją art. 256 § 2 k.k. w części obejmującej wyrazy: „albo będące nośnikiem symboliki faszystowskiej, komunistycznej lub innej totalitarnej”. Uzasadniono to nieprecyzyznością sformułowań, powodującą niepewność sytuacji prawnej osób z różnych względów posługujących się symbolami, które mogą być uznane za totalitarne. Za zbędne uznano już orzekanie o ewentualnej nieproporcjonalności ingerencji w wolność słowa. Trybunał rozważył też kwestię zgodności z Konstytucją § 3, wyłączającego odpowiedzialność karną. Stwierdzono, że kontratyf nie usuwa nieokreśloności § 2 (m.in. przez zbyt wąskie określenie wyłączeń, o czym była już wcześniej mowa), nie powoduje to jednak, że jemu samemu można zarzucić nieokreśloność, gdyż przyczyną problemu jest konstrukcja § 2. Tym samym § 3 nie został uznany za niezgodny z ustawą zasadniczą.

Art. 256 k.k., wraz z regulacjami Konstytucji, odgrywa ważną rolę, przeciwdziałając wprowadzeniu ustroju totalitarnego i dążąc do zapewnienia pokojowego współżycia w obrębie społeczeństwa różnych grup etnicznych, rasowych, religijnych itp. Stanowi on też wypełnienie międzynarodowych zobowiązań dotyczących równego traktowania i zwalczania przejawów dyskryminacji⁶¹. Przepis ten ogranicza swobodę wyrażania poglądów, jedną z podstawowych wolności obywatelskich, dlatego też powinien być precyzyjny i jasno określać zakres kryminalizacji. Tymczasem występują w nim pojęcia, których interpretacja sprawia poważne problemy, a wyrok Trybunału Konstytucyjnego rozwiązał tylko jeden z nich. Art. 256 k.k. wymaga zmian w wielu przedstawionych tu aspektach, aby – w rezultacie – uczynić go jednoznacznym oraz skuteczniejszym.

SUMMARY

Propagating totalitarianism and inciting to hatred under article 256 of the Penal Code

The paper deals with the provision of Article 256 of the Polish Penal Code. The author discusses the offences of public propagation of totalitarian forms of government, and offence of inciting to hatred on national, ethnic, racial or religious grounds and offences connected with objects with such content. The author pays particular attention to the

⁶⁰ Wyrok K 11/10.

⁶¹ M. Flemming, W. Kutzmann, *op. cit.*, s. 62.

controversial and unclear wording used in the above regulation and identifies possible amendments that could make the article more precise and effective.

KEYWORDS: criminal law, crimes against public order, crime of propagation of totalitarian forms of government, crime of inciting to hatred on national, ethnic, racial or religious grounds, regulations combating totalitarianism, regulations combating intolerance, racism and xenophobia

MICHAŁ BIAŁKOWSKI

Zmiany w Ustawie o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta

Kilka uwag o mechanizmie uzyskiwania odszkodowania lub zadośćuczynienia w postępowaniu przed wojewódzkimi komisjami do spraw orzekania o zdarzeniach medycznych

Ustawą z dnia 28 kwietnia 2011 roku o zmianie Ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta oraz Ustawy o ubezpieczeniach obowiązkowych, Ubezpieczeniowym Funduszu Gwarancyjnym i Polskim Biurze Ubezpieczycieli Komunikacyjnych zostały wprowadzone przepisy dotyczące trybu i zasad ustalania odszkodowania i zadośćuczynienia w przypadku zdarzeń medycznych. Nowe przepisy są odpowiedzią na rosnącą ilość tzw. procesów lekarskich i potrzebę ułatwienia pacjentom albo, w przypadku ich śmierci, spadkobiercom dochodzenia roszczeń za szkody powstałe w związku z szeroko pojętym procesem leczniczym.

Celem ustawodawcy było stworzenie swoistego *sui generis* postępowania mediacyjnego. O takim charakterze i celu nowelizacji świadczyć może fakt zrzeczenia się, w przypadku przyjęcia propozycji zakładu ubezpieczeń, przez pacjenta lub jego spadkobiercę wszelkich roszczeń o odszkodowanie lub zadośćuczynienie, co uniemożliwia późniejsze dochodzenie roszczeń przed sądem powszechnym. U podstaw kształtowanego systemu bez wątpienia – co wynika z Uzasadnienia projektu ustawy¹ – stała chęć poprawy sytuacji pacjentów albo ich spadkobierców, dochodzących w tzw. procesach lekarskich zadośćuczynienia lub odszkodowania. W przywołanym dokumencie wyczytać można m.in., że średni okres dochodzenia roszczeń w takich procesach sądowych, przy założeniu dwuinstancyjnego postępowania oraz nieprzekazania sprawy do ponownego rozpatrzenia ani niewniesienia skargi kasacyjnej, trwa średnio 4 lata. Gdy natomiast postępowanie dotyczy błędu medycznego, czas ten wydłuża się nawet do 10 lat. Inną, oprócz czasowej, przeszkodą w dochodzeniu swoich roszczeń była wysokość opłaty od pozwu, stanowiąca 5% wartości przedmiotu sporu (art. 13 ust. 1 Ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych). Jej

¹ Projekt ustawy o zmianie ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta oraz niektórych innych ustaw, <http://www.mz.gov.pl/wwwfiles/ma_struktura/docs/rzecznik_praw_11102010.pdf>.

górną granicą określoną jest na 100 000 zł. Dochodząc więc np. zadośćuczynienia w wysokości 300 000 zł, powód powinien wnieść opłatę od pozwu w wysokości 15 000 zł, co niejednokrotnie stanowi wartość nieosiągalną dla powoda. W połączeniu z bardzo długim okresem oczekiwania na prawomocne orzeczenie sądu zniechęca to do dochodzenia swoich praw. Wprowadzenie do Ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta (dalej: ustawa) możliwości dochodzenia roszczeń w alternatywnym postępowaniu przed wojewódzkimi komisjami ds. orzekania o zdarzeniach medycznych, które inicjowane jest złożeniem wniosku, od którego stała opłata wynosi 200 zł, stanowi na pewno krok naprzód (art. 67d ust. 3 ustawy). Zachętą do obrania tej drogi dochodzenia swoich praw jest także określony ustawowo czas trwania postępowania. Orzeczenie o zdarzeniu medycznym lub jego braku powinno być wydane w przeciągu 4 miesięcy od dnia złożenia wniosku (art. 67j ust. 2 ustawy). W świetle powołanego uzasadnienia do zmiany ustawy oraz przepisów obowiązujących od 1 stycznia 2012 roku, widoczne jest, jaki był cel ustawodawcy. Otwarte pozostaje pytanie, czy został on zrealizowany w najlepszy możliwy sposób.

By zrozumieć myśl stojącą za wprowadzoną zmianą, niezbędne jest zdefiniowanie pojęcia zdarzenia medycznego, którego wystąpienie stanowi warunek *sine qua non* dla wszczęcia postępowania przed powołanymi przez zmiany w przepisach komisjami. Ustawodawca w sposób wyczerpujący i bardzo jednoznaczny określił pole znaczeniowe tego pojęcia, umieszczając jego definicję w art. 67a ustawy. Wg tego przepisu, zdarzeniem medycznym są: zakażenia pacjenta biologicznym czynnikiem chorobotwórczym, uszkodzenia ciała lub rozstrój zdrowia pacjenta albo śmierć pacjenta, które są następstwem niezgodnych z aktualną wiedzą medyczną:

- 1) diagnozy, jeżeli spowodowała ona niewłaściwe leczenie albo opóźniła właściwe leczenie, przyczyniając się do rozwoju choroby,
- 2) leczenia, w tym wykonania zabiegu operacyjnego,
- 3) zastosowania produktu leczniczego lub wyrobu medycznego.

Można więc śmiało pokusić się o stwierdzenie, że celem ustawodawcy było objęcie zakresem zastosowania wprowadzonymi do ustawy przepisami wszelkich sytuacji, które powodować będą mogły szkodę pacjenta. Niestety definicja zdarzenia medycznego ogranicza w ust. 2 zakres jego występowania jedynie do szpitali, w rozumieniu przepisów ustawy o działalności leczniczej.

W pewnym sensie przewidziane rozwiązania mają charakter powszechny, jako że odnoszą się do wszelkich szkód (tak majątkowych, jak i niemajątkowych, por. art. 67i ust. 1 ustawy) wyrządzonych pacjentom, jednak – jak wspomniałem powyżej – wątpliwości rodzi fakt ograniczenia zakresu świadczeniodawców podlegających tejże regulacji tylko do podmiotów leczniczych prowadzących szpitale. Wszak dla pacjenta nie ma znaczenia, gdzie szkoda zostanie wyrządzona, jego celem jest sprawne otrzymanie jej pełnej kompensacji. Rozwiązanie takie ogranicza możliwość korzystania ze środków przewidzianych w przepisach przedmiotowej ustawy. Pacjent, który korzystał

z usług lekarza na podstawie umowy zawartej między stronami w ramach działalności wykonywanej w prywatnym gabinecie lekarskim czy też w prywatnym laboratorium diagnostycznym, nie będzie mógł wykorzystać przewidzianej w ustawie drogi dochodzenia swoich roszczeń. Wybór takiej metody legislacyjnej został uzasadniony przez projektodawcę tym, że to w szpitalach przeprowadza się większość skomplikowanych zabiegów niosących za sobą ryzyko wystąpienia zdarzenia medycznego. Owszem, projektodawcy można przyznać rację, ale na pewno nie w całej rozciągłości. Przecież każdy, nawet najdrobniejszy błąd prowadzić może do sytuacji, która znajduje się w obrębie pola znaczeniowego nadanego przez ustawę pojęciu zdarzenia medycznego i prowadzić może do wyrządzenia pacjentowi szkody. Stopień komplikacji zabiegu zwiększa jedynie prawdopodobieństwo wystąpienia błędu lekarskiego, jednak nawet najprostsza ingerencja w ciało pacjenta niesie za sobą ryzyko np. jego uszkodzenia lub wywołania rozstroju zdrowia. Być może nie jest to jedyny powód, dla którego m.in. lekarze prowadzący prywatne gabinety nie zostali objęci normowaniem przedmiotowej nowelizacji. W mojej ocenie ustawodawca nie chciał nakładać na sektor drobnych prywatnych usług medycznych obowiązku zawierania umów obowiązkowego ubezpieczenia, o którym mowa w dalszej części artykułu. Przeciwnie rozwiązanie doprowadziłoby do znaczącego zwiększenia kosztów prowadzenia prywatnych gabinetów lekarskich, czemu być może ustawodawca pragnął zapobiec.

Jak piszą Eugeniusz Kowalewski, Marcin Śliwka i Monika Wałachowska w artykule *Kompensacja szkód wynikłych z „błędów medycznych”. Ocena projektowanych rozwiązań prawnych*² oraz Małgorzata Serwach w artykule *Charakter i zakres odpowiedzialności za zdarzenia medyczne*³, zaprojektowany przez ustawodawcę system przewiduje wprowadzenie szczególnej postaci ubezpieczenia bez winy (*No Fault Patient Insurance*, dalej: NFPI⁴), znanego m.in. skandynawskiemu systemowi prawnemu, w którym samo ustalenie, czy zdarzenie powodujące szkodę lub krzywdę jest zdarzeniem medycznym, powodować będzie wypłatę kwoty odszkodowania lub zadośćuczynienia w oznaczonych granicach. Co więcej, art. 17 ust. 1 pkt. 4 lit. b) Ustawy z 15 kwietnia 2011 roku o działalności leczniczej przewiduje, że podmiot leczniczy prowadzący szpital przed rozpoczęciem wykonywania działalności leczniczej powinien zawrzeć umowę ubezpieczenia na rzecz pacjentów z tytułu zdarzeń medycznych określonych w przepisach o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. Przywołana ustawa ustanawia zatem nowy typ ubezpieczenia obowiązkowego, które leży u podstaw ukształtowanego sys-

2 E. Kowalewski, M. Śliwka, M. Wałachowska, *Kompensacja szkód wynikłych z „błędów medycznych”. Ocena projektowanych rozwiązań prawnych*, „Prawo i Medycyna” 2010 nr 4.

3 M. Serwach, *Charakter i zakres odpowiedzialności za zdarzenia medyczne*, „Prawo Asekuracyjne” 2011 nr 3.

4 Cf. E. Kowalewski, *Obowiązkowe ubezpieczenie pacjentów od następstw zdarzeń medycznych*, „Wiadomości Ubezpieczeniowe” 2011 nr 1; co do istoty tego modelu ubezpieczeniowego cf. M. Nesterowicz, *Prawo Medyczne*, wyd. 9, Toruń 2010.

temu i zabezpiecza możliwość wypłaty zadośćuczynienia lub odszkodowania na rzecz pacjenta.

Moim zdaniem, system zaproponowany przez ustawodawcę posiada wiele mankamentów. Najważniejszym spośród nich jest stosunek postępowania przed wojewódzkimi komisjami do spraw orzekania o zdarzeniach medycznych do postępowania cywilnego i brak możliwości dochodzenia różnicy pomiędzy kwotą uzyskaną w tym postępowaniu a oczekiwaną przez poszkodowanego (pokrzywdzonego). Art. 67 i ust. 1 ustawy przewiduje, że celem postępowania przed komisją jest ustalenie, czy zdarzenie, którego następstwem była szkoda majątkowa lub niemajątkowa, stanowi zdarzenie medyczne, o czym komisja orzeka w terminie 4 miesięcy od dnia złożenia wniosku. W zakresie przewidzianym przepisami ustawy, ubezpieczyciel jest związany tym orzeczeniem i zobowiązany, aby przedstawić podmiotowi składającemu wniosek propozycję odszkodowania i zadośćuczynienia w wysokości maksymalnie przewidzianej w ustawie. Jest to – jak wspomniałem – jedynie propozycja, więc to od decyzji podmiotu składającego wniosek zależy jej przyjęcie lub odrzucenie (termin wynosi 7 dni). Na częściową krytykę zasługuje sformułowanie art. 67k ust. 6, stanowiące, że wraz z przyjęciem propozycji ubezpieczyciela, musi zostać złożone oświadczenie o zrzeczeniu się wszelkich roszczeń o odszkodowanie lub zadośćuczynienie z tego konkretnego zdarzenia medycznego w zakresie szkód, które ujawniły do dnia złożenia wniosku. Zastrzeżenie ograniczenia zrzeczenia się przez wnioskodawcę roszczeń tylko co do szkód ujawnionych do dnia złożenia wniosku należy uznać za dobre rozwiązanie, jednak wyłączenie możliwości dochodzenia kompensacji szkody w pełnej wysokości w postępowaniu przed sądem powszechnym rodzi musi uzasadnione wątpliwości. Po pierwsze dlatego, że ubezpieczyciel ograniczony jest w swojej propozycji do kwoty, której zakres w przepisach ustawy został określony – w mojej ocenie – dość nisko. Po drugie, ubezpieczyciel może dążyć do przeciągnięcia postępowania i w związku z tym zaproponować kwotę nieadekwatną, na którą, jak wie, podmiot składający wniosek się nie zgodzi. W związku z tym sprawa wkroczy na drogę postępowania cywilnego, co przedłuży czas dochodzenia odszkodowania (zadośćuczynienia) o okres bezcelowego w danym wypadku postępowania przed komisją. Co więcej, można sobie z łatwością wyobrazić sytuację, w której wnioskodawca przyjmuje zaniżoną kwotę zaproponowaną przez ubezpieczyciela, uznając, że nie stać go na długotrwały proces sądowy. W takim wypadku sytuacja ubezpieczyciela jest jeszcze dogodniejsza, gdyż pacjent albo jego spadkobierca zrzekają się roszczeń, a ubezpieczyciel nie musi ponosić kosztów postępowania sądowego. Świadczenie, które jest zobowiązany wypłacić, jest za to potencjalnie niższe od tego, które otrzymałby wnioskodawca po przeprowadzeniu postępowania sądowego. Lepszym rozwiązaniem byłoby takie ukształtowanie postępowania, gdzie kwota wypłacona przez ubezpieczyciela w przedmiotowym postępowaniu byłaby pewną sumą, którą otrzymuje w miarę szybko osoba poszkodowana (pokrzywdzona), która w przypadku braku pełnej kompensacji (lub braku uzyskania satysfakcji

nującej kwoty) dochodzić może różnicy w postępowaniu cywilnym na zasadach ogólnych. Błędem jest także nieokreślenie, jakimi dokładnie przesłankami winien kierować się ubezpieczyciel przy określaniu proponowanej kwoty.

Uzasadnienie projektu wspomina o kontrowersjach związanych z rozłączną możliwością stosowania drogi sądowej albo postępowania przed wojewódzkimi komisjami. Regulacja ta skrytykowana została na poziomie konsultacji społecznych. Uwaga ta nie została jednak przyjęta, bowiem na gruncie projektowanej ustawy podmiot składający wniosek (pacjent, jego przedstawiciel ustawowy lub spadkobierca pacjenta) podejmuje decyzję, czy decyduje się przyjąć zaproponowaną mu przez zakład ubezpieczeń propozycję odszkodowania albo zadośćuczynienia, czy też skieruje powództwo do sądu cywilnego. W postępowaniu przed wojewódzką komisją podmiot składający wniosek do końca rozporządza swoim prawem. Jednocześnie w myśl projektowanej ustawy, wraz z oświadczeniem o przyjęciu ww. propozycji, podmiot wnioskujący składa oświadczenie o zrzeczeniu się wszelkich roszczeń o odszkodowanie albo zadośćuczynienie za doznaną krzywdę, mogących wynikać ze zdarzeń uznanych przez wojewódzką komisję za błąd medyczny. Takie stanowisko projektodawcy – w mojej ocenie, co już podkreślałem wcześniej – nie zasługuje na aprobatę.

Kolejne wątpliwości, powstające na gruncie przedmiotowych przepisów, należy odnieść do zakresu kwot, w jakich ubezpieczyciel może zaproponować kompensację szkody. Maksymalna kwota pieniężna (jaką można otrzymać w postępowaniu tytułem zadośćuczynienia i odszkodowania), którą może zaproponować ubezpieczyciel, została określona w art. 67k ust. 7. Wynosi ona w 12-miesięcznym okresie ubezpieczenia, w odniesieniu do wszystkich zdarzeń medycznych objętych ochroną ubezpieczeniową, 1 200 000 zł, z tym, że w przypadku zakażenia, uszkodzenia ciała lub rozstroju zdrowia pacjenta kwota została ograniczona w górnym zakresie do 100 000 zł, a w przypadku śmierci wynosi ona 300 000 zł. W obu tych sytuacjach jest to kwota określona dla jednego pacjenta. Po pierwsze, należy zwrócić uwagę, że sądy przyznawały już dużo wyższe świadczenia niż 100 000 zł wraz z dożywotnią rentą. Można wskazać np. wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach (prawomocny) z dnia 12 grudnia 2003 roku (911/01/5)⁵, w którym sąd orzekł na rzecz pacjenta, któremu dokonano zbędnej oczywiście operacji usunięcia odcinka jelita grubego wraz z odbytnicą, kwotę 300 000 zł zadośćuczynienia oraz 700 zł dożywotniej renty. Również Sąd Apelacyjny w Szczecinie przyznał w sumie 1 500 000 zł (wraz z odsetkami)⁶ na rzecz żołnierza, który zakaził się sepsą i stracił obie nogi. Dlatego też uważam, że maksymalne kwoty powinny zostać podniesione. Ewentualnie należałoby zmienić cel regulacji, którym obecnie jest tanie i dość sprawne uzyskanie rozsądnej kwoty bez wchodzenia na drogę postępowania sądowego. Należy odnieść się z dezapro-

5 Opubl. z głosem M. Nesterowicza, „Prawo i Medycyna” 2005 nr 2.

6 1,5 mln zł dla żołnierza chorego na sepsę, „Dziennik Gazeta Prawna” 2011, <http://www.gazeta-prawna.pl/wiadomosci/artykuly/567096,1_5_mln_zl_dla_zolnierza_chorego_na_sepse.html>.

batą do rezygnacji ustawodawcy z możliwości dochodzenia w postępowaniu przed wojewódzkimi komisjami renty. Sformułowanie, które wcześniej zostało zaproponowane przez projektodawcę, rodziło według niektórych⁷ groźbę dowolnego wybierania przez ubezpieczycieli renty zamiast jednorazowej kwoty odszkodowania. Uważam ten pogląd za błędny – w poprzedniej wersji projektu nowelizacji ustawy, w art. 71h ust. 1 zakład ubezpieczeń przedstawiał propozycję wysokości odszkodowania lub renty. Wg przyjętych metod wykładni tekstów prawnych, spójnik ‘lub’ pełni rolę alternatywy nierozłącznej⁸. Alternatywa nierozłączna to zdanie złożone, zbudowane z dwóch zdań składowych, które wyklucza jednoczesną fałszywość jego zdań składowych, a dopuszcza ich jednoczesną prawdziwość⁹. Oznacza to, że ubezpieczyciel mógł zaproponować jednorazową kwotę odszkodowania i rentę. Mankamentem w przypadku poprzedniej propozycji był jednak brak zapisu o możliwości określenia wysokości żądanej kwoty przez osobę składającą wnioski. Obecna redakcja nowelizacji wprowadziła jako obligatoryjny składnik wniosku określenie propozycji wysokości zadośćuczynienia lub odszkodowania, odjęto więc zakładowi ubezpieczeń możliwość całkowicie dowolnego określenia wysokości wypłacanego świadczenia. W związku z treścią nowelizacji, powinien on wziąć pod uwagę propozycję pacjenta albo jego spadkobiercy. Tak sformułowany przepis, wraz z pozostawieniem możliwości dochodzenia renty obok jednorazowej kwoty zadośćuczynienia lub odszkodowania, stanowiłby w mojej ocenie lepsze rozwiązanie. Podkreślić należy jeszcze jedną pozytywną zmianę względem poprzedniego projektu, mianowicie możliwość dochodzenia zadośćuczynienia w postępowaniu przed wojewódzkimi komisjami. Była ona w poprzedniej wersji wyłączona, co więcej, przyjęcie propozycji odszkodowania lub renty było wówczas równoznaczne ze zrzeczeniem się przez pacjenta lub jego spadkobiercę roszczeń z art. 448 Kodeksu cywilnego (dalej k.c.). Oznacza to, że nie dość, że odmówiono im możliwości dochodzenia zadośćuczynienia z tego przepisu przed komisją wojewódzką, to jeszcze przed sądem powszechnym. Oczywiście, pozostawała druga podstawa prawna dochodzenia zadośćuczynienia, mianowicie z art. 445 k.c., jednak *de facto* ograniczona do przypadków wymienionych w art. 444 § 1 k.c. (uszkodzenie ciała lub rozstrój zdrowia). Pomimo tego, trudno było doszukać się *ratio legis* w poprzednim rozwiązaniu zaproponowanym przez projektodawcę. Wg mojej oceny obie propozycje są niepełne i nie dają możliwości całkowitego wyrównania szkód poniesionych w związku ze zdarzeniem medycznym. Uważam – jak wspomniałem powyżej – że powinna istnieć możliwość przyznania renty obok jednorazowej kwoty zadośćuczynienia (odszkodowania) w przedmiotowym postępowaniu. Niejednokrotnie dopiero przyznanie świadcze-

7 M. Tenenbaum-Kulig, *Mechanizm pozasądowego uzyskiwania odszkodowania lub zadośćuczynienia za błąd medyczny w ujęciu projektu nowelizacji ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta*, „Prawo i Medycyna” 2010 nr 4.

8 S. Wronkowska, *Podstawowe pojęcia prawa i prawoznawstwa*, Poznań 2005, s. 72.

9 *Loc. cit.*

nia okresowego, które ułatwia utrzymanie związane ze zwiększonymi potrzebami, daje poczucie bezpieczeństwa. Rozwiązaniem godnym wzięcia pod uwagę jest konstrukcja quasi-negocjacji, w których renta mogłaby się okazać kartą przetargową po jednej bądź drugiej stronie. Ubezpieczyciel zyskałby na tym o tyle, że nie musiałby wypłacać dużej kwoty jednorazowo, a pacjent zyskałby całkiem pokaźną kwotę oraz zabezpieczenie swoich potrzeb przez długi okres. W przypadku przyjęcia takiej konstrukcji, należałoby obwarować ją terminami na złożenie oferty i następnie odpowiedzi na nią. Na koniec rozważań dotyczących zakresu kwot, które otrzymać może osoba składająca wniosek, chciałbym podkreślić, że w razie wyczerpania wskazanej kwoty albo nie zawarcia umowy ubezpieczenia obowiązkowego, to na szpitalu będzie ciążył obowiązek podania propozycji kwoty, która zostałaby pacjentowi wypłacona i wypłaty jej we własnym zakresie (por. art. 67k ust. 10)¹⁰.

Nie mniejsze wątpliwości rodzą w mojej ocenie ramy czasowe odpowiedzialności szpitala za zdarzenie medyczne. Art. 67c ust. 2 ustawy określa, że wniosek składa się w terminie 1 roku od dnia, w którym podmiot składający wniosek dowiedział się o zaistnieniu zdarzenia medycznego powodującego szkodę, jednakże termin ten nie może być dłuższy niż 3 lata od dnia, w którym nastąpiło zdarzenie. Nie szukając przykładów daleko, w przywołanym powyżej przypadku, w którym orzekł Sąd Okręgowy w Katowicach, pacjent dowiedział się o tym, że zabieg był oczywiście zbędny dopiero po pięciu latach (operacja miała miejsce 13 maja 1996 roku, natomiast 21 maja 2001 roku otrzymał on pismo, z którego wynikało, że zabieg był zbędny). W takim wypadku nie mógłby on dochodzić swoich roszczeń przed wojewódzką komisją. Naturalnie, pozostałaby mu droga postępowania cywilnego przed sądem powszechnym, gdyż przedawnienie roszczeń o naprawienie szkody na osobie, wyrządzonej czynem niedozwolonym, zgodnie z obowiązującym obecnie art. 442¹ § 3 k.c. nie może się skończyć wcześniej niż przed upływem trzech lat od dnia dowiedzenia się o szkodzie i o osobie zobowiązanej do jej naprawienia. Nie ma więc w tym przepisie klauzuli z § 1 powołanego przepisu ani też z wcześniej obowiązującego art. 442 § 1 k.c., określającego ostateczny termin przedawnienia na dziesięć lat od wystąpienia zdarzenia powodującego szkodę. Bardziej uzasadnione byłoby inkorporowanie rozwiązania z Kodeksu cywilnego w odniesieniu do przedawnienia do ustawy. Dłuższy okres przedawnienia jest jak najbardziej uzasadniony – nie dostrzegam żadnego *ratio legis* dla tak krótko ujętych terminów z art. 62c ustawy¹¹.

Odnotować należy jeszcze jeden problem wyrastający z przepisów nowelizowanej ustawy. Art. 67b ust 1 pkt. 2) umożliwia spadkobiercom w przypadku śmierci poszkodowanego dochodzenie roszczeń ze zdarzenia medycznego. Konstrukcja taka obca jest prawu cywilnemu – art. 446 k.c. nie posługuje się takim pojęciem. Zgodzić się należy

10 Cf. M. Serwach, *op.cit.*

11 Cf. E. Kowalewski, M. Śliwka, M. Wałachowska, *op.cit.*

z poglądami wyrażanymi w doktrynie¹², że lepszym rozwiązaniem byłoby zamienienie wyrażenia „spadkobierca” na „najbliższy członek rodziny” (rozumiany szeroko) albo „osoba bliska”. Konsekwencją ukształtowanego w ten sposób przepisu może być to, że gmina ostatniego miejsca zamieszkania spadkodawcy albo sam Skarb Państwa będą wnosili o ustalenie istnienia zdarzenia medycznego (art. 935 k.c.) i o wypłatę określonej sumy pieniężnej. Rozwiązanie takie nie może spotkać się z aprobatą i rodzić będzie uzasadniony sprzeciw społeczny. Przecież Skarb Państwa nie poniósł żadnej szkody na swoim majątku ani tym bardziej nie można mówić tu o krzywdzie Skarbu Państwa w związku z wystąpieniem zdarzenia medycznego, którego efektem była śmierć pacjenta. Taka regulacja jest wg mnie nieodpowiednia i powinna zostać zmieniona w postulowany tu sposób.

pozytywnie należy odnieść się natomiast do wprowadzonej w przyjętej ustawie wobec jej pierwotnego projektu zmiany, dotyczącej sposobu ponoszenia kosztów postępowania. Obecnie, zgodnie z art. 67l ust. 3 pkt. 1, podmiot składający wniosek poniesie koszty postępowania tylko w przypadku, gdy orzeczony zostanie brak zdarzenia medycznego. Poprzednia wersja projektu zakładała w art. 71h ust. 3, że ponieść on musi koszty w przypadku odrzucenia propozycji zakładu ubezpieczeń. Miało to stanowić zaporę dla bezpodstawnego wnoszenia wniosków do wojewódzkich komisji. Stanowiłoby to jednak także zaporę do wnoszenia wniosków w ogóle, gdyż wywierałoby na pacjencie lub jego spadkobiercy presję przyjęcia propozycji i – tym samym – zrzeczenia się reszty roszczeń. W niektórych wypadkach bez wątplenia zapis taki byłby przyczyną przyjęcia nieadekwatnej do poniesionej szkody propozycji ubezpieczyciela.

Zgadzam się z zapatrywaniem większości¹³ przedstawicieli doktryny oraz środowisk walczących o prawa pacjenta, negatywnie oceniających przyjętą nowelizację ustawy. Pomimo obrania dobrego kierunku zmian wydaje się, że ustawodawca zatrzymał się w pół kroku do obranego celu. Pozytywnie mogę ocenić pomysł stworzenia alternatywnej drogi dochodzenia roszczeń wynikających ze zdarzeń medycznych. Budowana instytucja, jak również powołane do życia komisje wojewódzkie mogą stanowić szkielet do dalszych prób zmian w polskim systemie prawnym. Na pewno znikną pewne bariery, które dotychczas uniemożliwiały sprawne dochodzenie swoich praw przed sądami w postępowaniu cywilnym. Wynosząca 200 zł opłata od wniosku zlikwiduje barierę finansową, która istniała i była istotnym problemem w przypadku opłaty od pozwu w procesie cywilnym. Ramy czasowe, w jakie ujęte zostało postępowanie, skrócą termin oczekiwania na rekompensatę doznanych szkód, bez względu na ich charakter. Pozostają

12 *Ibidem*.

13 Opinie A. Sandauer i M. Tenenbaum-Kulig dotyczą poprzedniej wersji projektu ustawy, jednak w wielu kwestiach przyjęty przez ustawodawcę projekt pozostaje zbieżny z poprzednim. Najwięcej, słusznej zresztą, krytyki w poprzednim projekcie ustawy zebrało brzmienie art. 71a ust. 2, który nakładał obowiązek powiązania krzywdy lub szkody pacjenta z winą nieumyślną osoby wykonującej zawód medyczny. Co prawda zostało to z projektu usunięte, inne jednak mankamenty wyliczone w artykule pozostały.

jednak pewne mankamenty, których nie udało się ustawodawcy wyeliminować. Brak możliwości dochodzenia różnicy między kwotą otrzymaną od ubezpieczyciela w postępowaniu przewidzianym przez ustawę a dochodzoną, która zrekompensowałaby szkody, oraz granice kwot oznaczone na dość niskim poziomie wraz z uniemożliwieniem dochodzenia renty w przedmiotowym postępowaniu skutecznie odstrasza wiele osób od skorzystania z tej drogi i wcale – wbrew nadziejom ustawodawcy – nie odciążą sądów w takim stopniu, w jakim powinny. Aby to zrobić, postępowanie powinno być inaczej ułożone. Jego cel musiałby zasadzać się na uzyskaniu od ubezpieczyciela pewnej kwoty, która zaliczałaby się na poczet kwoty dochodzonej później przed sądem powszechnym w przypadku, gdyby pacjent był niezadowolony z jej wysokości, albo na granicach ustawowych, w których mogłoby zostać zaproponowane wyraźnie podwyższone świadczenie ubezpieczyciela, wraz z możliwością dochodzenia renty. Poza tym, postulowałbym (jak wspominałem w treści artykułu) wprowadzenie możliwości negocjowania kwoty między ubezpieczycielem a pacjentem albo jego spadkobiercą, obwarowanej odpowiednimi terminami na odpowiedź. Niestety, pomimo wprowadzenia tych zmian oraz ich celu, efekt będzie najprawdopodobniej taki, że wiele osób, które skorzysta z możliwości, jakie daje im przedmiotowa nowelizacja, nie przyjmie ofert w granicach wyznaczonych przez ubezpieczycieli i w ten sposób tylko przedłuży okres dochodzenia swoich roszczeń, kierując potem sprawy na drogę postępowania sądowego.

SUMMARY

Amendments to the Patients' Rights and Patients' Spokesman Rights Act.

A few remarks on the mechanisms of awarding compensation for damage or injury caused by medical occurrences

The objective of this paper is to present the amendments to the Patients' rights and Patients' Rights Spokesman Act of 28 April 2011. The paper focuses on the drawbacks of the provisions of the Act concerning claims for compensation for damage or injury caused by medical occurrences that are put before regional medical occurrences committees. Despite the undoubtedly right direction of the amended legislation, the purpose of the amendments has not been achieved. The renouncement by applicants of all the claims when accepting the insurers offer concerning the amount of compensation, low sums of the compensation which the patient or his heir may be awarded as well as restricting the places where medical occurrences may happen only to hospitals, narrow the applicability of the amendments and warrants further work on the existing solution.

KEYWORDS: patients' rights and Patients' Rights Spokesman Act, medical occurrences, claim for compensation, medical malpractice, No Fault Patient Insurance.

GRZEGORZ GLANOWSKI

Umowny limit świadczeń zdrowotnych finansowanych ze środków publicznych a bezpodstawne wzbogacenie pacjenta

Świadczenia opieki zdrowotnej, finansowane ze środków publicznych, udzielane są na podstawie umowy zawartej między świadczeniodawcą a wojewódzkim oddziałem Narodowego Funduszu Zdrowia, reprezentowanym przez jego dyrektora. Zgodnie z art. 136 Ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 roku o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych¹, przedmiotowa umowa określa w szczególności rodzaj i zakres udzielanych świadczeń opieki zdrowotnej. W praktyce sprowadza się to do wskazania, jaki rodzaj usług i w jakiej ilości (u danego świadczeniodawcy) znajduje pokrycie finansowe w środkach NFZ. Świadczeniodawca zobowiązuje się zatem do udzielania świadczeniorcom zakontraktowanych usług zdrowotnych, z kolei Fundusz jest zobowiązany do ich sfinansowania. W literaturze przedmiotu podkreśla się, że „charakter świadczenia dłużnika-swiadczeniodawcy ma charakter świadczenia ciągłego polegającego na określonych stałym zachowaniu się dłużnika przez czas trwania stosunku prawnego, którego elementem jest to świadczenie”². Z powyższego wynika, że NFZ jest zobowiązany do sfinansowania jedynie takiej liczby świadczeń, jaka mieści się w limicie określonym umową. Aby zachować trafność powyższej tezy, należy ją uzupełnić wskazaniem, że czynność prawna wywołuje nie tylko skutki w niej wyrażone, lecz również te, które wynikają z ustawy, zasad współżycia społecznego i z ustalonych zwyczajów. Mając na względzie postanowienia art. 56 Kodeksu cywilnego (dalej: k.c.), należy całe zagadnienie odnieść do bezwzględnych obowiązków, ciężących z mocy ustaw na lekarzach i podmiotach leczniczych. Art. 30 Ustawy z dnia 5 grudnia 1996 roku o zawodzie lekarza i lekarza dentystry³ i art. 15 Ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 roku o działalności leczniczej⁴ statuują obowiązek natych-

1 Dz.U. z 2008 r. nr 164, poz. 1027.

2 A. Pietraszewska-Macheta, *Ustawa o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 838.

3 Dz.U. z 2011 r. nr 277, poz. 1634.

4 Dz.U. z 2011 r. nr 112, poz. 654.

miastowego udzielenia świadczenia zdrowotnego w sytuacji zagrożenia zdrowia lub życia pacjenta. Obecna linia orzecznicza polskich sądów⁵ wskazuje na obowiązek sfinansowania przez NFZ świadczeń zdrowotnych udzielonych pacjentowi znajdującemu się w stanie wymagającym natychmiastowej pomocy, w sytuacji, kiedy zakontraktowany limit został w danym okresie rozliczeniowym wykorzystany. Oznacza to, że świadczeniodawca może domagać się stosownej zapłaty za świadczenie wykonane ponad umowny limit, kiedy wypełni wymogi rozrachunkowe przewidziane w takiej sytuacji.

Sprawa komplikuje się w momencie, gdy okaże się, że stan pacjenta nie uzasadniał udzielania mu natychmiastowej pomocy, co *de facto* i *de iure* uniemożliwia otrzymanie zapłaty z NFZ za udzielenie świadczenia ponad limit. Obiektywne stwierdzenie, że stan pacjenta wymagał udzielenia natychmiastowej pomocy, może być dokonane dopiero po jej udzieleniu. Omawiany problem rodzi się w momencie, gdy pacjent deklaruje objawy, które wg specjalistycznej wiedzy medycznej kwalifikują go do udzielenia mu natychmiastowej pomocy. W tym miejscu należy rozróżnić dwie postawy świadczeniobiorcy. Pierwsza z nich polega na intencjonalnym zmierzaniu do uzyskania usługi płatnej przez NFZ, przez co chce on uniknąć pokrycia kosztów porady medycznej z własnych środków. Druga to przejaw subiektywnych odczuć, wynik złego samopoczucia, którego źródła pacjent nie jest w stanie zdefiniować z powodu braku stosownej wiedzy medycznej. Obydwie postawy aktualizują bezwzględny obowiązek świadczeniodawcy do udzielenia mu pomocy, co oceniane *ex post* jest nieuzasadnione. Świadczeniodawca, nie chcąc się narazić na potencjalną odpowiedzialność karną z art. 162 Kodeksu karnego (dalej k.k.), świadczy usługę, która w efekcie okazuje się nieuzasadniona, co jednak nie było możliwe do stwierdzenia przed przystąpieniem do jej udzielania.

W przedmiotowej sytuacji pacjent otrzymuje usługę, której nie finansuje ze swoich środków, pomimo faktu, że powinien był to uczynić⁶. Powstaje pytanie, czy w takich okolicznościach stanowi to jego wzbogacenie o wartość udzielonego świadczenia, co poniżej zostanie poddane cywilnoprawnej analizie.

Bezpodstawne wzbogacenie czy nienależne świadczenie

Kodeks cywilny reguluje obydwie instytucje odpowiednio w art. 405 k.c. i 410 k.c. W doktrynie podkreśla się, że:

obecna regulacja bezpodstawnego wzbogacenia nie wywołuje żadnych wątpliwości co do odpowiedzi na pytanie o odrębny byt instytucji nienależnego świadczenia.

⁵ Wyrok III CK 365/03.

⁶ Lub zapisać się na pierwszy wolny termin w kolejnym okresie rozliczeniowym, kiedy usługa zostanie mu udzielona w ramach kontraktu z Funduszem.

Powszechnie przyjmuje się, że nienależne świadczenie jest tylko szczególnym przypadkiem bezpodstawnego wzbogacenia⁷.

Akceptując powyższe założenie, należy podkreślić, że omawiane instytucje wykazywać muszą cechy wspólne i odmienne.

Do elementów wspólnych należy zaliczyć wzbogacenie majątku jednej osoby przy jednoczesnym zubożeniu majątku drugiej osoby (dokładniej: jego kosztem) oraz fakt pozostawania tych zdarzeń w związku ze sobą. Ponadto, art. 410 § 1 stanowi, że: „Przepisy artykułów poprzedzających stosuje się w szczególności do świadczenia nienależnego”, z czego można wnosić, iż założenia instytucjonalne i wykładnicze dotyczące bezpodstawnego wzbogacenia zachowują swoją aktualność względem nienależnego świadczenia, jeżeli przepisy je regulujące nie stanowią odmiennie.

Odmienność instytucji sprowadzać się będzie do rozróżnienia terminu braku podstawy prawnej wzbogacenia od pojęcia podstawy prawnej i celu samego świadczenia⁸.

Uzyskanie wzbogacenia

Zgodnie z brzmieniem k.c., wzbogacenie ma polegać na uzyskaniu korzyści majątkowej. Konieczne jest wyjaśnienie, co można rozumieć pod tym pojęciem. W orzecznictwie ugruntowany jest pogląd, iż: „wzbogacenie może [...] przybrać formę zarówno nabycia rzeczy lub praw, jak i korzystania z cudzych usług; polega ono nie tylko na zwiększeniu aktywów wzbogaconego, lecz także na zmniejszeniu jego pasywów”⁹. Taki pogląd podziela również doktryna, wskazując, że wzbogacenie można ogólnie określić jako polepszenie sytuacji majątkowej określonego podmiotu¹⁰. W prezentowanym zagadnieniu świadczeniobiorca zostaje wzbogacony w sposób pośredni¹¹, czyli oszczędza wydatek, który normalnie musiałby ponieść. Pacjent korzysta z usług medycznych pomimo niewystępowania okoliczności uzasadniających ich nieodpłatność, co oznacza jego wzbogacenie o wartość udzielonych usług. Z drugiej strony, świadczeniodawca zostaje zubożony o wartość porady, za którą zapłaty nie jest w stanie dochodzić od NFZ, z uwagi na niemożność dopełnienia przesłanek procedury rozliczeniowej za tego typu świadczenia. Elementem wykluczającym zapłatę jest stan zdrowia pacjenta, który dopiero po przeprowadzonych badaniach zostaje dokładnie zweryfikowany jako niezagrażający jego życiu lub zdrowiu. Majątek świadczeniodawcy nie zostaje powiększony o należne mu wynagrodzenie. Wymaga podkreślenia, że dla zubożenia „nie jest wymagane, aby nastą-

7 E. Gniewek, *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 675.

8 *Ibidem*, s. 676.

9 Wyrok IV CSK 221/06.

10 E. Gniewek, *op.cit.*, s. 663.

11 G. Bieniek *et al.*, *Komentarz do Kodeksu cywilnego*, Warszawa 2008, s. 254.

piło przejście korzyści z majątku zubożonego do majątku wzbogaconego [...], bowiem zubożenie może być związane także z tym, iż majątek nie uległ powiększeniu”¹².

Kontynuując wykładnię pojęcia wzbogacenia, należy wskazać na jego majątkowy charakter, co oznacza kwantyfikowalność jego przedmiotu, który da się obliczyć za pomocą pieniędzy. Usługa medyczna posiada określoną cenę, co w przypadku jej nieodpłatnego uzyskania przekłada się na wartość wzbogacenia. Problematyka wyceny usługi medycznej zostanie zaprezentowana w kolejnych rozdziałach niniejszego opracowania.

Źródło wzbogacenia i zubożenia

Związek zachodzący między wzbogaceniem a zubożeniem należy rozumieć „jako zależność tego rodzaju, że są to niejako dwie strony tego samego zjawiska”¹³. W prezentowanym zagadnieniu przedmiotowo istotna jest sytuacja faktyczna, w której występują świadczeniodawca oraz świadczeniobiorca. Aktywność świadczeniodawcy jest motywowana deklaracjami świadczeniobiorcy co do jego stanu zdrowia, a – precyzując – przedstawianymi objawami choroby. Świadczeniobiorca intencjonalnie wywołuje rozbieżność między rzeczywistością a jej odzwierciedleniem w świadomości świadczeniodawcy, bądź – jak w drugim opisanym na wstępie zachowaniu – kierując się naturalną troską o własne dobro, przedstawia odczuwalne objawy, które jego zdaniem uzasadniają konieczność udzielenia mu pomocy. Wynikiem obydwu zachowań jest otrzymanie świadczenia zdrowotnego. Jednakże dopiero *ex post* okazuje się, iż stan zdrowia pacjenta nie wymagał podjęcia natychmiastowej interwencji. W efekcie okazuje się, że świadczeniodawca leczył bezpłatnie, wobec braku możliwości dochodzenia zapłaty od NFZ, co powoduje uszczuplenie jego majątku. W tej samej chwili świadczeniobiorca jest wzbogacony o wartość usługi, której ciężar (koszt) przerzucił *de facto* na świadczeniodawcę. Wspólne źródło wzbogacenia i zubożenia stanowi zatem udzielenie świadczenia zdrowotnego.

Brak podstawy prawnej

Stwierdzenie istnienia podstawy prawnej lub jej braku w prezentowanym zagadnieniu przesądza zastosowanie instytucji bezpodstawnego wzbogacenia lub nienależnego świadczenia. Różnica terminologiczna wskazywana na początku opracowania odgrywa w tym miejscu kluczową rolę.

Konieczną przesłanką zastosowania instytucji bezpodstawnego wzbogacenia jest jego nastąpienie bez podstawy prawnej. Druga instytucja posługuje się za to pojęciem „świadczenia”. W tym miejscu rozchodzą się ścieżki zastosowania każdej z nich. Na wstępie można posłużyć się dość ogólnym stwierdzeniem, że, podczas gdy bezpodstawne wzo-

12 E. Gniewek, *op.cit.*, s. 663.

13 W. Czachórski, *Zobowiązania. Zarys wykładu*. Warszawa 1976, s. 144.

gacenie odnosi się do korzyści uzyskanej bez podstawy prawnej, nienależne świadczenie zostaje spełnione celem zwolnienia się ze zobowiązania, które należy uznać za jego podstawę prawną.

W prezentowanym zagadnieniu należy rozstrzygnąć, czy świadczeniodawca, udzielając usługi medycznej, świadczy ją w ramach stosunku obligacyjnego, czy też nie można mówić o podstawie prawnej tego rodzaju z uwagi na jej pozorne wykreowanie przez świadczeniobiorcę.

Warunkiem przyjęcia drugiego poglądu jest stwierdzenie, że między lekarzem (lub podmiotem leczniczym) a pacjentem w prezentowanej sytuacji nie występuje więź obligacyjna. Jest to wymóg stawiany zarówno przez doktrynę, jak i orzecznictwo, które wskazuje, że „korzyść, której dotyczy art. 405 k.c., musi być uzyskana bez podstawy prawnej jakiegokolwiek rodzaju. Jest tak wówczas, gdy u jej podstaw nie leży ani czynność prawna, ani przepis ustawy, ani orzeczenie sądu lub decyzja administracyjna”¹⁴.

Chory swoimi deklaracjami wywołuje u drugiej strony przekonanie, że wymaga on natychmiastowej pomocy, w postaci udzielenia świadczenia zdrowotnego. W zaistniałej sytuacji zakres wiedzy każdego z jej uczestników, co do istotnych elementów aktualizujących obowiązek lekarza do działania, różni się w znaczny sposób. Pacjent ma pełną świadomość, że bez zgłoszenia odpowiednich objawów choroby, lekarz nie będzie zobowiązany do świadczenia usługi w trybie natychmiastowym, dlatego też wprowadza go w błąd, co u drugiej strony rodzi przekonanie, iż zachodzi potrzeba świadczenia. W innym przypadku subiektywne przekonanie pacjenta o złym stanie zdrowia może być wywołane czynnikami natury zewnętrznej, co w deklarowanych objawach może być podobne do objawów chorobowych. W tym miejscu należy udzielić odpowiedzi na pytanie, czy punkt widzenia jest decydujący dla określenia, że podjęte zachowanie ma charakter świadczenia. Sąd Najwyższy stoi na stanowisku, iż „przy ocenie, czy miało miejsce świadczenie w ramach danego stosunku, rozstrzygające znaczenie powinien mieć punkt widzenia wierzyciela z tego stosunku: czy może on na podstawie rozpoznawalnych okoliczności uważać dane działanie za świadczenie”¹⁵.

Przy zaakceptowaniu poglądu Sądu Najwyższego, oczywisty staje się wniosek o niedopuszczalności zastosowania w prezentowanym zagadnieniu instytucji bezpodstawnego wzbogacenia, z uwagi na istnienie w świadomości lekarza podstawy prawnej świadczenia.

Z uwagi na powyższe, w prezentowanym zagadnieniu dochodzi do spełnienia świadczenia, które dla jego odbiorcy jest nienależne ze względu na nieistnienie zobowiązania. Jego źródłem byłby przepis ustawy, konstruujący bezwzględny obowiązek pomocy. Wymaga podkreślenia, iż podstawowym założeniem polskiego systemu opieki zdrowotnej jest określenie warunków i zakresu udzielania świadczeń zdrowotnych finansowanych ze

14 Wyrok III CKN 18/98.

15 Wyrok III CKN 162/97.

środków publicznych. Obowiązek ten wynika z art. 68 ust. 2 Konstytucji RP. Oznacza to, że pacjent posiada dostęp do systemu opieki zdrowotnej na zasadach określonych w ustawie, wydanych do niej aktach wykonawczych i umowach łączących świadczeniodawców z NFZ. Katalog ten określa całość sytuacji, kiedy Fundusz zobowiązany jest do sfinansowania usługi medycznej. *A contrario* pacjent nie może otrzymać świadczenia zdrowotnego finansowanego ze środków publicznych w warunkach lub zakresie przekraczającym prawne ramy ich udzielania. Świadczenie udzielone poza zdefiniowanym prawnie zakresem czyni go nienależnym, z uwagi na brak podstawy prawnej obligującej lekarza do jego wykonania, a Fundusz – do jego sfinansowania¹⁶.

Należy zgodzić się z Wiktorem Serdą, że „Przesłankami powstania *conditio indebiti* [...] są dokonanie świadczenia, niestnienie zobowiązania w chwili dokonania świadczenia i błędne mniemanie świadczącego o istnieniu zobowiązania”¹⁷.

Spełnienie pierwszej przesłanki wymaga doprecyzowania pojęcia świadczenia. Najprościej można je zdefiniować jako zachowanie dłużnika zgodne z treścią zobowiązania i czyniące zadość interesom wierzyciela¹⁸. Definicja ta, choć pozostaje w zgodzie z treścią art. 353 k.c.¹⁹, może wydawać się już zbyt wąska w stosunku do pojęcia świadczenia nienależnego. Tak rozumiane świadczenie stanowi element stosunku obligacyjnego, który rzeczywiście istnieje. Na gruncie świadczenia nienależnego niewątpliwie konieczne jest szerokie rozumienie pojęcia świadczenia, stanowiącego element nie tylko istniejącego zobowiązania, ale także zobowiązania mającego powstać w przyszłości, a przede wszystkim zobowiązania, które nie istnieje. W prezentowanym problemie nie powinno budzić wątpliwości, że usługa medyczna będąca przedmiotem świadczenia jest udzielana m.in. celem wykonania zobowiązania. Oznacza to, iż działanie świadczeniodawcy mieści się w kategorii pojęciowej świadczenia.

Kolejna przesłanka *conditio indebiti* posiada charakter negatywny. Chodzi o brak istnienia zobowiązania²⁰. Za źródło obowiązku należy uznać umowę o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej. Należy mieć jednak na uwadze, że Fundusz jest zobowiązany do zapłaty za świadczenia udzielone w sytuacji zaistnienia bezwzględne obowiązku pomocy, co wynika z faktu, iż czynność prawna wywołuje skutki określone także w aktach rangi ustawowej, a ów obowiązek właśnie tam został skatalogowany. Ta teza znajduje pełne poparcie w orzecznictwie Sądu Najwyższego:

16 Nie wyklucza to możliwości skorzystania z prywatnej konsultacji medycznej.

17 W. Serda, *Nienależne świadczenie*. Warszawa 1988, s. 56.

18 Z. Radwański, *Zobowiązania. Część ogólna*. Warszawa 2008, s. 40.

19 Zobowiązanie polega na tym, że wierzyciel może żądać od dłużnika świadczenia, a dłużnik powinien świadczenia spełnić.

20 W literaturze przedmiotu wyróżnia się trzy sytuacje, w których dochodzi do spełniania drugiej przesłanki. Należą do nich przypadki, gdy: zobowiązany świadczy osobie, która nie jest jego wierzycielem, świadczący nie jest dłużnikiem, ale spełnia dług osoby trzeciej oraz gdy świadczący nie jest dłużnikiem a odbiorca świadczenia nie jest wierzycielem. W prezentowanym zagadnieniu ma miejsce ostatnia sytuacja.

określane w umowach ilościowe limity świadczeń zdrowotnych nie dotyczą przypadków, gdy zachodzi potrzeba natychmiastowego udzielenia świadczeń zdrowotnych ze względu na zagrożenie życia lub zdrowia. Jeżeli bowiem zachodzi ustawowy obowiązek natychmiastowego udzielenia świadczeń, to nie mogą one być limitowane umową²¹.

oraz:

koszty świadczeń udzielonych ubezpieczonym w warunkach przymusu ustawowego nałożonego na świadczeniodawców powinny być pokryte ze środków publicznych²².

W prezentowanym zagadnieniu stosunek obligacyjny między lekarzem (podmiotem leczniczym) a świadczeniobiorcą w ogóle nie ma miejsca. W opisywanej sytuacji mamy do czynienia z wyczerpaniem zakresu świadczeń zdrowotnych finansowanych ze środków publicznych oraz niewymagającym natychmiastowej pomocy medycznej stanem pacjenta, który uzasadniałby ich udzielenie ponad umowny limit. Wymaga podkreślenia, że ocena bytu zobowiązania jest dokonywana na chwilę dokonania świadczenia.

O ile powyższe przesłanki spełnienia świadczenia wobec braku do tego zobowiązania konstytuują instytucję nienależnego świadczenia, o tyle ostatnia z nich, w postaci błędnego mniemania świadczącego o istnieniu zobowiązania, wpływa jedynie na ocenę możliwości dochodzenia jego zwrotu²³. Taki wniosek wypływa wprost z art. 411 pkt. 1, który wyłącza możliwość dochodzenia zwrotu nienależnego świadczenia w sytuacji wiedzy świadczącego o braku ciężącego na nim obowiązku do jego spełnienia. W omawianym przykładzie, świadczeniodawca bądź to został wprowadzony w błąd, co do istnienia okoliczności warunkujących natychmiastowe udzielenie pomocy pacjentowi (które to okoliczności konstytuowały jego obowiązek świadczenia), bądź niewłaściwie zdekodował zachodzącą sytuację. W obliczu powyższego powstaje jednak problem, czy całokształt okoliczności, w tym zwłaszcza posiadany przez świadczeniodawcę zakres informacji, w ogóle pozwalał na prawidłowe zdekodowanie sytuacji, jako nieaktualizującej jego obowiązku działania. Wydaje się, że niemożliwe jest stwierdzenie, w jakim stanie znajduje się chory, bez udzielania mu świadczenia zdrowotnego, co niemal w każdym²⁴ przypadku będzie rodziło konieczność weryfikacji poprzez udzielenie usługi.

21 Wyrok IV CK 189/02.

22 Wyrok III CK 365/03.

23 E. Gniewek, *op.cit.*, s. 676.

24 Należy pamiętać, że chodzi o każdy przypadek, który w odwołaniu do wiedzy medycznej, może rodzić wątpliwości co do zagrożenia zdrowia lub życia pacjenta. Nie wszystkie deklaracje chorych co do ich dolegliwości świadczą o sytuacji mogącej doprowadzić do zagrożenia życia i zdrowia w wypadku niepodjęcia odpowiednich działań ze strony świadczeniodawcy.

Dopuszczalność roszczenia o zwrot wzbogacenia od osoby trzeciej

Umowa o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej jest cywilnoprawną umową nazwaną²⁵, dwustronnie zobowiązującą, w której każda ze stron jest jednocześnie wierzycielem i dłużnikiem²⁶. Na podstawie przedmiotowej umowy świadczeniodawca, jako dłużnik, zobowiązany jest do udzielania świadczeń zdrowotnych świadczeniobiorcom, za które, jako wierzycielowi, przysługuje mu stosowne wynagrodzenie. NFZ natomiast zobowiązuje się, jako dłużnik, do zapłaty za udzielone świadczenia, posiadając wierzycelność, której treścią jest żądanie ich wykonania²⁷. Z omówionej konstrukcji zobowiązaniowej wynika jednoznacznie, że mamy do czynienia z umową o świadczenie usług na rzecz osoby trzeciej, opisaną w art. 393 § 1 k.c.²⁸

Problem świadczeń w trójkącie jest bardzo złożony i wymaga szczegółowej analizy, która jednak nie została dokonana w wyczerpujący sposób na gruncie polskiej doktryny, a tym bardziej orzecznictwa²⁹. Dlatego też za niezwykle wartościowe w omawianym zakresie należy uznać analizy W. Serdy, który dopuszcza kondykcję ze stosunku wykonania, jeżeli „umowa na rzecz osoby trzeciej zostaje zawarta wyłącznie w interesie trzeciego tak, że spełnienie świadczenia do rąk wierzyciela nie jest możliwe bez zmiany charakteru i treści umowy”³⁰. Analizując prezentowane zagadnienie, należy uznać, że NFZ jest jedynie inicjatorem stosunku prawnego. Regulacja tej instytucji umieszczona w Ustawie z dnia 27 sierpnia 2004 roku o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych przewiduje dla niego zadania *stricte* organizatorskie. Należy podkreślić, że w zakresie środków pochodzących ze składek na ubezpieczenie zdrowotne Fundusz działa w imieniu własnym, na rzecz ubezpieczonych oraz osób uprawnionych do tych świadczeń. Oznacza to, że gospodarczym celem umowy NFZ ze świadczeniodawcą jest stworzenie warunków do korzystania przez świadczeniobiorców ze świadczeń opieki zdrowotnej, co zresztą znajduje swoje zakotwiczenia w Konstytucji RP. Umowa ta służy realizacji publicznoprawnego obowiązku zapewnienia uprawnionym opieki zdrowotnej. „Uzasadniony powód, *causa* świadczenia istnieje tylko między dłużnikiem [świadczeniodawcą] a osobą trzecią [świadczeniobiorcą] i wówczas należy go uznać za prawnie relewantny z punktu widzenia przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu”³¹. Z uwagi na powyższe, należy zaakceptować dopuszczalność żądania zwrotu wzbogacenia od świadczeniobiorcy, w sytuacji udzielenia go w sposób jemu nienależny.

25 Wyrok III CK 134/04.

26 T. Zimna, *Zawieranie umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej*, Warszawa 2007, s. 27 i n. 27 *Ibidem*.

28 Jeżeli w umowie zastrzeżono, że dłużnik spełni świadczenie na rzecz osoby trzeciej, osoba ta, w braku odmiennego postanowienia umowy, może żądać bezpośrednio od dłużnika spełnienia zastrzeżonego świadczenia.

29 E. Łętowska, *op. cit.*, s. 145-147.

30 W. Serda, *op. cit.*, s. 189-190.

31 *Ibidem*, s. 190, podobnie W. Czachórski, *op. cit.*, s. 136.

Zwrot nienależnego świadczenia

Rozważania dotyczące zwrotu nienależnego świadczenia sprowadzają się do wskazania, kiedy i czego można się domagać od wzbogaconego.

W odniesieniu do pierwszej z wymienionych wyżej kwestii, Sąd Najwyższy stanął na stanowisku, że „roszczenie z tytułu nienależnego świadczenia, mającego taki charakter już w chwili spełnienia, staje się wymagalne od tej chwili”³². Na gruncie prezentowanego problemu taki pogląd zyskuje absolutną aprobatę. Świadczeniodawca, po udzieleniu świadczenia opieki zdrowotnej, które składa się przeważnie nie tylko z samych konsultacji, ale również badań z wykorzystaniem specjalistycznego sprzętu, jest w stanie natychmiast po jego wykonaniu stwierdzić, czy stan zdrowia pacjenta wymagał udzielonej usługi. Biorąc powyższe pod uwagę, należy uznać, że także od chwili dokonania świadczenia nienależnego, biegnie termin przedawnienia roszczenia o jego zwrot³³. Od momentu udzielenia świadczenia zdrowotnego możliwe jest zatem domaganie się jego zwrotu, z tą chwilą rozpoczyna również bieg terminu jego przedawnienia.

W tym miejscu należy jeszcze omówić samą długość terminu przedawnienia. Sąd Najwyższy wyraził pogląd, iż „roszczenie o zwrot bezpodstawnego wzbogacenia, z którym występuje przedsiębiorca, podlega trzyletniemu przedawnieniu przewidzianemu w art. 118 k.c., jeżeli powstaje ono w związku z prowadzoną przez przedsiębiorcę działalnością gospodarczą”³⁴. Wydaje się, że ten pogląd należy zaaprobować na gruncie instytucji świadczenia nienależnego, pozostaje jedynie rozstrzygnąć, czy świadczeniodawca jest przedsiębiorcą prowadzącym działalność gospodarczą. W świetle obecnej regulacji prawnej, na tak postawione pytanie należy udzielić odpowiedzi twierdzącej. Redakcja art. 16 Ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 roku o działalności leczniczej, wskazuje, że „prowadzenie działalności leczniczej jest działalnością regulowaną w rozumieniu Ustawy z dnia 2 lipca 2004 roku o swobodzie działalności gospodarczej”. Z kolei działalność leczniczą wykonują m.in. przedsiębiorcy będący podmiotami leczniczymi, wykonujący działalność gospodarczą w przewidzianych do tego formach. Za przedsiębiorcę uznany jest także lekarz, który, choć nie prowadzi podmiotu leczniczego, wykonuje zawód w ramach działalności leczniczej w formach dopuszczalnych przez prawo, przez co korzysta ze statusu przedsiębiorcy. Na gruncie ustawowej regulacji przedsiębiorcą jest zarówno podmiot leczniczy, jak i lekarz wykonujący działalność leczniczą w przewidzianych do tego celu formach, co w odniesieniu do omawianego zagadnienia pozwala stwierdzić, że przedsiębiorcą jest sam świadczeniodawca.

W odniesieniu do drugiej z wyszczególnionych kwestii, nie ulega wątpliwości, że zwrot świadczenia ma nastąpić w pierwszej kolejności w naturze³⁵. Dopuszczalność

32 Wyrok V CKN 769/00.

33 G. Bieniek *et al.*, *op. cit.*, s. 260.

34 Wyrok V CK 24/02.

35 Wyrok IV CSK 401/09.

zwrotu jego wartości ma miejsce dopiero w przypadku, gdy zwrot *in natura* jest niemożliwy. Taki stan zaistnieje właśnie w prezentowanym problemie, z uwagi na charakter świadczenia, którym jest usługa. Dokonując zwrotu wartości świadczenia, napotyka się na problem określenia jego wartości oraz sprecyzowania momentu, w którym owa wyce-
na ma być dokonana. W doktrynie ugruntowany jest pogląd, iż w przypadku wzbogace-
nia, polegającego jedynie na zaoszczędzeniu wydatku, jego wartość należy ustalić według
ceny z chwili uzyskania³⁶. Wymaga omówienia sposób określenia wartości świadczonej
usługi. Przedmiotowe zagadnienie jest specyficzne z powodu dualizmu wyceny poszcze-
gólnych świadczeń zdrowotnych. Należy bowiem odróżnić wartość świadczenia udzielo-
nego w ramach prywatnej konsultacji od wartości tej samej usługi udzielonej w ramach
kontraktu z NFZ. Cena usługi w pierwszym przypadku będzie wyższa niż cena okre-
ślona przez Fundusz. Cena prywatnej konsultacji jest, oczywiście, różna w poszczegól-
nych placówkach, co związane jest ze standardem świadczonych usług oraz polityką
rynkową, właściwą dla każdego świadczeniodawcy. Nie ulega jednak wątpliwości, że jej
wysokość kształtowana jest przez sam rynek. Natomiast cena konsultacji, która odbywa
się na podstawie umowy zawartej z NFZ, jest przedmiotem negocjacji, które toczą się
w ramach procedury konkursowej (lub rokowań), w wyniku której zostaje zawarta umo-
wa o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych.
Każda usługa świadczona przez lekarza specjalistę posiada określoną wartość punktową,
a z kolei każdy punkt podlega pieniężnej wycenie przez NFZ. W rezultacie schemat ten
pokazuje cenę jednostkową świadczenia. Jednym z głównych problemów kontraktowa-
nia świadczeń medycznych jest właśnie niedowartościowanie przez Fundusz poszcze-
gólnych świadczeń zdrowotnych, wskutek czego niekiedy wykonywane są one na granicy
rentowności. Obecna sytuacja na rynku zdrowia powoduje, że cena usługi udzielonej
w ramach kontraktu drastycznie odbiega od ceny tej samej usługi udzielonej w ramach
prywatnej porady. W związku z tym rozstrzygnięcia wymaga, zwrotu jakiej wartości nie-
należnie udzielonej usługi może domagać się świadczeniodawca.

W doktrynie podkreśla się konieczność zastosowania obiektywnego miernika,
w postaci wartości rynkowej³⁷. Zabieg ten co do zasady należy uznać za słuszny, jed-
nak na gruncie prezentowanego zagadnienia, jak się wydaje, nie pozwala rozstrzygnąć
jednoznacznie problemu. Jak już wskazano wcześniej, cena tych samych usług zostaje
zróżnicowana, co jest wynikiem tego, że o jej wysokości decyduje wiele czynników,
które w różnym stopniu występują (lub nie) w poszczególnych placówkach. Można
z tego wysnuć wniosek, że kształtowana w ten sposób wartość przybrałaby postać tzw.
wartości widełkowej, swoistego przedziału cenowego, w którym udzielane są odpo-
wiednie usługi. Taki stan jest nie do zaakceptowania z uwagi na konieczność sprecy-
zowania wartości usługi, która podlega zwrotowi. Ponadto, w odniesieniu do ustalenia

36 W. Serda, *op. cit.*, s. 214 i n.

37 E. Łętowska, *Bezpodstarwane wzbogacenie*, Warszawa 2000, s. 132.

wartości rynkowej, może to okazać się w tym przypadku wręcz niemożliwe, bowiem wiązałyby się ze sztywną wyceną, niezależną od tego, jak wysoko wycenia swoje usługi zubożony. Sztywna wycena mogłaby prowadzić do zawyżenia wartości prywatnej usługi u jednego świadczeniodawcy lub do jej zaniżenia u drugiego, w zależności od ustalonych u nich cen. Wobec powyższego większą aprobatę mógłby uzyskać pogląd o konieczności zwrotu takiej wartości usługi, na jaką wycenia ją zubożony (tzn. wartość z cennika usług). Takie stanowisko popiera pogląd, iż w sytuacji, kiedy ogół okoliczności nie umożliwia pacjentowi skorzystania ze świadczeń zdrowotnych finansowanych ze środków publicznych, chcąc otrzymać stosowne świadczenie powinien skorzystać z konsultacji prywatnej, która posiada określoną w cenniku usług stawkę. Świadczeniobiorca oszczędza zatem koszt usługi udzielonej w ramach prywatnej konsultacji i to stanowi jego wzbogacenie, w przeciwnym razie musiałby pokryć koszt takiej usługi z własnych środków.

Prezentując argumenty przeciwne, należy zwrócić uwagę na cel działania chorego. Pacjent zmierza do otrzymania świadczenia finansowanego za pośrednictwem Funduszu: zainteresowany jest usługą, której kosztów nie będzie musiał pokrywać samodzielnie. To stanowisko może jednak osłabić pogląd, iż obecna konstrukcja przepisów pozwala na jedynie wyłudzenie świadczenia finansowanego z Funduszu. W prezentowanej sytuacji niemożliwe jest wyłudzenie usługi prywatnej. Dlatego też nie można stwierdzić jakiegokolwiek swobody wyboru spośród usług możliwych do otrzymania w takich okolicznościach. Celem działania pacjenta jest konsultacja medyczna, której realizacja, przy wystąpieniu opisanych na wstępie okoliczności, odbywa się ze środków publicznych. Analizując przedmiotową sytuację od strony zubożonego, wymaga ponownego podkreślenia, że świadczeniodawca działa pod wpływem błędu. Mając błędne wyobrażenie, wywołane postawą świadczeniobiorcy, przystępuje do udzielenia mu usługi, licząc, że NFZ pokryje jej koszt. W związku z tym świadczeniodawca oczekuje otrzymania zapłaty z Funduszu według schematu cen jednostkowych – i w takiej również wysokości następuje jego zubożenie. Z powodu niemożności zachowania procedury rozliczeniowej, przewidzianej dla świadczeń udzielonych w stanach wymagających ich natychmiastowego udzielenia, nie otrzyma oczekiwanej zapłaty, a zatem stawki niższej niż stawka dla konsultacji prywatnej. W opisywanym problemie zachodzi różnica między wartością wzbogacenia a wartością zubożenia. W pierwszym przypadku jest to wartość konsultacji prywatnej, natomiast w drugim przypadku jest to wartość świadczenia finansowanego przez Fundusz. Orzecznictwo twierdzi, że taka sytuacja jest jak najbardziej dopuszczalna, wskazując, że:

wartość bezpodstawnego wzbogacenia jest ograniczona dwiema wielkościami, a mianowicie wartością tego, co bez podstawy prawnej ubyło z majątku zubożonego, i wartością tego, co bez podstawy prawnej powiększyło majątek wzbogaconego.

Wartości te nie muszą być równe, a w wypadku nierówności niższa kwota określa wartość bezpodstawnego wzbogacenia³⁸.

Akceptując powyższe tezy na gruncie instytucji nienależnego świadczenia, należałoby przyjąć, że decydująca będzie wartość świadczenia udzielonego w ramach kontraktu z NFZ, bowiem jest ona niższa. Opowiedzenie się za jedną z wyżej prezentowanych opcji w głównej mierze powinno być jednak spowodowane celem, a raczej postrzegania funkcji instytucji bezpodstawnego wzbogacenia. Konstrukcja ta ma chronić uczestników obrotu prawnego przed nieuzasadnionymi przesunięciami majątkowymi. Celem jest zachowanie stanu równowagi, który miał miejsce przed wzbogaceniem jednej, a zużożeniem drugiej strony. Argument ten wydaje się przesadzony, bowiem w przypadku zwrotu wartości porady prywatnej świadczeniodawca zostałby nadmiernie przysporzony, co kłóciłoby się z konstrukcją instytucji.

Podsumowanie

Powyższe rozważania pokazują, że system prawny przewiduje ochronę dla świadczeniodawcy, który może dochodzić zwrotu wartości nienależnego świadczenia. Mówiąc wprost, oznacza to, iż istnieje możliwość domagania się zapłaty za udzieloną usługę, pomimo tego, że Fundusz nie pokryje jej kosztów. Należy podkreślić, iż w prezentowanym zagadnieniu roszczenie takie kierowane byłoby do pacjenta, który mógł oczekiwać na udzielenie świadczenia, co jednak nie było rozpoznawalne *ex ante* od strony świadczeniodawcy.

Wykraczając poza dotychczasowe przemyślenia, istotne jest postawienie pytania o celowość dochodzenia roszczeń na tej drodze, w odniesieniu do racjonalności wykonywania działalności leczniczej. Tak jak zostało wspomniane, nie ma obecnie wątpliwości co do tego, że działalność lecznicza jest traktowana jako wykonywanie działalności gospodarczej. W związku z tym, jest ona wykonywana w sposób zorganizowany i ciągły, a przede wszystkim – posiada charakter zarobkowy, co oznacza, że celem jej prowadzenia jest osiągnięcie zysku. Podmioty lecznicze czy też inne podmioty wykonujące działalność leczniczą dbają o zachowanie standardu świadczonych usług, co ma skutkować zdobyciem, utrzymaniem oraz powiększaniem grona klientów, jakimi są pacjenci. Z gospodarczego punktu widzenia, praktyka dochodzenia roszczeń, choć prawnie uzasadniona, może przynieść ekonomiczną klęskę. Obciążenie pacjenta kosztami w takiej sytuacji, choć słuszne, może spowodować, że nie pojawi się on już nigdy więcej w takiej placówce. O ile wątpliwości nie budzi obarczenie kosztami chorego, który intencjonalnie zmierzał do wyłudzenia świadczenia, o tyle wątpliwości te pojawiają się przy pacjencie, który

38 Wyrok IV CKN 892/00.

miałby ponieść koszt porady, z powodu subiektywnej złej kondycji. Poczucie krzywdy niewątpliwie zostałoby wywołane faktem, iż pomimo uprawnienia do korzystania z bezpłatnego systemu opieki zdrowotnej i uczestniczenia w tworzeniu zasobów, z których jest budowany, musi dodatkowo płacić z powodu jego niewydolności finansowej i nieścisłości konstrukcyjnych. Ponadto, niezadowolenie jednego pacjenta może powiększyć grono innych, którzy nie skorzystają z usług placówki. Negatywne informacje szybko rozprzestrzeniają się w społeczeństwie i mogą budować niekorzystny obraz świadczeniodawcy, co przełoży się w przyszłości na jego zyski.

Konstrukcja systemu opieki zdrowotnej posiada szereg mankamentów, a zaprezentowane zagadnienie jest tylko jednym z nich. Niestety, problem ten jest na tyle duży, że w rozliczeniu rocznym straty poszczególnych świadczeniodawców mogą sięgać dziesiątek tysięcy złotych. Nie ulega wątpliwości, że choć istnieją odpowiednie instytucje prawne pozwalające na ochronę świadczeniodawcy, to nie będą one wydajne. Nienależne świadczenia udzielane są wielu pacjentom, a ich pojedyncza wartość nie jest wielka. Problem powstaje dopiero po zsumowaniu wartości wszystkich udzielonych w ten sposób świadczeń. Mamy do czynienia z dużą stratą finansową, która powstała przez działania na rzecz ogromnej liczby świadczeniobiorców. Ciężko sobie wyobrazić sytuację, w której świadczeniodawca przygotowuje liczbę pozwów proporcjonalną do liczby pacjentów, którzy nie chcieli zapłacić za świadczenia, które im się nie należały.

Wyciągając ostateczny wniosek, należy stwierdzić, że choć świadczeniodawca w prezentowanej sytuacji posiada ochronę prawną, to jest to ochrona tylko iluzoryczna.

SUMMARY

Contractual limit of medical benefits financed from public funds. Patient's unjust enrichment

The paper describes the behavior of a patient who in order to obtain medical benefits simulates symptoms which, according to special medical knowledge could be recognised as a threat to life or health. The main problem arises when despite the fact that the limits of medical benefits financed from the public funds have run short, a medical doctor, wishing to fulfil his statutory duty, decides to render medical assistance to such patient. Whether that assistance was really indispensable can only be determined after the patient has been thoroughly examined. It may then be too late, though, and the doctor may face serious difficulty in being reimbursed by the National Health Fund, or, if there was no actual threat to patient's life or health, such compensation for rendered service becomes out of reach. The author analyses the abovementioned situation from the civil law point of view.

KEYWORDS: contractual limit of medical benefits, unjust enrichment, civil law

EWA ŁOWIŃSKA

Prawo do zapłodnienia in vitro w Polsce i na świecie

Terroryzm, choroby cywilizacyjne, błyskawiczny postęp technologiczny, globalizacja, postępująca ateizacja społeczeństw oraz niewiarygodny rozwój nauki i medycyny to tylko kilka znaków nowej ery człowieczeństwa, rozpoczętej na przełomie XX i XXI wieku. Ludzki rozum zaczął przekraczać granice własnych możliwości. Przeciętny człowiek spotyka się na co dzień z takimi pojęciami, jak: wspomagana prokreacja, sztuczne zapłodnienie, diagnostyka prenatalna, hybrydy czy eugenika, które kilkadziesiąt lat wcześniej były mu obce lub znane jedynie z filmów fantastycznych. Współczesna biotechnologia rozwija się w zaskakującym tempie, dotyka najdelikatniejszych sfer życia człowieka. Można by wręcz powiedzieć, że ingeruje w sprawy dotąd uważane za boskie. Taki progres rodzi nowe pytania etyczne, moralne, filozoficzne, religijne, medyczne, naukowe, a co najistotniejsze z punktu widzenia niniejszego opracowania, także prawne.

Geneza

Zanim doszło do zapłodnienia pozaustrojowego, podejmowano próby zapłodnienia in vivo (w organizmie kobiety). W 1944 roku John Rock i Miriam Menkin przeprowadzili w USA pierwszy udany zabieg tego typu. Sukces poprzedzony był 138 próbami, w których wykorzystano w sumie 800 komórek jajowych¹. Jednak dopiero w latach 70. ginekolog Patrick Steptoe i biolog Uniwersytetu Cambridge Robert Edwards doprowadzili do zapłodnienia pozaustrojowego i narodzin pierwszego dziecka poczętego metodą in vitro. Po kilku latach prób udało im się wywołać pierwszą ciążę, a 25 lipca 1978 roku, w szpitalu Kernshaw Cottage, w miasteczku Oldham w Wielkiej Brytanii urodziła się Louise Brown, córka niepełnej Angielki Lesley Brown i jej męża Johna Browna. Dzień jej narodzin można uznać za przełomowy dla ludzkiej prokreacji. Już po

1 K. Sznyceł, *Sztuczne zapłodnienie. Jeśli nie in vitro, to co?*, Kraków 2010, s. 20.

kilku miesiącach od urodzenia się Louise Brown przyszły na świat kolejne dzieci, które zostały poczęte w probówce. Gdy liczba niemowląt urodzonych po zapłodnieniu *in vitro* wzrosła do kilkudziesięciu, sensacyjne doniesienia prasowe, uprzednio towarzyszące każdemu kolejnemu przypadkowi, stały się rzadsze. Pojawiały się ponownie jedynie przy okazji nienotowanych dotąd wydarzeń, np. przy urodzeniu pierwszych trojaczek czy pierwszej ciąży powstałej z zapłodnionego jaja uprzednio zamrożonego². Od 1978 roku metodę *in vitro* stopniowo zaczęły stosować ośrodki we wszystkich częściach świata. Stosunkowo szybko technika ta znalazła uznanie w Wielkiej Brytanii, Stanach Zjednoczonych, Niemczech, Danii, Francji, Szwecji, Austrii, Singapurze i Izraelu. W Polsce pierwsze dziecko poczęte metodą sztucznego zapłodnienia *in vitro* urodziło się w 1987 roku w Białymstoku³.

Omówiona krótka geneza badań nad *in vitro* wskazuje na szczytny cel naukowców, jakim było wynalezienie leku na niepłodność. Jednak nie zawsze wielkie wynalazki wywołują zamierzone przez ich twórców efekty, z reguły powodują ambiwalentne skutki. W niektórych krajach z metody *in vitro* korzystają nie tylko pary niepłodne, ale również kobiety samotne oraz żeńskie pary homoseksualne, które pragną mieć potomstwo bez stosunku seksualnego z mężczyzną. W latach 90. zaczęło dochodzić do sytuacji uważanych do tej pory za niemożliwe: w 1991 roku po raz pierwszy w historii medycyny dziecko urodziła dziewczyna, a rok później, we Włoszech, syna urodziła 62-latką. Za pomocą *in vitro* matkami zostały również 59-letnia Amerykanka Laura Cohen, która w 2006 roku urodziła bliźnięta, oraz 66-letnia Rumunka, Adriana Iliescu, która twierdziła, że posiadanie dziecka jest misją jej życia. Natomiast we Francji w 1984 roku po raz pierwszy w historii doszło do poczęcia dziecka po śmierci ojca. 23-letnia Corrine Paraplaix na mocy orzeczenia sądowego uzyskała zgodę na sztuczne zapłodnienie się zamrożoną spermą jej zmarłego męża. Z kolei obecnie bank spermy Fairfax Cryobank oferuje wdomom po żołnierzach, którzy zginęli w Iraku, możliwość stworzenia dziecka ze spermy ich zmarłych mężów⁴. Łatwo dostrzec, że powyższe przykłady mogą budzić lęk i obawę przed drastycznymi możliwościami wykorzystania nowych metod prokreacji w przyszłości. Odpowiedzią na ten lęk może być prawo. Z reguły, gdy pojawiają się medyczne możliwości na spełnianie pragnień ludzkich, wzmaga się również społeczna presja na ich legalizację. Jednak prawodawcy stawiają opór społecznym naciskom, tłumacząc się brakiem pewności co do skutków regulowanej materii. Pomimo że metoda *in vitro* jest już stosowana od trzech dekad, w wielu państwach wciąż nie ma prawnych uregulowań tego zjawiska. Tak jest także w Polsce. System legislacyjny powinien być jak najszybciej uzupełniany o nowe normy. Sztuczne zapłodnienie rzuciło wyzwanie wszystkim prawodawcom na świecie, stawiając przed nimi zupełnie nowe problemy. Konieczne stało

2 *Ibidem*, s. 23.

3 *Ibidem*, s. 20.

4 *Ibidem*, s. 21.

się uregulowanie statusu prawnego embrionu i płodu, rozwijającego się zarówno w, jak i poza organizmem kobiety, kwestii związanych z kriokonserwacją zarodków, embrionami nadliczbowymi czy w ogóle liczbą zapładnianych komórek jajowych.

Prawo międzynarodowe

Ze względu na fakt, że społeczność międzynarodowa nie potrafi wypracować jednego, zgodnego stanowiska wobec określenia momentu początku życia ludzkiego i objęcia go ochroną prawną, łatwo przewidzieć, że podstawowe akty prawne o zasięgu międzynarodowym nie regulują także kwestii związanych ze sztuczną prokreacją. Jedyne pośrednio kwestiami zapłodnienia in vitro zajmuje się przyjęta jednogłośnie przez państwa członkowskie UNESCO na 29 sesji Konferencji Generalnej 11 listopada 1997 roku *Powszechna Deklaracja o Genomie Ludzkim i Prawach Człowieka*. Na jej podstawie postuluje się wprowadzenie kontroli społecznej nad badaniami genetycznymi prowadzonymi na embrionach in vitro oraz nad interwencją w dziedzictwo chromosomowe lub genetyczne człowieka. W preambule deklaracji podkreślono również, że badania nad genomem ludzkim „powinny w pełni szanować ludzką godność, wolność i prawa człowieka, a także respektować zakaz wszelkiej dyskryminacji opartej na cechach genetycznych”.

Pierwszym dokumentem o zasięgu międzynarodowym, który poszerza zakres ochrony embrionu i płodu, a tym samym podnosi kwestie zapłodnienia in vitro, jest tzw. *Europejska konwencja bioetyczna* (Konwencja RE o Ochronie Praw Człowieka i Godności Istoty Ludzkiej wobec Zastosowań Biologii i Medycyny: Konwencja o Prawach Człowieka i Biomedycynie – dalej: Konwencja). Co prawda, dokument ten nie traktuje bezpośrednio o zapłodnieniu in vitro ani tym bardziej nie przesądza o ogólnej dopuszczalności przeprowadzania tego typu zabiegów, jednak jako pierwszy wymienia wprost termin in vitro, w art. 18.

Treść wspomnianego artykułu dotyczy regulacji eksperymentowania na embrionach „w probówce”. Artykuł ten, zatytułowany *Badania na embrionach in vitro*, stanowi:

1. Jeżeli prawo zezwala na przeprowadzanie badań na embrionach in vitro, powinno ono zapewnić odpowiednią ochronę tym embrionom.

2. Tworzenie embrionów ludzkich dla celów naukowych jest zabronione.

Z powyższego wynika, iż przeprowadzanie badań na embrionach „w probówce” jest zależne od decyzji państwa, przy czym, jeżeli prawo krajowe zezwala na te badania, musi zapewnić embrionom odpowiednią ochronę. Warto również podkreślić, że nie tylko art. 18 odnosi się do zagadnienia sztucznej prokreacji.

Art. 4 nakłada na lekarzy i innych pracowników służby zdrowia obowiązek dokonywania wszelkiej interwencji, w tym interwencji eksperymentalnej, zgodnie ze stosownymi obowiązkami i standardami zawodowymi, do których należą m.in. powszechny po-

rządek prawny oraz deontologia lekarska. Należy jednak pamiętać, że lekarz – zgodnie z klauzulą sumienia – może odmówić wykonania zabiegu ze względu na przekonania, co w przypadku zabiegów sztucznego zapłodnienia, głównie heterologicznego *in vitro*, może mieć istotne znaczenie.

Z kolei art. 5 Konwencji dotyczy udzielenia przez pacjenta zgody na dokonanie zabiegu. W przypadku zapłodnienia *in vitro* samo wyrażenie zgody nie budzi większych wątpliwości, bowiem pacjenci sami przychodzą z prośbą o przeprowadzenie zabiegu. Większe komplikacje rodzi możliwość swobodnego wycofania owej zgody. Konwencja nie precyzuje ostatecznego momentu cofnięcia decyzji w przypadku sztucznego zapłodnienia, a to skutkuje brakiem uregulowania sytuacji, w której po zapłodnieniu pobranej od pacjentki komórki jajowej zostanie wycofana zgoda na jej transfer do macicy.

Kolejne kontrowersje w kwestii sztucznej prokreacji pojawiają się w przypadku zagwarantowanego każdemu (w art. 10 Konwencji) prawa do informacji dotyczących jego zdrowia. Czy należy zatem ujawnić dziecku okoliczności jego poczęcia? Jest to następną luką, która powinna zostać uregulowana w krajowych systemach prawnych.

Ponadto, zgodnie z art. 14, który stanowi *lex specialis* w stosunku do art. 13, „wykorzystywanie technik medycznie wspomaganey prokreacji jest zakazane, o ile celem tych technik jest wybór płci przyszłego dziecka, za wyjątkiem sytuacji, gdy wybór taki pozwala uniknąć poważnej choroby dziedzicznej zależnej od płci dziecka”. Twórcy Konwencji bioetycznej pozostawili doprecyzowanie określenia „poważna choroba dziedziczna” ustawodawcom krajowym⁵.

Reasumując, warto zauważyć, że Konwencja bioetyczna zawiera ważne minimum dla ochrony zarodków, a także wskazuje kwestie, które powinny zostać uregulowane przez krajowego ustawodawcę.

Europejskie prawo unijne

Europejskie prawo unijne w zasadzie nie reguluje kwestii obrotu bądź badań nad zarodkowymi komórkami macierzystymi *in vitro*, ale wzywa państwa członkowskie do wprowadzenia w tym zakresie pewnych regulacji prawnych na poziomie narodowym lub do poparcia pewnych ustaleń, pod rygorem określonym w art. 258 i n. Traktatu Lizbońskiego (Traktat o Funkcjonowaniu UE). Granice owych regulacji wyznacza *Karta praw podstawowych* (dalej: Karta).

Karta formułuje pięć generalnych warunków, które mogą rzutować na wykładnię prawa pochodnego i transpozycji narodowych w zakresie wspomaganey prokreacji: nakaz ochrony godności ludzkiej (art. 1), zakaz komercjalizacji ciała ludzkiego i jego części (art. 3 ust. 2), zakaz praktyk eugenicznych, w szczególności tych, których celem jest selekcja

⁵ J. Kondratiewa-Bryzik, *Początek prawnej ochrony życia ludzkiego w świetle standardów międzynarodowych*, Warszawa 2009, s. 183.

osób (art. 3 ust. 2), zakaz klonowania reprodukcyjnego (art. 3 ust. 2) oraz warunek uzyskania zgody podmiotu poddanego interwencji medycznej (art. 3 ust. 2)⁶.

Wytyczne uszczegółowiające znajdują się w dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 w sprawie ustalenia norm jakości i bezpiecznego oddawania, pobierania, testowania, przetwarzania, konserwowania, przechowywania i dystrybucji tkanek i komórek ludzkich (nr 2004/23/WE) oraz w dyrektywach wykonawczych Komisji do niej: 2006/17/WE z 8 lutego 2006 roku oraz 2006/86/WE z dnia 24 października 2006 roku.

Powyższe dyrektywy wymieniają minimalne standardy ochronne dotyczące obrotu i badań nad komórkami rozrodczymi, w tym nad embrionami ludzkimi *in vitro*, obowiązujące każde państwo członkowskie⁷.

Ze względu na brak standardów międzynarodowych w zakresie sztucznej prokreacji, regulacje krajowe są mocno zróżnicowane. W celu ujawnienia tych rozbieżności, warto się przyjrzeć rozwiązaniom prawnym zaproponowanym przez ustawodawcę krajowego w dwóch światowych mocarstwach: Stanach Zjednoczonych i Rosji, a także w wybranych państwach Unii Europejskiej: Wielkiej Brytanii i Niemczech, które reprezentują odmienne modele regulacyjne wspomaganej prokreacji.

Stany Zjednoczone

USA prowadzą podobną politykę we wszystkich stanach, jednak różnice w pojmowaniu statusu embrionu powodują znaczne rozbieżności w uregulowaniu takich kwestii jak wspomagana prokreacja, zapłodnienie *in vitro*, badania na embrionach czy diagnostyka preimplantacyjna. Ze względu na to, że stawką są tu głęboko ugruntowane wartości związane z szacunkiem wobec ludzkiego życia, istotą prokreacji oraz ochroną kobiet i potomstwa, istnienie różnych poglądów w tak wielkim kraju, jakim są USA nie powinno być dla nikogo zaskakujące.

Stany Zjednoczone przyjęły w dużej mierze postawę *hands-off* (ręce z daleka) wobec zapłodnienia *in vitro*, pozostawiając prywatnym lekarzom i pacjentom prawo do decydowania, jakie usługi będą oferowane i wykonywane, z jedynym zastrzeżeniem, że muszą być zgodne z prawem deliktowym i kontraktowym⁸. Embriony nie mają przyrodzonego statusu moralnego ani konstytucyjnego, dlatego w zasadzie nie ma prawnych przeciwwskazań wobec tworzenia embrionów nadliczbowych, ich wyrzucania, darowania innym

6 L. Bosek, *Refleksje wokół prawnych uwarunkowań prokreacji*. Artykuł pochodzi z debaty przeprowadzonej w dniach 14.03–24.03.2009 pt. *Jak uregulować zapłodnienie in vitro?*, <http://www.ptb.org.pl/pdf/bosek_in_vitro_1.pdf>.

7 Szczegółowym omówieniem tej dyrektywy zajął się L. Bosek, *ibidem*.

8 J.A. Robertson, *Assisted Reproduction in Germany and the United States: An Essay in Comparative Law and Bioethics*, „*Beppress Legal Series*” 2004 paper 226.

czy też określania, co zrobić z niewykorzystanymi. Jednak większość prywatnych klinik i badaczy uważa, że swobodna manipulacja ludzkimi zarodkami nie powinna być przez prawo dozwolona. Kilka stanów zakazało badań nad ludzkimi embrionami i płodami (w szerokich znaczeniach tych słów), jednak przepisy te zostały zakwestionowane i uznane za niekonstytucyjne. W ten sposób nie zahamowano badań nad zarodkami ani komórkami macierzystymi, a metody zapłodnienia *in vitro* mogły być praktykowane. Zapłodnienie pozaustrojowe na poziomie federalnym reguluje tylko jedna ustawa z roku 1992: The Fertility Clinic Success Rate and Certification Act⁹, której celami są: stworzenie systemu zachęt do dokładnego raportowania wyników kliniki, określenie programów oferujących wspomaganą prokreację oraz zagwarantowanie konsumentom wiarygodnych informacji na temat skuteczności programu wspomaganą prokreacji. Ustawa wprowadza definicję technik wspomaganą prokreacji (ART) i definiuje je jako

wszelkie badania kliniczne i procedury laboratoryjne obejmujące postępowanie z ludzkimi oocytami i nasieniem lub embrionami, z zamiarem spowodowania ciąży a także obejmujące zapłodnienie *in vitro*, dojazdowy transfer gamet, dojazdowy transfer zygoty, kriokonserwację embrionów, przekazywanie oocytów lub embrionów, macierzyństwo zastępcze.¹⁰

Warto podkreślić, że ustawa ta może być implementowana dobrowolnie przez poszczególne stany, zatem nie ma sankcji federalnych za nieprzestrzeganie zawartych w niej postanowień.

Większość stanów nie posiada jednak kompleksowej regulacji kwestii sztucznego zapłodnienia. Najczęściej poprzestaje się na akceptacji prawa precedensowego lub jedynie częściowo reguluje się najbardziej wrażliwe społecznie zagadnienia, takie jak np. zakazy klonowania (np. Wirginia), zakazy badań nieterapeutycznych na embrionach (np. Nowy Meksyk, Południowa Dakota, Luizjana), reguły filiacyjne dla dzieci urodzonych wskutek zapłodnienia pozaustrojowego (żaden stan ani sąd nie uznał roszczeń do ustalenia filiacji dziecka z więcej niż dwojgiem rodziców – matką i ojcem), zakazy macierzyństwa zastępczego (np. Nowy Jork). Celem regulacji stanowych jest też ochrona dawców i biorców gamet przed działaniami oszustów i osób pozbawionych licencji (przykładowo, Kalifornia kontroluje jakość gamet i kryminalizuje niedozwolone wykorzystywanie gamet lub embrionów ludzkich)¹¹.

Tylko niektóre stany uregulowały kwestie sztucznej prokreacji całościowo, tzn. określają one zasady ochrony embrionów ludzkich, podmiotowe warunki dostępu do proce-

⁹ Ustawa dostępna na stronie: <www.cdc.gov/dls/pdf/art/fr06no98n.pdf>.

¹⁰ The Fertility Clinic Success Rate and Certification Act of 1992, Proposed Model Certification Program For Embryo Laboratories, Part I. Definitions [tłum. własne]

¹¹ L. Bosek, *op. cit.*

dur oraz skutki cywilnoprawne i karne (np. Luizjana, New Hampshire, Pensylwania). Przykładowo Luizjana rozstrzyga, że ludzki embrion *in vitro* w żadnym wypadku nie może być zniszczony, może być tworzony wyłącznie w celu implantacji do organizmu matki genetycznej, chyba że rodzice w sformalizowanej procedurze zrzekną się praw rodzicielskich na rzecz innego małżeństwa, a rodzice adopcyjni wyrażają zgodę i są w stanie przyjąć embrion (*willing and able to receive the embryo*). Luizjana rozstrzyga ustawowo, że embrion przebywający poza ustrojem matki jest osobą (*juridical person*)¹².

Federacja Rosyjska

Ustawodawstwo rosyjskie reguluje kwestie dotyczące zasad korzystania z zabiegów wspomaganey prokreacji, jednak nie są to normy o charakterze systemowym. Rosja nadal nie przystąpiła do Konwencji bioetycznej, a próby przyjęcia ustaw o bioetyce lub zdrowiu reprodukcyjnym zakończyły się fiaskiem. Jedynym ustawowym aktem prawnym regulującym kwestie zdrowia reprodukcyjnego jest federalna ustawa Podstawy ustawodawstwa Federacji Rosyjskiej o ochronie zdrowia obywateli (ros. Основы законодательства Российской Федерации об охране здоровья граждан) z dnia 22 lipca 1993 roku. Zasady przeprowadzania zabiegów sztucznego zapłodnienia zostały określone w Rozporządzeniu Ministra Zdrowia z 26 lutego 2003 roku. ws. zastosowania technik wspomaganey prokreacji w celu leczenia niepłodności kobiet i mężczyzn (ros. Приказ Министерства здравоохранения РФ от 26 февраля 2003 г. N 67 О применении вспомогательных репродуктивных технологий (ВРТ) в терапии женского и мужского бесплодия), a więc w akcie prawnym niższym rangą od ustawy.

Artykuł 35 wspomnianej ustawy o ochronie zdrowia stanowi, iż:

każda kobieta w wieku rozrodczym ma prawo do sztucznego zapłodnienia i implantacji embrionu. Poza tym sztuczne zapłodnienie kobiety i implantacja zarodka powinny odbywać się w pomieszczeniach przeznaczonych do tego rodzaju działalności, a warunkiem korzystania z zabiegów jest pisemna zgoda małżonków lub kobiety samotnej. Informacje o przeprowadzeniu zabiegu sztucznego zapłodnienia, implantacja zarodka, a także tożsamość dawcy stanowią przedmiot tajemnicy lekarskiej. Kobieta ma prawo do informacji o procedurze sztucznego zapłodnienia i implantacji embrionu, o jego medycznych i prawnych skutkach, a także o wyniku badań genetycznych, wyglądzie i narodowości dawcy nasienia, których zobowiązany jest udzielić lekarz dokonujący zabiegu. Jeżeli ktoś przeprowadza zabieg sztucznego zapłodnienia z naruszeniem powyższych przepisów, podlega odpowiedzialności karnej.

¹² *Ibidem*.

Prawodawca rosyjski w art. 1 wspomnianego rozporządzenia uznaje niepłodność za chorobę, która wymaga leczenia w postaci zastosowania metod wspomaganej prokreacji, jeżeli inne metody leczenia okazały się bezskuteczne lub jeżeli zachodzi prawdopodobieństwo, że metody wspomaganej prokreacji będą skuteczniejsze niż inne metody leczenia niepłodności¹³. Rozporządzenie w sprawie zastosowania technik wspomaganego prokreacji w celu leczenia niepłodności kobiet i mężczyzn zawiera również odrębne listy obowiązkowych badań medycznych dla kobiety i mężczyzny przed dokonaniem zabiegu sztucznego zapłodnienia¹⁴.

Federacja Rosyjska w omawianym rozporządzeniu szczegółowo podnosi również kwestię przekazywania gamet. W przypadku przekazania nasienia, dawcą może być zarówno małżonek, jak i osoba trzecia, z zastrzeżeniem, że muszą to być mężczyźni w wieku od 20 do 40 lat, fenotypowo normalni – wyboru dokonują pacjenci korzystający z zabiegów sztucznego zapłodnienia. Dawczynią komórki jajowej może być zarówno krewna lub znajoma osób korzystających z zabiegu sztucznego zapłodnienia, jak i osoba zupełnie anonimowa. Ponadto, dawczyni musi być w wieku od 20 do 35 lat, posiadać własne zdrowe dziecko, dobry stan zdrowia somatycznego, a także nie może mieć zbyt charakterystycznego fenotypu. Co więcej, dawcy komórek rozrodczych powinni poddać się obowiązkowym badaniom medycznym, określonym w art. 6 omawianego rozporządzenia. Korzystanie z komórek rozrodczych tego samego dawcy nie może prowadzić do urodzenia więcej niż 20 dzieci na 800 tys. mieszkańców na danym obszarze geograficznym. Zgodnie z art. 6, jeżeli dawcą komórek rozrodczych jest osoba trzecia, nie przysługują jej wówczas żadne prawa i obowiązki rodzicielskie względem przyszłego dziecka, ponieważ istotą dawstwa jest leczenie niepłodności innych osób. Ponadto rosyjski Kodeks rodzinny z dnia 29 grudnia 1995 roku przewiduje w art. 51, że przy rejestracji aktu urodzenia dziecka narodzonego w wyniku zastosowania technik sztucznej prokreacji za jego rodziców uznaje się małżonków, którzy udzielili pisemnej zgody na zabieg. Z kolei art. 52 wspomnianego kodeksu wprowadza zakaz żądania zaprzeczenia ojcostwa przez męża matki, jeśli wyraził on w formie pisemnej świadomą zgodę na zabieg sztucznego zapłodnienia i został poinformowany o jego konsekwencjach. Jeżeli matką dziecka urodzonego w wyniku zastosowania technik wspomaganej prokreacji jest kobieta samotna, stosuje się ogólne zasady rejestracji aktu urodzenia dziecka urodzonego przez kobietę samotną, gdy ojciec jest nieznan (nazwiskiem dziecka jest nazwisko matki, odczestwo imię dziecka – otczestwo – wskazuje matka dziecka)¹⁵.

W Rosji istnieje możliwość przeprowadzenia diagnostyki preimplantacyjnej w celach leczniczych. Stosuje się ją przede wszystkim w celach wykrycia ewentualnych wad genetycznych komórki jajowej lub embrionu oraz ustalenia płci zarodka, ponieważ, jak już

13 J. Kondratiewa-Bryzik, *op. cit.*, s. 268.

14 *Ibidem*, s. 269.

15 *Ibidem*, s. 269–270.

zostało wspomniane wcześniej, niektóre choroby genetyczne dziedziczy się w sposób recesywny wraz z płcią.

Wielka Brytania

Model brytyjski preferuje wolność prokreacyjną i eksperymentalną, legalizuje np. tworzenie hybryd ludzko-zwierzęcych¹⁶. Jego cechą charakterystyczną jest rozbudowana regulacja instytucjonalna. Nadzór nad klinikami leczenia niepłodności sprawuje Urząd ds. Płodności i Embriologii (ang. The Human Fertilisation and Embryology Authority). Urząd ten licencjonuje podmioty aktywne w sferze wspomaganej prokreacji i monitoruje przestrzeganie nakładanych na nie obowiązków. Został utworzony w 1991 roku na podstawie Ustawy o płodności i embriologii z 1990 roku, jako niedepartamentalne ciało publiczne (*non-departmental public body* – NDPB) odpowiadające przed Ministrem Zdrowia. Kwestie związane ze wspomaganą prokreacją zostały uregulowane we wspomnianej Ustawie o płodności i embriologii z 1990 roku, w brzmieniu nadanym przez ustawę z 2008 roku, która weszła w życie 13 listopada 2008 (ang. The Human Fertilisation and Embryology Act – HFEA).

Regulacje brytyjskie nie wprowadzają ograniczeń podmiotowych w dostępie do procedur sztucznego zapłodnienia, co oznacza, iż dopuszczalne jest tworzenie i transferowanie embrionu zarówno osobom samotnym, jak i parom lesbisjskim. Pomimo iż ustawa przewiduje obowiązek uwzględniania dobra dziecka w procedurach wspomaganej prokreacji, w praktyce przepis¹⁷ ten nie odgrywa większej roli. Co więcej, stanowi on jeden z najbardziej spornych przepisów HFEA, bowiem – wedle niektórych – dyskryminuje on pewną grupę ludzi, narusza ich prywatność i ogranicza wolność reprodukcyjną¹⁸. Techniki wspomaganej prokreacji są finansowane ze środków publicznych Wielkiej Brytanii, choć dotyczy to mniej niż 25% ogółu wykonywanych zabiegów¹⁹.

Bardzo liberalny model brytyjski nie jest realizowany w pełnym zakresie w żadnym z państw UE. Jednym z powodów tego zjawiska jest jego częściowa niezgodność z Europejską konwencją bioetyczną, której Wielka Brytania nie podpisała. W Konwencji znajduje się

16 L. Bosek, *op. cit.*

17 *Section 13(5) of the HFE Act requires that: "A woman shall not be provided with treatment services unless account has been taken of the welfare of any child who may be born as a result of the treatment (including the need of that child for a father), and of any other child who may be affected by the birth."* Paragraf 13(5) HFEA stanowi, że „Kobietę można poddać leczeniu, ale tylko kiedy weźmie się pod uwagę dobro dziecka, które mogłoby się urodzić na skutek tego leczenia (w tym potrzebę tego dziecka do posiadania ojca), a także każdego innego dziecka, które może zostać dotknięte przez urodzenie” [tłum. własne].

18 House of Commons. Science and Technology Committee. Human Reproductive Technologies and the Law. Fifth Report of Session 2004–05, opublikowany 24 marca 2005 przez Izbę Gmin w Londynie [tłum. własne].

19 L. Bosek, *op. cit.*

kilka przepisów, które kłócą się regulacjami brytyjskimi, m.in. art. 14, który mówi o zakazie wyboru pici z przyczyn pozaleczniczych, oraz art. 18, który uniemożliwia „tworzenie embrionów ludzkich dla celów naukowych”, co w Wielkiej Brytanii jest częstym zjawiskiem.

Republika Federalna Niemiec

Model niemiecki stoi w opozycji do liberalnego kształtowania regulacji prawnych metod wspomaganej prokreacji; uważany jest za bardziej restrykcyjny, a przez niektórych nawet za konserwatywny. Cechą tego modelu jest wyraźna legalizacja zapłodnienia pozaustrojowego przy jednoczesnej ochronie godności ludzkiej embrionu – godności rozumianej ściśle jako zakaz uprzedmiotowienia istoty ludzkiej²⁰. Podstawą niemieckich regulacji jest silna ochrona prawna przysługująca płodom i embrionom, gwarantowana już na poziomie konstytucyjnym. Zgodnie z art. 1 ust. 2 w zw. art. 2 niemieckiej ustawy zasadniczej (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland – GG), embriony mają takie samo prawo do życia i godności ludzkiej, jak wszystkie inne osoby ludzkie. Co więcej, obowiązkiem państwa jest zapewnienie ich należytej ochrony, niezależnie od miejsca przebywania embrionu (in vitro albo in vivo). Ten bardziej ochronny stosunek do płodów i zarodków zwykle tłumaczy się jako reakcję na faszyzm i ekscesy narodowego socjalizmu oraz głębokimi korzeniami religijnymi Niemców, szczególnie niemieckich katolików. Chociaż w niektórych przypadkach prawo przyznaje kobietom prawo do przerwania ciąży, to zawsze musi ono być zbalansowane z prawem do życia embrionów.

Podstawowe zasady regulujące kwestie wspomaganej prokreacji zostały zawarte w niemieckiej Ustawie o ochronie embrionów z 1990 roku (Embryonenschutzgesetz – EschG) i Ustawy o zakazie handlu dziećmi i macierzyństwa zastępczego z 1985 roku. EschG jest ustawą karną, dlatego ochrona godności ludzkiej odbywa się za pomocą przepisów karnych. Według ustawy nie można tworzyć embrionów do celów innych niż prokreacyjne. Państwo niemieckie refunduje 50% kosztów związanych z zabiegami sztucznego zapłodnienia, ale tylko w przypadku zapłodnienia homologicznego, dla małżeństw. Przeprowadzone zostać mogą maksymalnie trzy próby.

Zgodnie z założeniem, że embrionów nie można tworzyć w celach innych niż prokreacyjne, nie ulega wątpliwości, że przepisy niemieckie uznają niepłodność za chorobę, a metody sztucznego zapłodnienia mają być skutecznym lekarstwem na nią.

Niemcy nie borykają się z problemem nadmiernej ilości ciąż mnogich, bowiem liczba embrionów w jednym cyklu została ustawowo ograniczona do trzech. Ponadto EschG nakłada jednoczesny obowiązek ich transferu do organizmu kobiety. Ustawa niemiecka nie pozwala także na rutynowe konserwowanie embrionów ludzkich, chyba że w stanie wyższej konieczności, jak np. choroba kobiety lub wycofanie zgody. Zamierzoną

²⁰ *Ibidem*.

konserwację embrionu uznaje się za przejaw jego uprzedmiotowienia, a więc działanie naruszające art. 1 GG²¹.

W Niemczech techniki diagnostyki preimplantacyjnej nie są obecnie dozwolone. Pomimo że Ustawa o ochronie embrionów z 1990 roku nie kryminalizuje wprost PGD, to zakazuje niszczenia i usuwania embrionów. Skoro niemieckie regulacje zakazują badań diagnostycznych dla celów leczniczych, to tym bardziej nie pozwalają na takie badania w celach społecznych. Art. 3 EschG zakazuje wyboru płci dziecka, a art. 7 jakiegokolwiek zmiany i manipulacji informacją genetyczną człowieka.

Polska

Powyższe rozważania ukazały odmienne modele regulacji zagadnień wspomaganej prokreacji. Po ponad 30 latach stosowania metod sztucznego zapłodnienia większość państw zmierzyła się już z próbą prawnego unormowania tych kwestii. Niektóre kraje zajęły stanowisko skrajnie liberalne, a inne skrajnie konserwatywne. Ustawodawca polski, pomimo ogromnych możliwości wyboru i zbalansowania tych dwóch stanowisk, do dziś nie uregulował kwestii wspomaganej prokreacji, inżynierii genetycznej, zapłodnienia *in vitro*, macierzyństwa zastępczego, diagnostyki preimplantacyjnej, kriokonserwacji gamet i embrionów. Pozostawiając tak istotne kwestie bez regulacji, państwo polskie daje ciche przyzwolenie na nieograniczone ingerowanie w ludzkie życie. Następstwa takiego podejścia zdają się gorsze niż przyjęcie któregośkolwiek z modeli regulującego wspomaganą prokreację. Joanna Haberko zauważa, że:

sytuacja taka, w której medycyna i jej możliwości oraz działania lekarzy znacznie wyprzedziły i wyprzedzają prawo, a stosowanie technik pozostawione jest regulacji ogólnej w zakresie wykonywania zawodu lekarza stosującego techniki wspomaganego medycznie rozrodu nie jest oczywiście rozwiązaniem trafnym i pożądanym, co więcej zakłada daleko posuniętą uznaniowość w zakresie stosowania omawianych technik. Brak kompleksowej regulacji zasad i konsekwencji prawnych stosowania technik wspomaganej medycznie prokreacji odbijał się, i nadal, niestety, tak jest, niekorzystnie na sytuacji prawnej pozyskiwanych w wyniku zastosowania pozaustrojowego zapłodnienia embrionów²².

W ciągu ostatnich dwóch lat we wszystkich klubach poselskich wypracowano pro-

²¹ *Ibidem*.

²² J. Haberko, *Kilka uwag na temat statusu cywilnoprawnego ludzkiego embrionu w świetle projektu Ustawy o ochronie genomu ludzkiego i embrionu ludzkiego oraz Polskiej Radzie Bioetycznej i zmianie innych ustaw*. Artykuł pochodzi z debaty przeprowadzonej w dniach 14.03–24.03.2009 pt. *Jak uregulować zapłodnienie in vitro?*, <http://www.ptb.org.pl/pdf/haberko_in_vitro_1.pdf>.

jekty ustaw bioetycznych, które złożono do łaski marszałkowskiej. Dotychczas żaden z nich nie został przyjęty. W związku z tym, że termin *in vitro* w polskim prawie nie istnieje, warto zastanowić się jak funkcjonuje on w praktyce. Kwestie pośrednie, takie jak moment początku życia człowieka, znalazły unormowanie w dotychczasowych aktach prawnych, m.in. Konstytucji. Zapłodnienie *in vitro* jest regulowane właściwie tylko zasadami sztuki medycznej i Kodeksem etyki lekarskiej – KEL z dnia 2 stycznia 2004 roku.

Artykuły 38–39a KEL odnoszą się do kwestii prokreacji. Art. 38 dotyczy „szczególnej odpowiedzialności lekarza do procesu przekazywania życia człowieka”, udzielania przez niego informacji „zgodnych z wiedzą medyczną dotyczących procesów zapłodnienia” oraz „obowiązku zapoznania pacjentów z możliwościami współczesnej genetyki lekarskiej, a także diagnostyki i terapii przedurodzeniowej, uprzedzając o możliwym ryzyku”.

Ponadto, Polska od 1997 roku nie zdecydowała się na ratyfikację Europejskiej konwencji bioetycznej, pomimo iż Konwencja zakłada wykorzystywanie zdobyczy biotechnologicznych tylko dla dobra człowieka i dąży do zapewnienia ochrony godności istoty ludzkiej. Jej przepisy stanowią minimum ochrony, zatem nie ma przeszkód, aby polski ustawodawca zaostrzył pewne regulacje. Tym bardziej zastawiający jest fakt ciągłej debaty nad potrzebą jej ratyfikacji.

W Polsce nie ma żadnych ograniczeń co do liczby pozyskiwania embrionów metodą *in vitro*, a także liczby ich umieszczenia w łonie matki. Decyzję pozostawia się pacjentkom, choć praktyka pokazuje, że nie dokonuje się transferu więcej niż trzech embrionów. Pozostaje pytanie, co się robi z embrionami niewykorzystanymi. Obecnie w Polsce można zrobić z nimi wszystko, zarówno zamrozić, jak i zniszczyć. Gdyby polska klinika leczenia niepłodności najzwyczajniej wyrzuciła embriony nadliczbowe jako odpady, nie poniosłaby z tego tytułu żadnych negatywnych konsekwencji. Pomimo, że Trybunał Konstytucyjny orzekł²³, iż życie człowieka zaczyna się od jego poczęcia, we wspomnianym przypadku, gdy embriony zostały wyrzucone, a zarazem unicestwione, nie można zastosować przepisów Kodeksu karnego, bowiem zabójstwo może zostać dokonane tylko na człowieku narodzonym, a przyczynić się do śmierci dziecka poczętego można tylko w sytuacji, gdy znajduje się ono w łonie matki. Polskie kliniki nie mogą jednak korzystać z alternatywnych sposobów postępowania z embrionami nadliczbowymi, takich jak przekazanie zarodków do adopcji, ponieważ, zgodnie z Kodeksem rodzinnym i opiekuńczym, „zgoda rodziców na przysposobienie dziecka nie może być wyrażona wcześniej niż po upływie sześciu tygodni od urodzenia się dziecka” (art. 1192).

W polskim systemie prawnym nie ma również żadnych ograniczeń co do podmiotów, które mogą się poddać zabiegowi *in vitro*, zatem należy wnioskować, iż o możliwości jego przeprowadzenia decydują tylko kwestie finansowe i zdrowotne pacjentki. Kliniki nie wymagają, aby przyszli rodzice byli w związku małżeńskim. Ewa Siedlecka trafnie

23 Cf. orzeczenie K26/96.

zauważa, że gdyby przyszłymi rodzicami chcieli być bliscy krewni (brat i siostra czy ojciec i córka), to o niewykonaniu zabiegu mogłyby zdecydować jedynie względy medyczne, czyli zwiększone ryzyko wad wrodzonych płodu. Lekarz mógłby też skorzystać z klauzuli sumienia, jeśli uważałby stworzenie takiego zarodka za niemoralne. Nie wchodzi tu natomiast w grę prawo karne zakazujące kazirodztwa, ponieważ jest nim tylko stosunek płciowy, a w przypadku *in vitro* do stosunku nie dochodzi²⁴.

Trudno również znaleźć odpowiedź na pytanie, kto jest rodzicem sztucznie poczętego zarodka. Ani prawo cywilne, ani prawo rodzinne nie reguluje sytuacji, gdy dziecko poczęte znajduje się poza organizmem matki. Zatem można by wnioskować, iż umowy dotyczące dysponowania zarodkiem znajdującym się w probówce i zarodkami nadliczbowymi opierają się na prawie własności, a nie – prawach rodzicielskich. Ponadto, praktyka pokazuje, iż prawo do dysponowania zarodkami mają dawcy gamet, dlatego z reguły w umowach, które pary zawierają z polskimi klinikami leczenia niepłodności, jest punkt o zrzeczeniu się praw do nadprogramowych zarodków na rzecz kliniki. Klinika ma prawo wykorzystać je np. tylko do celów implantacji bezpłodnym parom lub do celów naukowych – jak podkreśla Michał Nesterowicz, znawca prawa medycznego z Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu²⁵. Jednak pozostaje kwestia ważności takiej umowy w przypadku, gdy rodzice biologiczni będą chcieli wycofać swoją zgodę.

Trudności przysparza również kwestia macierzyństwa zastępczego, które oczywiście nie jest ujęte w polskich ramach prawnych. Często na świecie pojawiają się spory o prawa do dziecka między przyszłymi rodzicami a kobietą, której brzuch miał posłużyć za swoisty inkubator. Wg polskiego Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego²⁶ „matką dziecka jest kobieta, która je urodziła” (art. 619), a nie matka przekazująca swój materiał genetyczny. Więcej trudności przysparza określenie ojcostwa, bowiem przy obecnym stanie prawnym ojcem dziecka jest mąż matki, chyba że wniesie powództwo o zaprzeczenie ojcostwa²⁷. Zdaniem Nesterowicza, proces o zaprzeczenie ojcostwa oparty wyłącznie o testy genetyczne daje w Polsce niewielkie szanse na wygraną, bowiem aby być ojcem, trzeba obcować z matką albo być jej mężem. Przy zapłodnieniu *in vitro* nie występuje jednak obcowanie. Wynika z tego następna trudność: jeśli w Polsce zapłodnienie *in vitro* przeprowadzi się u pary niebędącej małżeństwem, to ojcostwo może być ustalone tylko drogą formalnego uznania dziecka. Gdyby ojciec nie zechciał tego zrobić, matka nie będzie miała możliwości ubiegania się od niego o alimenty. Dlatego niektóre kliniki dają ojcu do podpisu zobowiązanie, że po urodzeniu uzna dziecko i będzie łączyć na jego utrzymanie²⁸.

24 E. Siedlecka, *Polska terra incognita czyli in vitro w pytaniach i odpowiedziach*, <http://www.edziecko.pl/przed_ciaza/1,87842,4802290.html>.

25 *Ibidem*.

26 Dz.U. z 1964 r. nr 9, poz. 59, dalej: KRO.

27 *Cf.* art. 62–85 KRO.

28 E. Siedlecka, *op.cit.*

Na temat selekcjonowania zarodków polskie prawo również milczy, dlatego wydaje się, iż nie ma przeciwwskazań ku temu, aby przeprowadzać badania diagnostyki preimplantacyjnej. Skoro Polska nie ratyfikowała Europejskiej konwencji bioetycznej, która zakazuje selekcji embrionów ze względu na płeć (chyba że ma to zapobiec chorobie genetycznej), to teoretycznie można wybrać nawet płeć wszczepianego zarodka. Wydaje się, że polscy lekarze kierują się w tej kwestii poczuciem moralności, ponieważ do tej pory nie dotarła do wiadomości publicznej informacja o tego typu praktykach wśród polskich pacjentek.

Zakończenie

Powyższa komparatystyka regulacji krajowych pozwoliła wskazać główne problemy i wyzwania, którym społeczność międzynarodowa powinna sprostać. Na całym świecie istnieje przekonanie, że ludzkość już dawno przekroczyła granice technologicznej niewinności w prokreacji. Wielu z nas obawia się etycznych i społecznych skutków nowych technologii reprodukcyjnych. Jednak tylko nieliczna grupa osób i państw twierdzi, że powinniśmy w ogóle zrezygnować z nowych osiągnięć biomedycyny. Większość zgadza się, że należy stosować metody sztucznego zapłodnienia, nie zapominając jednocześnie o ochronie godności ludzkiej. Podróż porównawcza pozwoliła zauważyć, że uczymy się żyć ze świadomością posiadania genów, które zostały uwolnione z probówki na skutek innowacji prokreacyjnych. Takie doświadczenia powinny nakłonić państwa do szybkiego ustalenia uniwersalnych standardów w zakresie wykorzystywania ludzkich embrionów, zarówno dla celów leczniczych, jak i naukowych. Postęp biotechnologii dopiero zaczął nabierać tempa, a kolejne dekady XXI wieku z pewnością postawią przed nią następne wyzwania dotyczące selekcji i modyfikacji genetycznej.

SUMMARY

A right to in vitro fertilisation in Poland and worldwide

In vitro fertilization involves many issues that need to be regulated by law. The main one is the status of the embryo and arising from it other concerns such as cryoconservation of embryos, assisted reproductive techniques, gamete donation, surrogacy, or preimplantation diagnosis. This paper surveys the legal regulation of in vitro fertilization at different levels of the law systems, from international standards, through regional regulations, to the national law.

KEYWORDS: in vitro fertilisation, assisted reproductive techniques, bioethic, human rights, right to life

ANITA KUBANEK

Legalność stosowania środków przymusu bezpośredniego w kontekście gwarancji konstytucyjnych

Studium proceduralno-prawne

Funkcją każdej organizacji, jaką jest państwo, jest po pierwsze strzeżenie suwerenności i niepodległości narodu (m.in. przed zagrożeniami zewnętrznymi)¹, po drugie wielopłaszczyznowa ochrona jednostki, włączając w to bezpieczeństwo i porządek publiczny. Funkcja ta realizowana jest przez wachlarz instytucji i gwarancji prawnych, które swoje źródło mają w Konstytucji RP z 1997 roku². Akt ten zapewnia bowiem jednostce szereg praw i wolności, których ograniczenie – zgodnie z art. 31 ust. 3 – może być ustanowione wyłącznie w ustawie oraz wyłącznie, gdy jest to konieczne w demokratycznym państwie dla zachowania bezpieczeństwa lub porządku publicznego. Przepis ten uniemożliwia zatem naruszenie istoty wolności i praw jednostki, które w dobie rozwoju globalizacji i integracji różnorodnych porządków prawnych nabierają coraz większego znaczenia.

Konstytucja RP gwarantuje jednostce wiele praw związanych z różnymi dziedzinami życia społecznego, ekonomicznego i politycznego oraz zapewnia ochronę tych praw. Stanowią one bowiem podstawowe dobra osobiste³, do których ochrony których odnosi się także ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny⁴ (dalej: k.c.). Zgodnie z zapisami ustawy zasadniczej, Rzeczpospolita Polska zapewnia każdemu człowiekowi prawną ochronę życia (art. 38) i wolności (art. 31), chroni godność, która jest dobrem niezbywalnym i przyrodzonym (art. 30), zapewnia prawo do równego traktowania (art. 32), chroni wolność i nietykalność osobistą (art. 41) i wprowadza powiązany z nimi zakaz stosowania tortur oraz kar cielesnych (art. 40). Kodeks cywilny także zapewnia prawną ochronę dóbr osobistych, do których zalicza m.in. (art. 23, 24) zdrowie, wolność, cześć, swobodę sumienia, wizerunek, nazwisko czy pseudonim. Zauważalna jest jednak różnica

1 M. Goettel, *Podręcznik policjanta. Część 2A i 2B. Uprawnienia policjanta*, Szczytno 1996, s. 3.

2 Dz.U. z 1997 r. nr 78, poz. 483, z późn. zm.

3 J. Przybojewski, *Prawo konstytucyjne. Zagadnienia podstawowe*, Bydgoszcz 2003, s. 33.

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

pomiędzy powyższymi regulacjami, bowiem Konstytucja chroni dobra generalne i kreśli ich abstrakcyjne granice. Natomiast kodeks konkretyzuje je na płaszczyźnie prawa i postępowania cywilnego jak również obejmuje ochroną bez względu na tę przewidzianą w innych przepisach. Niewątpliwie obie regulacje prowadzą do zagwarantowania jednostce analogicznych praw przy zastosowaniu różnorodnych narzędzi omówionej gwarancji.

Państwo posiada uprawnienie do prawnej ingerencji w sferę zagwarantowanych konstytucyjnie praw oraz wolności człowieka i obywatela. Dokonuje jej za pośrednictwem wyspecjalizowanego i zorganizowanego aparatu (organów państwowych, takich jak: Policja, sądy, Prokuratura). Zgodnie z zasadą demokratycznego państwa prawnego, ingerencja ta powinna nastąpić na mocy prawa oraz w jego granicach. Organy państwowe wyposażone w odpowiednie narzędzia ingerencji „mogą funkcjonować wyłącznie w ramach posiadanych kompetencji, zakreślonych przez normy prawne”. Ich rozstrzygnięcia powinny opierać się na prawnej podstawie, a ich istnienie – wynikać z obowiązujących regulacji prawnych⁵. Jeżeli przesłanki te zostaną spełnione, organ państwowy otrzymuje od państwa legitymację do stosowania przymusu państwowego, będącego źródłem omawianej ingerencji. Podstawową cechą przymusu państwowego jest bowiem jego prawny charakter, co stanowi potwierdzenie wspomnianej zasady demokratycznego państwa prawnego⁶.

W naukach społecznych przymus jest pewnego rodzaju oddziaływaniem jednego człowieka na innych ludzi. Jest on, zdaniem Ewy Muszyńskiej bardzo często utożsamiany z przemocą, tj. „czynnościami przebiegającymi z użyciem przeważającej siły fizycznej, przy czym jej użycie przybiera zwykle formę ataku, zachowania agresywnego i polega na zadaniu bólu”. Przymus jest również określany, przez cytowaną autorkę, jako „stan, w którym jednostka wykonująca dane czynności zachowuje się w określony, narzucony jej sposób, nieraz wbrew swojej woli. Przymus jest często rezultatem zachowania zwanego przemocą”⁷.

Przymus państwowy może być także zastosowany jako konsekwencja niestosowania się do norm prawnych. Nie można jednak utożsamiać go z pojęciem przemocy. Różnica sprowadza się do legalnego charakteru przymusu państwowego oraz bezprawnego charakteru tej drugiej. Trafne wydaje się rozróżnienie Anny Gryniuk: przemoc jest nielegalnym użyciem siły fizycznej, w przeciwieństwie do przymusu będącego legalnym użyciem tej siły⁸.

Przymus nie jest celem przepisów prawa, lecz narzędziem do realizacji celów w nich zawartych. Jeśli zatem norma prawa karnego przewiduje pozbawienie wolności osoby,

5 J. Przybojewski, *op. cit.*, s. 12.

6 A. Gryniuk, *Przymus prawny. Studium socjologiczno-prawne*, Toruń 1994, s. 20.

7 E. Muszyńska, *Swoboda, przymus i przemoc w relacjach dziecko-dorosły*, Poznań 1998, s. 30-31.

8 Za A. Gryniuk, *op. cit.*, s. 20.

która dopuściła się czynu zabronionego, ustawą obowiązującą w czasie jego popełnienia, to samo pozbawienie wolności nie jest celem tej normy. Celem jest przeciwdziałanie popełnieniu czynu zabronionego (poprzez sankcje karne), natomiast środkiem realizacji tego celu jest zastosowanie ujemnych konsekwencji, czyli pozbawienia wolności. Analogicznie jest w przypadku użycia kaftana bezpieczeństwa. Jego zastosowanie nie jest celem normy, która ten problem reguluje. Celem jest unieruchomienie osoby stwarzającej bezpośrednio zagrożenie dla osób przebywających w jej otoczeniu. Kaftan bezpieczeństwa jest narzędziem realizacji zniwelowania lub usunięcia tego zagrożenia.

Organy państwowe posiadają daleko idące uprawnienia, często poważne, których skutki mogą łączyć się z przykrym odczuciem osób, wobec których się je realizuje. Stosowanie przymusu jest konieczne, ze względu na ochronę dóbr osobistych obywateli oraz ich bezpieczeństwo. Zgodnie ze zdaniem Agnieszki Tyburskiej „niejednokrotnie przez sprzeczne z prawem zachowanie zostaje zagrożone osobiste bezpieczeństwo człowieka”. Dopiero wówczas podjęcie środków polegających również na fizycznej presji może udaremnić jego sprzeczne z prawem zachowanie. Możliwość stosowania siły fizycznej wobec osób naruszających reguły życia społecznego jest niezbędnym atrybutem funkcjonariuszy chroniących bezpieczeństwo⁹. Obywatele godzą się zatem na ingerencję w ich sferę praw i wolności, oczekując w zamian ochrony ich bezpieczeństwa oraz dóbr osobistych. Niniejsze opracowanie dotyczy wyłącznie środków przymusu stosowanych przez tych funkcjonariuszy.

Zastosowanie przymusu państwowego, skutkującego ingerencją w prawa jednostki, może mieć różne formy. Ze względu na rodzaj użytych środków, rozróżnia się przymus państwowy fizyczny i psychiczny¹⁰. Warto zaznaczyć, że nie występuje w tej nomenklaturze żaden związek z przemocą, która również może mieć formę psychiczną lub fizyczną. Zwłaszcza po uprzednim rozgraniczeniu tych dwóch – rozbieżnych pod względem legalności – pojęć. Przymus fizyczny ma związek z kolejną formą – przymusem bezpośrednim. Jak wskazuje sama nazwa, istotą tego rodzaju środków jest użycie siły fizycznej, która ma na celu osiągnięcie określonego przez normy prawne celu. Zdaniem Gryniuk przymus psychiczny polega na groźbie spowodowania z góry przewidzianych następstw, „w sytuacji niezachowania się w sposób pożądaný przez posługującego się przymusem (oddziałującego)”¹¹. Przykładem jest działanie funkcjonariuszy Policji. W momencie kiedy osoba wezwana do podporządkowania się nie czyni tego, funkcjonariusz ma obowiązek poinformowania i uprzedzenia o użyciu środka przymusu (w tym przypadku bezpośredniego). Ostrzeżenie to ma formę przymusu psychicznego i jego celem jest uświadomienie osoby, wobec której jest skierowane, o następstwach niepodporządkowa-

9 A. Tyburska, M. Kaczmarczyk, A. Sęk, *Wybrane zagadnienia użycia środków przymusu bezpośredniego i broni palnej przez policjantów*, Szczytno 2009, s. 7.

10 A. Gryniuk, *op. cit.*, s. 31.

11 *Loc. cit.*

nia się (tj. groźby zastosowania środka przymusu bezpośredniego). Innym przykładem są sankcje w prawie karnym. Jeżeli dana osoba zachowa się w określony – niezgodny z prawem – sposób, grozi jej unormowana w przepisach sankcja karna. Jest ona swoistego rodzaju ostrzeżeniem (jak w przypadku funkcjonariusza) o zastosowaniu prawnie określonych środków w momencie dokonania danego czynu zabronionego. Wywierany jest w ten sposób przymus psychiczny, mający na celu zapobieganie popełnianiu czynów zabronionych pod groźbą kary.

Przymus państwowy można podzielić także na faktyczny i formalny¹² (ze względu na charakter samego przymusu). Pierwszy z nich jest działaniem rzeczywistym, w konkretnym, indywidualnym przypadku i ma charakter osobowy. Przymus jest tu nieustannie aktualizowany i uzależniony od danej sytuacji. Dodatkowo istotną jest dolegliwość, wynikająca ze sposobu jego wykonania i stosowania. Wiąże się ona z subiektywnym odczuciem osoby, wobec której przymus jest stosowany. Po drugiej stronie funkcjonuje przymus formalny, który cechuje czysto legalny charakter. Wynika on bowiem bezpośrednio z przepisów prawa, które wyznaczają ramy obowiązków i samych środków. Przymus ma w tym przypadku charakter potencjalny i bezosobowy. Odnosi się do niezidentyfikowanej jednostkowo grupy adresatów, wobec których jest on ogólnie i abstrakcyjnie przewidziany¹³.

Podstawowy podział, analogiczny do potocznie przyjętego w społeczeństwie, wyodrębnia przymus pośredni i bezpośredni. Pierwszy z nich stanowią środki zmierzające do wymuszenia na obywatelu określonego zachowania się bez użycia siły fizycznej. Środki te mogą sprawiać dolegliwość ekonomiczną lub wywierać określony wpływ na osobę, wobec której się je stosuje – także wbrew jej woli. Stanowią one najliczniejszą, niesklasyfikowaną dotąd grupę środków przymusu stosowanych przez państwo, które za ich pośrednictwem prawnie ingeruje w sferę praw i wolności człowieka i obywatela. Przykładami są: mandat karny (grzywna) za wykroczenie w ruchu drogowym w ramach postępowania mandatowego; przeszukanie pojazdu w przypadku podejrzenia posiadania towarów niebezpiecznych lub nielegalnych; obowiązek podatkowy wynikający z ordynacji podatkowej; wstrzymanie prac budowlanych przez Inspektora Nadzoru Budowlanego w ramach postępowania administracyjnego; obowiązek uzgadniania z Miejskim Konserwatorem Zabytków kolorystyki budynku mieszkalnego w ramach miejskiego planu zagospodarowania przestrzennego.

Niektóre z powyższych przykładów są odzwierciedleniem przytoczonego wcześniej społecznego ujęcia przymusu przedstawionego przez Muszyńską, zgodnie z którą przymus państwowy jest stanem, w którym jednostka wykonująca czynności unormowane przez prawo zachowuje się w określony, narzucony jej przez ustawodawcę sposób, nieraz wbrew swojej woli¹⁴.

12 *Ibidem*, s. 40.

13 *Loc. cit.*

14 E. Muszyńska, *op. cit.*, s. 31.

Jeśli chodzi o funkcjonariuszy publicznych, są oni upoważnieni do stosowania środków przymusu pośredniego takich jak: legitymowanie osób w celu ustalenia ich tożsamości; zatrzymywanie osób w trybie i przypadkach określonych w przepisach Kodeksu postępowania karnego i innych ustaw; zatrzymywanie osób pozbawionych wolności, które na podstawie zezwolenia właściwego organu opuściły areszt śledczy albo zakład karny i w wyznaczonym terminie nie powróciły do niego; zatrzymywanie osób stwarzających w sposób oczywisty bezpośrednie zagrożenie dla życia lub zdrowia ludzkiego, a także dla mienia; pobieranie od osób wymazu ze śluzówki policzków; przeszukiwanie osób i pomieszczeń w trybie i przypadkach określonych w przepisach Kodeksu postępowania karnego i innych ustaw; dokonywanie kontroli osobistej, a także przeglądania zawartości bagaży i sprawdzania ładunku w portach i na dworcach, oraz w środkach transportu lądowego, powietrznego i wodnego, w razie istnienia uzasadnionego podejrzenia popełnienia czynu zabronionego pod groźbą kary; obserwowania i rejestrowania przy użyciu środków technicznych obrazu zdarzeń w miejscach publicznych, a – w przypadku czynności operacyjno-rozpoznawczych i administracyjno-porządkowych podejmowanych na podstawie ustawy – także i dźwięku towarzyszącego tym zdarzeniom; dokonywania kontroli rodzaju używanego paliwa przez pobranie próbek paliwa ze zbiornika pojazdu mechanicznego¹⁵.

Drugą – znacznie bardziej dotkliwą – formą przymusu jest przymus bezpośredni. Polega on na wymuszeniu określonego zachowania lub zaprzestania zachowania niezgodnego z prawem, włączając jako narzędzie wymuszenia użycie siły fizycznej. W polskim systemie prawnym wiele podmiotów ma prawo do stosowania tego rodzaju przymusu. Większość z nich to funkcjonariusze organów administracji bezpieczeństwa publicznego – Policja, Straż Miejska, Agencja Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Straż Graniczna, Służba Więzienna. Jednak wśród uprawnionych do korzystania z tego rodzaju narzędzi są także m.in.: pracownicy zakładów poprawczych i wychowawczych wobec swoich wychowanków – przykładami są: siła fizyczna, umieszczenie w izbie izolacyjnej, założenie pasa obezwładniającego lub kaftana bezpieczeństwa¹⁶; lekarz, pielęgniarka jednostki organizacyjnej pomocy społecznej lub kierujący akcją prowadzenia medycznych czynności ratunkowych w stosunku do osób z zaburzeniami psychicznymi, umieszczonych m.in. w szpitalach psychiatrycznych – przykładami są: przytrzymanie, przymusowe podanie leków, unieruchomienie, izolacja¹⁷; egzekutor wyznaczony przez organ egzekucyjny do czynności egzekucyjnych wobec zobowiązanego w postępowaniu egzekucyjnym w administracji – przymus bezpośredni polega tu na doprowadzeniu do wykonania podlegającego egzekucji obowiązku drogą zagrożenia zastosowania lub drogą zastosowania bezpośrednio skutecznych środków, bez wyłączenia siły fizycznej, w celu usunięcia oporu

15 Dz.U. z 1999 r. nr 30, poz. 179 z późn. zm., art. 15.

16 Uprawnienie wynikające z Dz.U. z 2011 r. nr 48, poz. 248.

17 Uprawnienie wynikające z Dz.U. z 1994 r. nr 111, poz. 535, z późn. zm., art. 18 i n.

zobowiązanego i oporu innych osób, które stoją na przeszkodzie wykonaniu obowiązku¹⁸; pracownicy agencji ochrony osób i mienia wobec osób zagrażających ochranianemu mieniu i osobom tam przebywającym – środki przymusu tożsame z przysługującym Straży Miejskiej (patrz Tabela 1)¹⁹.

Powyższe uprawnienia są realizowane za pośrednictwem tzw. środków przymusu bezpośredniego. W literaturze przedmiotu pojęcie to definiowane jest na wieloraki sposób – zauważalna jest pewna rozbieżność, skupiająca się wokół konieczności użycia siły fizycznej. Część autorów (Mieczysław Goettel, Wiesław Pływaczewski, Grażyna Kędzierska²⁰) środki przymusu bezpośredniego nazywa „czynnościami funkcjonariuszy, polegającymi na fizycznym (siłowym) oddziaływaniu na człowieka w celu zmuszenia go do określonego zachowania się”. Istotą tych środków jest sprawienie dolegliwości fizycznej – bólu, unieruchomienia kończyn, itp. Tym właśnie różnią się od przymusu realizowanego w sposób pośredni, tj. za pomocą mandatów karnych, zajęcia mienia czy zatrzymania prawa jazdy²¹.

Odnotowana wśród wyżej wymienionych autorów tendencja do akcentowania siły fizycznej w postępowaniu i dolegliwości, jaką powoduje, sprawia, że celem użycia środków, jaki można wyprowadzić z tych definicji, jest zmuszenie do podporządkowania się poprzez użycie siły.

W przeciwieństwie do przywołanych autorów, Marian Mieszkuniec uznaje użycie siły fizycznej za mniej ważny element, „którego nie należy odrzucać, a który (tylko) w skrajnych przypadkach powinien być zastosowany”. Wg tego autora środki przymusu polegają na „doprowadzeniu do wykonywania obowiązku prawnego drogą zagrożenia lub drogą zastosowania bezpośrednio skutecznych środków, nie wyłączając przy tym użycia siły fizycznej”²². Tego samego zdania jest Adam Szymański, który dodatkowo twierdzi, że „stosowanie środków należy utożsamiać z fizycznym lub innym, zbliżonym co do skutku, oddziaływaniem na człowieka, w celu zmuszenia go do określonego zachowania się”²³. Zauważalny jest w tych definicjach nacisk na wyłączenie siły fizycznej i zastosowanie innych środków, które w rezultacie mogą przynieść zbliżone skutki.

Podobnego zdania jest Beata Gruszczyńska, wg której „zawsze, gdy istnieje konieczność użycia przymusu, należy podjąć najpierw próbę zastosowania środka niezwiązanego z przemocą”. Dodatkowo, zdaniem autorki, „przełożeni mają obowiązek zapewnić funkcjonariuszom szereg środków lub możliwości nabycia umiejętności pozwalających na zróżnicowane użycie siły lub jej pominięcie”. Podczas gdy jeden z przytoczonych autorów utożsamiał użycie środków przymusu bezpośredniego z użyciem siły fizycznej,

18 Uprawnienie wynikające z Dz.U. z 1966 r. nr 24, poz. 151, z późn. zm., art. 148 i n.

19 Uprawnienie wynikające z Dz.U. z 1997 r., nr 145, poz. 1221, z późn. zm., art. 38.

20 W. Pływaczewski, G. Kędzierska, *Leksykon policyjny*, Szczytno 2001, s. 327.

21 M. Goettel, *op. cit.*, s. 4.

22 M. Mieszkuniec, *Prawne uwarunkowania interwencji policyjnych*, Szczytno 2004, s. 10.

23 A. Szymański, D. Walczak, E. Krzyżak-Szymańska, *Podręcznik policjanta służby prewencyjnej*, cz. 1, Legionowo 2004, s. 147.

Beata Gruszczyńska wskazuje wprost, że „siły należy używać tylko wtedy, gdy jest to absolutnie konieczne”²⁴.

Z analizy definicji przytoczonych powyżej wynika, że użycie środków przymusu bezpośredniego przybiera postać siły fizycznej (ale tylko w skrajnych przypadkach) lub innych środków przynoszących ten sam rezultat. Zdecydowanie autorzy w tym przypadku kładą nacisk nie na siłę fizyczną, lecz na inne środki, których zastosowanie niesie za sobą mniej dolegliwości, a które budzą przykre odczucia wśród obywateli.

Odminną definicję środków przymusu stosuje się w literaturze przedmiotu z zakresu postępowania karnego. Zgodnie ze słowami Tomasza Grzegorzcyka, „zabezpieczają one prawidłowy przebieg i skuteczność postępowania karnego. Ich celem jest stworzenie odpowiednich warunków wykonywania czynności procesowych, zaś ich rodzaj i forma uzależnione są od konkretnych zadań, których realizację mają zapewnić”. Kryminalistka rozróżnia następujące środki przymusu: stosowane przy poszukiwaniu, uzyskiwaniu i zabezpieczaniu dowodów (np. przeszukanie); jako sposób zabezpieczenia osoby oskarżonego dla wymiaru sprawiedliwości (np. zatrzymanie); dla umożliwienia wykonywania grożącej oskarżonemu kary grzywny (np. zabezpieczenie na mieniu); dla zapewnienia stawiennictwa osób zatrzymanych i wypełnienia przez nie wszelkich obowiązków procesowych (np. przymusowe doprowadzenie); dla utrzymania powagi sądu (np. wydalenie z sali rozpraw)²⁵.

W powszechnie obowiązujących aktach prawnych nie ma jednolitej klasyfikacji środków przymusu bezpośredniego. Poszczególne ich rodzaje są opisane zamiennie w ustawach i rozporządzeniach. Przykładowo: środki dostępne dla policjantów wymienia w art. 16 Ustawa z dnia 6 kwietnia 1990 roku o Policji²⁶, natomiast w przypadku ABW to normuje je Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 25 marca 2003 roku w sprawie środków przymusu bezpośredniego stosowanych przez funkcjonariuszy ABW²⁷.

Analiza aktów prawnych w tym zakresie umożliwia wyodrębnienie następujących środków przymusu bezpośredniego: fizycznych, w tym: siły fizycznej i chwytów obezwładniających; technicznych, w tym: kajdanek, kaftanów bezpieczeństwa, pasów i siatek obezwładniających, kolczatek drogowych; chemicznych, w tym: ręcznego miotacza gazowego, broni gazowej, granatów i naboji łzawiących; pałek służbowych (szturmowej, zwykłej, wielofunkcyjnej oraz teleskopowej); wodnych środków obezwładniających (armatki wodnej); psów i koni służbowych; paralizatorów elektrycznych; pocisków niepenetracyjnych, miotanych z broni palnej (naboi z pociskami gumowymi „BAK”, „CHRA-BĄSZCZ”) oraz broni palnej.

24 *Prawo na ulicy. Podręcznik dla Straży Miejskiej i Policji Miejskiej*, red. B. Gruszczyńska, Warszawa 2000, s. 24.

25 T. Grzegorzcyk, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 2003, s. 524.

26 Dz.U. z 1990 r. nr 30, poz. 179, z późn. zm.

27 Dz.U. z 2003 r. nr 70, poz. 638, z późn. zm.

Powyższy katalog nie ma charakteru zamkniętego i stanowi opracowanie autorskie. Jak już wspomniano, żaden z obowiązujących aktów prawnych nie wprowadza jednolitej klasyfikacji dla wszystkich organów ochrony bezpieczeństwa publicznego. Należy dodatkowo nadmienić, że istnieją także środki związane ze specyfiką działalności danego organu. Przykładem może być Służba Więzienna, która została dodatkowo uprawniona do stosowania kasków ochronnych, urządzeń oślniewających, zabezpieczających cel, urządzeń powodujących blokadę stawu kolanowego czy też zasłon na twarz. Środki te ustawa kwalifikuje jako środki przymusu bezpośredniego.

Ingerencja w sferę praw i wolności jednostki może mieć w przypadku omawianych środków różne źródła i formy. Każde zastosowanie przez funkcjonariusza publicznego środków przymusu bezpośredniego (oprócz ingerencji w konstytucyjną sferę praw i wolności) wyczerpuje znamiona co najmniej jednego typu czynu zabronionego, tj. naruszenia nietykalności cielesnej (art. 217 Ustawy z dnia 6 czerwca 1997 roku – Kodeks karny, dalej: k.k.). Aby uniknąć on odpowiedzialności karnej czy dyscyplinarnej za czyny zabronione, jego działanie powinno być działaniem prawnym. Oznacza to, że powinno zawsze mieścić się w ramach przepisu, który zezwala na użycie tego środka, lub w ramach usprawiedliwionego błędu co do kontratypu lub winy (art. 29 k.k.).²⁸ Dodatkowo zaznaczyć należy, że w wyniku przekroczenia lub uchybienia uprawnień funkcjonariusze publiczni ingerują głównie w zagwarantowaną nietykalność cielesną, wolność osobistą, ochronę życia i zdrowia oraz godność. Czasem zniszczeniu ulega również mienie.

Biorąc zatem pod uwagę fakt, że niektóre uprawnienia funkcjonariuszy podważają zasady i gwarancje konstytucyjne, jak również noszą znamiona czynów zabronionych prawem karnym, niezmiernie ważne staje się działanie wyłącznie w ramach prawnie przyznanych uprawnień i zgodnie z zapisami przepisów ustawowych czy wykonawczych. Tylko takie działanie pozwala funkcjonariuszom na uniknięcie konsekwencji związanych z przekroczeniem uprawnień lub niedopełnieniem obowiązków.

Uprawnienia do użycia środków przymusu bezpośredniego przez organy administracji bezpieczeństwa publicznego i inne instytucje nie są tożsame. Na podstawie badań obowiązujących aktów prawnych (zarówno ustaw, jak i aktów wykonawczych) opracowano zestawienie ilustrujące ich kompetencje w przedmiotowym zakresie.

Jak wynika z danych zawartych w Tabeli 1, organem posiadającym najwięcej uprawnień w zakresie stosowania środków przymusu bezpośredniego jest Policja. Pozostałe organy mają – odpowiednio do specyfiki przedzielonych im zadań – mniej uprawnień w tym zakresie. Analizując daty uchwalenia poszczególnych aktów prawnych regulujących omawiane uprawnienia, można dojść do wniosku, że najwcześniej uchwalonymi przepisami są ustawa o Policji i Rozporządzenie z dnia 17 września 1990 roku, również dotycząca Policji. Można zatem stwierdzić, że Policja, posiadająca największe upraw-

28 I. Kobus, I. Dziugiel, *Straż miejska i gminna II. Akty prawne i komentarz do uprawnień*, Szczytno 2010, s. 818.

Tabela 1. Zestawienie środków przymusu bezpośredniego stosowanych przez wybrane organy ochrony bezpieczeństwa publicznego.

Rodzaj ŚPB		Policja	Straż Miejska	ABW	Pracownicy ochrony	Straż Graniczna	Służba Więzienna	
Środki fizyczne	siła fizyczna w postaci technik obezwładniających	+	+	+	+	+	+	
	Środki techniczne							
	kajdanki	+	+	+	+	+	+	
	przewadnice	+	-	+	-	+	+	
	kaftany bezpieczeństwa	+	-	+	-	+	+	
	paski i siatki obezwładniające	+	-	+	-	+	+	
	kołczatki drogowe	+	-	+	-	+	-	
Środki chemiczne	aerozolowe (ręczne miotacze gazu)	+	+	+	+	+	+	
	miotane							
		broń gazowa	+	-	+	+	+	+
		granaty i naboje łzawiące	+	-	+	-	+	-
	miotacze gazowe	+	-	+	-	+	-	
Pałki służbowe (obronne)	zwykłe	+	+	-	+	+	+	
	szturmowe	+	-	-	-	-	-	
	wielofunkcyjne	+	+	-	+	+	+	
	teleskopowe	+	-	-	-	-	-	
Wodne środki obezwładniające		+	-	-	-	-	+	
	Psy i konie służbowe							
	psy służbowe	+	+	-	+	+	+	
	konie służbowe	+	+	-	-	-	-	
Paralizatory elektryczne		+	+	-	+	+	+	
	Pociski niepentacyjne	+	-	-	-	+	+	
Broń palna		+	+	+	+	+	+	

Źródło: opracowanie własne.

nienia w zakresie stosowania środków przymusu, stanowiła pierwowzór do normowania tego rodzaju uprawnień w stosunku do innych instytucji ochrony bezpieczeństwa publicznego.

Zauważalna jest także analogia pomiędzy Policją a jej organami pochodnymi (tzw. organami typu policyjnego) – ABW, Strażą Graniczną i Służbą Więzienną. Są to organy administracji państwowo-rządowej, które podlegają odpowiednim ministrom. Mniejsze uprawnienia (zgodnie z zasadą, wg której przedstawiciele władzy państwowej powinni mieć większe uprawnienia niż przedstawiciele władzy samorządowej) posiadają strażnicy miejscy, powołani m.in. do służenia społeczności lokalnej.

Pracownicy ochrony pełniący funkcję ochroniarzy komercyjnych posiadają podobną liczbę uprawnień, co funkcjonariusze publiczni Straży Miejskiej, a więc przedstawiciele ochrony instytucjonalnej. Przy przywołaniu poglądu Zbigniewa Tomasz Nowickiego, głoszącego, że „ochrona komercyjna jest uzupełnieniem ochrony instytucjonalnej”²⁹, pojawia się pytanie, czy zakres uprawnień Straży Miejskiej nie powoduje rozwoju prywatnych agencji ochrony. Czy powołana przez gminę, a więc jednostkę samorządu terytorialnego najbliższą obywatelom, Straż Miejska nie spełnia wszystkich potrzeb społeczeństwa? Czy muszą dodatkowo powstawać agencje ochrony, uzupełniające działania odpowiedników samorządowych? Wreszcie, czy w niedługim czasie Strażnicy Gminni znikną z ulic miast, a zastąpią ich osoby pracujące w prywatnych agencjach lub patrole obywatelskie tworzone w ramach aktywności wspólnot lokalnych? W moim przekonaniu do tego dojdzie, jeśli nie zostanie unormowana i ostatecznie określona funkcja jaką ma pełnić Straż Miejska.

Pierwszą grupą czynników, które mają wpływ na legalność działań funkcjonariuszy w omawianym zakresie, są zasady stosowania środków przymusu. Bez względu na rodzaj czy specyfikę organu ochrony bezpieczeństwa publicznego, obowiązują jednoznaczne zasady normujące użycie tego typu środków. Wg nich rozpatruje się, czy w trakcie zastosowania środków funkcjonariusz przekroczył swoje uprawnienia. Zaznaczyć należy, że zasady te są doktrynalne (nieformalne) – nie zostały w sposób bezpośredni zdefiniowane w aktach prawnych.

Zasada celowości stanowi, że „funkcjonariusze publiczni mogą stosować środki przymusu bezpośredniego tylko w przypadku niepodporządkowania się ich poleceniom. Te niewątpliwie muszą być wydane na podstawie i w granicach prawa – tylko do takich poleceń obywatel ma obowiązek się zastosować”. Dodatkowo użycie środków musi być uzasadnione okolicznościami i zmierzać do podporządkowania wydanym poleceniom. Można stosować kilka różnych środków przymusu jednocześnie, jeśli wymaga tego okoliczność³⁰. Znaczące przekroczenie uprawnień w kontekście omawianej zasady polega na zastosowaniu środka bez wyraźnej konieczności. Przykład: *wobec sprawcy czynu zabro-*

29 Z.T. Nowicki, *Ochrona osób i mienia. Podstawy organizacyjno-prawne*, Toruń 1999, s. 19.

30 A. Tyburska, M. Kaczmarczyk, A. Sęk, *op. cit.* s. 10-11.

nionego, złapanego na gorącym uczynku, wydano polecenie podporządkowania się i umieszczenia rąk nad głową. Sprawca wykonał polecenie funkcjonariusza Policji, który, pomimo uzyskania podporządkowania, użył wobec sprawcy pałki służbowej. Sytuacja ewidentnie ilustruje złamanie zasady celowości, przez co funkcjonariusz może zostać pociągnięty do odpowiedzialności karnej z art. 217 k.k.³¹ – za naruszenie nietykalności cielesnej.

Zasada ostrzeżenia obliuguje funkcjonariuszy publicznych do stosowania środków po uprzednim bezskutecznym wezwaniu osoby do zachowania zgodnego z prawem oraz po uprzedzeniu o ich użyciu³². Przykład: *funkcjonariusz Straży Granicznej spostrzega sprawcę, przekraczającego granicę kraju w niedozwolonym miejscu. Zarzuca w stronę biegnącego siatkę obezwładniającą, która powoduje upadek sprawcy i złamanie prawej ręki*. Przekroczenie uprawnień w kontekście omawianej zasady polega na użyciu siatki obezwładniającej bez uprzedniego wezwania sprawcy do zatrzymania się oraz bez uprzedzenia, że niezatrzymanie spowoduje posłużenie się wobec niego tego rodzaju środkiem.

Za rażące uchybienie funkcjonariuszowi grozi odpowiedzialność karna z art. 157 k.k. – za spowodowanie naruszenia czynności narządu ciała lub rozstroju zdrowia (złamanie ręki sprawcy).

Funkcjonariusz może stosować – zgodnie z zasadą niezbędności – jedynie środki przymusu odpowiadające potrzebom wynikającym z sytuacji i niezbędne do osiągnięcia podporządkowania się³³. Przykład: *funkcjonariusz Straży Miejskiej dokonuje spisania tablic rejestracyjnych pojazdu pozostawionego w niedozwolonym miejscu oraz przygotowuje się do założenia blokady koła pojazdu. Właściciel pojazdu, który zauważył czynności wykonywane przez funkcjonariusza, dokonuje bezpośredniej napaści na niego. Funkcjonariusz, w ramach odparcia bezprawnego i bezpośredniego ataku, stosuje przez 10 sekund paralizator elektryczny, który unieruchamia sprawcę napaści. W wyniku zbyt długotrwałego użycia paralizatora sprawca doznaje ciężkiego uszczerbku na zdrowiu, w postaci zawału serca*. Przekroczenie uprawnień polega na zastosowaniu środka przymusu niedopowiadającego potrzebom wynikłym z sytuacji. Funkcjonariusz mógłby odeprzeć atak sprawcy poprzez użycie siły fizycznej (chwytów obezwładniających) lub pałki służbowej, a następnie kajdanek. Użycie paralizatora nie było niezbędne do uzyskania podporządkowania się sprawcy. Dodatkowo funkcjonariusz przekroczył czas stosowania paralizatora (maksymalnie 4 sekundy), przez co spowodował ciężki uszczerbek na zdrowiu. Grozi mu w tym przypadku odpowiedzialność karna na mocy art. 156 k.k. (spowodowanie ciężkiego uszczerbku na zdrowiu).

Istotne z punktu widzenia praw jednostki jest, by funkcjonariusz publiczny, stosując środki przymusu, powodował możliwie najmniejszą dolegliwość dla osoby, wobec któ-

31 Dz.U. z 1997 r. nr 88, poz. 553, z późn. zm.

32 Dz.U. z 1998 r. nr 27, poz. 153, z późn. zm., §2 ust. 1

33 Dz.U. z 1997 r. nr 123, poz. 779, z późn. zm, art. 14g ust. 1.

rej zostały one zastosowane (zasada minimalizacji skutków)³⁴. Przykład: *funkcjonariusz ABW uczestniczy w pościgu za cudzoziemcem poszukiwanym za działania terrorystyczne. Funkcjonariusz, aby zatrzymać uciekającego, stosuje broń palną, strzelając w lewe kolano. W wyniku tej czynności podejrzany upada gwałtownie na ziemię i uderza się w głowę, co powoduje śmierć na miejscu*. Funkcjonariusz ABW niewłaściwie zastosował środek przymusu bezpośredniego. Zatrzymanie cudzoziemca byłoby możliwe także poprzez użycie siatki obezwładniającej. Broń palna była zbyt ciężkim środkiem w tej sytuacji (mimo że dostępnym w ramach przepisów), a jej użycie spowodowało dodatkowo śmierć poszukiwanego. Funkcjonariuszowi grozi odpowiedzialność karna z art. 155 k.k. – nieumyślne spowodowanie śmierci człowieka.

Ingerencja w sferę praw oraz wolności człowieka i obywatela w ramach środków przymusu bezpośredniego ma także związek z zakazami i nakazami ich stosowania. Te przedstawia Tabela 2.

Ingerencja funkcjonariusza w sferę praw jednostki polega (w kontekście powyższego zestawienia) na niezastosowaniu się do konkretnego zakazu lub nakazu wynikającego jasno i precyzyjnie z norm prawnych. Uchybienia te będą wiązać się z naruszeniem nieetykalności osobistej, spowodowaniem ciężkiego uszczerbku na zdrowiu czy też naruszenia czynności narządu ciała lub rozstroju zdrowia osoby, wobec której dany środek został zastosowany. Legalne i prawne stosowanie środków przymusu polega więc na precyzyjnym urzeczywistnianiu przepisów prawa.

Kolejną grupą czynników mających wpływ na poziom omawianej ingerencji są skutki zastosowania środków przymusu bezpośredniego. Zależą one od rodzaju zastosowanego środka. Nie można bowiem mówić o skutku śmiertelnym w przypadku zastosowania kajdanek czy siatki obezwładniającej, jednak w przypadku paralizatora elektrycznego czy broni palnej – jak najbardziej. Wyróżnia się trzy znaczące następstwa zastosowania środków: zranienie osoby, śmierć osoby oraz uszkodzenie mienia³⁵. W każdym przypadku funkcjonariusz publiczny zobowiązany jest do wykonania określonych prawem czynności. Uchybienie w tym zakresie przejawia się zarówno w nienależytym zastosowaniu środka przymusu, który powoduje określone wyżej skutki, jak i niewypełnieniem obowiązków wynikłych z zaistnienia tych skutków.

Zranienie osoby może nastąpić w wyniku niewłaściwego, zbyt długotrwałego lub zbyt dotkliwego użycia środków przymusu bezpośredniego. Przykładem może być zbyt długie stosowanie kaftana bezpieczeństwa (nieustannie ponad dwie godziny), niezapewnienie przepływu krwi przy stosowaniu kajdanek, użycie pałki służbowej w nieumieśnione części ciała lub uderzenie rękojęścią. W każdej z tych sytuacji funkcjonariusz ingeruje w prawa (dobra) jednostki zagwarantowane zarówno przez Konstytucję, jak i Kodeks cywilny, czyli w. zdrowie, nieetykalność cielesną czy nawet życie. Podobnie jest w przypadku

34 Dz.U. z 2003 r. nr 70, poz. 638, z późn. zm, §3 ust. 1.

35 A. Szymański, D. Walczak, E. Krzyżak-Szymańska, *op. cit.*, s. 158.

śmiertelnego skutku użycia środków – zostają naruszone te same dobra, jednak skutek jest znacznie poważniejszy i zwiększa odpowiedzialność karną funkcjonariusza. W obu przypadkach, co warto raz jeszcze podkreślić, funkcjonariusz ma obowiązek udzielenia natychmiastowej pomocy osobie poszkodowanej w wyniku użycia środka przymusu.

Tabela 2. Przykładowe zakazy i nakazy związane ze stosowaniem środków przymusu bezpośredniego.

Zakazy	Nakazy
Siła fizyczna	
– zakaz stosowania ciosów i uderzeń	– nakaz używania tylko do obezwładnienia i obrony
Kajdanki	
– zakaz stosowania wobec osób poniżej 17 lat (z pewnymi wyjątkami) – założenie nie powinno utrudniać przepływu krwi – nakaz zdjęcia niezwłocznie po wprowadzeniu osoby do pomieszczenia	– przed założeniem kajdanek należy dokonać przeszukania
Kaftan bezpieczeństwa	
– zakaz zakładania w ten sposób, aby zatamowany został obieg krwi – zakaz powodowania nadmiernego ucisku na żuchwę i szyję	– użycie wyłącznie przy udziale co najmniej dwóch funkcjonariuszy
Kolczatka drogowa	
– zakaz stosowania wobec pojazdów jednośladowych	– nakaz poprzedzenia użycia licznymi ostrzeżeniami
Chemiczne środki obezwładniające	
– zakaz stosowania w szyję oraz skroń (strzały śmiertelne)	– nakaz stosowania z odległości nie mniejszej niż 50 cm
Pałki służbowe	
– zakaz uderzania rękojeścią – zakaz stosowania wobec osób w kajdankach	– nakaz uderzania w umięśnione części ciała
Paralizator elektryczny	
– nie stosować wobec osób w mokrych ubraniach	– stosować nie dłużej niż 3–4 sekundy
Broń palna	
– zakaz oddawania strzału w tłumie i miejscu publicznym – zakaz stosowania wobec kobiet o widocznej ciąży, starców, osób niepełnosprawnych i osób poniżej 13 lat	– nakaz natychmiastowej pomocy osobie, wobec której oddano strzał

Źródło: opracowanie własne.

Niedopełnienie tego obowiązku, wynikającego z czynności służbowych, może w konsekwencji prowadzić do poniesienia odpowiedzialności karnej z art. 162 k.k. o niedziale- niu pomocy.

Ostatni ze skutków ma związek z uszkodzeniem mienia w wyniku należytego lub nienależytego użycia środków. Oznacza to, że zgodne z procedurami zastosowanie środka przymusu może doprowadzić także do zniszczenia mienia. Przykładem jest kolczatka drogowa stosowana w pościgach. Powoduje ona przebicie opon pojazdu uczestniczącego w pościgu, co w konsekwencji, poza uszkodzeniem samochodu (sta- nowiącym cudze mienie), może prowadzić do zranienia, a nawet śmierci kierowcy (lub pasażerów). Dlatego tak ważne jest stosowanie się do złożonych procedur – chociaż- by ze względu na konsekwencje, jakie może spowodować użycie tego rodzaju środka. Przykład: *funkcjonariusz Policji biorący udział w pościgu nie dopełnia obowiązków zwią- zanych z uprzedzeniem kierowcy o zastosowaniu kolczatki drogowej, co w konsekwencji uniemożliwia kierowcy rezygnację z ucieczki i zatrzymanie się bez uszkodzenia pojazdu (przy czym porusza się on pojazdem jednośladowym). W wyniku zaistniałej sytuacji kie- rowca najeżdża na kolczatkę, uszkadzając oponę. Traci panowanie nad pojazdem i ude- rza w nadjeżdżający z naprzeciwka pojazd, powodując wypadek drogowy. Zarówno on sam, jak i kierowca drugiego pojazdu doznają uszczerbku na zdrowiu.* Funkcjonariusz nie dopełnił obowiązków poprzez: brak ostrzeżenia o zastosowaniu środka przymu- su – kierowca nie miał możliwości podporządkowania się poleceniu; użycie kolczatki drogowej wobec pojazdu jednośladowego, co jest zabronione, doprowadzając tym do uszkodzenia mienia; spowodowanie wypadku w ruchu drogowym przez nienależyte zastosowanie środka przymusu bezpośredniego – uszkodzenie mienia osoby trzeciej (niezwiązanej z czynnościami służbowymi) oraz spowodowanie uszczerbku na zdro- wiu osoby biorącej udział w pościgu i osoby trzeciej.

Powyższy przykład ilustruje, jak poważne mogą być konsekwencje jednego błędu w czynnościach związanych z zastosowaniem środków przymusu bezpośredniego. Pokazuje, jak daleko funkcjonariusze publiczni (i nie tylko) ingerencja mogą ingerować w prawa jednostki. Wbrew pozorom, pomiędzy właściwym i zgodnym z prawem za- stosowaniem omawianych środków a ograniczeniem czy naruszeniem praw jednostki (często skumulowanym – kilka naruszeń ma miejsce w obrębie jednorazowego zastoso- wania) istnieje bardzo cienka granica, która w wielu przypadkach ulega zatarciu, przez co orzekanie w kwestiach uchybień jest tak trudne.

Szeroki zakres uprawnień funkcjonariuszy (również w ramach ingerencji w prawa jednostki) łączy się z bardzo dużą odpowiedzialnością. Funkcjonariusze mają za zadanie chronić życie i zdrowie ludzkie, oraz mienie, chronić porządek publiczny, a także bezpieczeństwo obywateli. Dlatego trafne wydaje się twierdzenie Agaty Tyburskiej, że „stosowanie środków przymusu bezpośredniego nie jest karą, ale instrumentem uła- twiającym funkcjonariuszom wymuszenie posłuszeństwa tych osób, które nie stosują

się do obowiązującego prawa”³⁶. Podstawą omawianego wymuszenia muszą być przepisy prawne, precyzyjnie regulujące zakres użycia środka przymusu bezpośredniego. Ingerencja poprzez przymus bezpośredni jest legalna wtedy i tylko wtedy, gdy dokonywana jest na podstawie i granicach prawa.

SUMMARY

Legality of the application of direct means of compulsion in the context of constitutional guarantees – a legal procedural study

State bodies have a right to resort to state compulsion, i.e. to a group of compulsion means which are an attribute of the state only. One of the most severe forms of state compulsion is direct compulsion which is applied predominantly by public officials in order to protect the rights and liberty of an individual and to ensure public safety. These means are designed to force a person to subordination to the commands based on law, which may entail the use of physical force. The purpose of this paper is to present the procedure and rules of using direct compulsion means and to discuss the level of legal interference in the individual's rights and liberty.

KEYWORDS: State body, state compulsion, direct compulsion means, public officials, individual's rights and liberty, public safety, subordination, commands based on law, physical force, legal interference.

36 A. Tyburska, M. Kaczmarczyk, A. Sęk, *op. cit.*, s. 11.

EWELINA KNAPCZYK

Instytucja mediacji jako „żywy przepis”, a nie „martwy zapis” – jak wypracować dogodną płaszczyznę pomiędzy teorią i praktyką?

Niejednokrotnie każdy z nas znalazł się w sytuacji sporu prawnego – nie zawsze wymaga to angażowania sądu. Warto rozważyć wtedy możliwość skorzystania z alternatywnych sposobów rozwiązania konfliktów, tym bardziej, iż polski ustawodawca zapewnia ją poprzez wprowadzenie przepisów prawnych dających podstawę do pojednawczego działania poza sądem i pełnej akceptacji wyników takich postępowań przez państwo. Dodatkową inspiracją do rozważań na ten temat jest Międzynarodowy Dzień Mediacji, obchodzony w Polsce po raz czwarty¹. Celem niniejszego opracowania jest przede wszystkim ukazanie mechanizmów aktualnego funkcjonowania instytucji mediacji oraz wskazanie na to, co należałoby uczynić, by owa instytucja działała sprawniej i tym samym efektywniej. Warto na różne sposoby uświadamiać społeczeństwo o istnieniu takiej możliwości rozwiązywania konfliktów, a także o tym, że mediacja daje szansę na rozmowę. Może być próbą zrozumienia racji przeciwnika i znalezienia konstruktywnego, satysfakcjonującego rozwiązania, czemu zapewne nie sprzyja wybranie drogi sądowej, oficjalność procedur, atmosfera sali, gdzie w warunkach jawności rozprawy oprócz sędziego, protokolanta, samych stron, na sali mogą znajdować się jako publiczność – osoby trzecie, niezwiązane z żadną ze stron procesu. Powoduje to bowiem wzrost napięcia i braku poczucia bezpieczeństwa. Również obecność osób najbliższych przeciwnika procesowego antagonizuje strony, które w takich warunkach dalekie są od podejmowania rozmów o własnych oczekiwaniach czy możliwych rozwiązaniach sporu². Rozważania dotyczyć będą także pomysłów oraz kroków jakie należy podejmować, aby przybliżyć społeczeństwu samą ideę mediacji a także korzyści, które płyną z jej stosowania – nie tylko dla stron danego postępowania, ale całego wymiaru sprawiedliwości.

1 Międzynarodowy Dzień Mediacji jest obchodzony na świecie od 2005 roku. Inicjatorem jest Association for Conflict Resolution – Amerykańskie Stowarzyszenie Profesjonalistów w Rozwiązywaniu Konfliktów.

2 *Czy tylko sąd rozstrzygnie w sporze? Mediacja i sądownictwo polubowne*, red. A. Rękas, Warszawa 2010, s. 10 i n.

Ogólny zarys oraz mechanizmy funkcjonowania mediacji

Alternatywne metody rozwiązywania sporów stanowią ważny element rozwojowy współczesnych systemów prawnych³. Zapoczątkowane w Stanach Zjednoczonych ich stosowanie sprawiło, że w okresie ostatnich kilkudziesięciu lat nastąpiły zmiany w procedurach prawnych wielu państw na różnych kontynentach. Wielość zagadnień w tej sferze powoduje, że brak jest jednolicie ukształtowanego modelu alternatywnych środków rozstrzygania sporów prawnych nie tylko w ramach jednego państwa, ale i w poszczególnych dziedzinach prawa. Jak pisze Ewa Woźna-Płusa:

Idea rozwiązywania problemów na drodze pertraktacji między ofiarą a sprawcą przestępstwa, ich rodzinami, rodami, klanami czy całymi wspólnotami plemiennymi znana była już społecznościom pierwotnym, nie posiadającym jeszcze organizacji w postaci państwa. Dochodzenie do zgody, właściwie dla wszystkich grup społecznych, było również praktykowane już przed wiekami w Europie. Panujący wówczas wymiar sprawiedliwości nie był stricte oparty na głęboko zakorzenionym przez nas rozumieniu bardzo znanej reguły oko za oko, ząb za ząb, lecz na prawidłowym znaczeniu tej sentencji, która brzmi oko za wartość oka, ząb za wartość zęba. Z tego wynika zalecenie, by w razie konfliktu strony szukały porozumienia⁴.

Jak czytamy na stronie Ministerstwa Sprawiedliwości:

Mediacja to próba doprowadzenia do ugodowego, satysfakcjonującego obie strony rozwiązania konfliktu na drodze dobrowolnych negocjacji prowadzonych przy udziale trzeciej osoby, neutralnej wobec stron i ich konfliktu, czyli mediatora, który wspiera przebieg negocjacji, łagodzi powstające napięcia i pomaga – nie narzucając jednak żadnego rozwiązania – w wypracowaniu kompromisu⁵.

Przez mediację rozumie się dobrowolny i poufny proces, w którym fachowo przygotowana, niezależna i bezstronna osoba, za zgodą stron, pomaga im poradzić sobie z konfliktem. Mediacja pozwala jej uczestnikom określić kwestie sporne, zmniejszyć bariery komunikacyjne, opracować propozycje rozwiązań i jeśli taka jest wola stron, zawrzeć wzajemne satysfakcjonujące porozumienie. Powodzenie mediacji jako skutecznej metody rozwiązywania konfliktów zależy w dużym stopniu od profesjonalizmu mediatorów

3 Alternatywne metody rozwiązywania sporów określane są w literaturze mianem *ADR* (*Alternative Dispute Resolution*).

4 E. Woźna-Płusa, *Mediacja, jako alternatywa procesu karnego*, <http://www.kurator.org.pl/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&cid=22>.

5 <<http://ms.gov.pl/pl/dzialalnosc/mediacje/>>.

i wysokiego poziomu ich etyki zawodowej⁶. Obecnie obowiązują standardy prowadzenia mediacji i postępowania mediatora⁷, które mówią, że taka osoba dba o dobrowolność uczestniczenia w procesie i zawierania porozumienia, jest neutralna wobec przedmiotu sporu, bezstronna wobec uczestników mediacji, dba o poufność mediacji, rzetelnie informuje strony o istocie i przebiegu mediacji, dba o wysoki poziom swoich kwalifikacji zawodowych i współpracuje z innymi specjalistami dla dobra postępowania mediacyjnego. Ponadto mediator zapewnia stronom odpowiednie miejsce oraz rzetelnie informuje o swoich usługach⁸.

Wyróżniamy następujące rodzaje mediacji:

1. Ze względu na gałąź prawa
 - cywilne,
 - karne,
 - z nieletnimi,
 - z zakresu prawa pracy
 - administracyjne,
 - gospodarcze,
 - spory zbiorowe.
2. Ze względu na sposób komunikowania się stron:
 - bezpośrednio (spotkanie face-to-face stron w obecności mediatora),
 - pośrednio – stosowane w sytuacji, gdy strony nie są gotowe na to, aby z sobą rozmawiać, więc spotykają się indywidualnie z mediatorem, a ten przekazuje im wzajemnie propozycje rozwiązań. Strony mogą na wybranym przez siebie etapie przystąpić do mediacji bezpośredniej lub zawrzeć ugodę bez spotykania się.
3. Ze względu na model prowadzenia mediacji:
 - mediacja facylitatywna (klasyczna) – jej celem jest wspomaganie stron w dojściu do ugody przy wykorzystaniu technik pobudzających strony do kreatywnego stworzenia rozwiązania sporu;
 - mediacja ewaluatywna (ocenna) – mediator nie tylko kontroluje przebieg postępowania, ale pomaga też stronom w ocenie zaproponowane przez nich rozwiązania.
4. Ze względu na cel mediacji:
 - mediacja koncentrująca się na interesach – główny cel stanowi spisanie formalnej, satysfakcjonującej obie strony ugody;

6 *Mediacje – szkolenie podstawowe*, Katowice 2011, s. 55.

7 Zasady funkcjonowania i działania mediatora określa Kodeks Etyczny Mediatorów Polskich z 19 maja 2008 r.

8 Standardy prowadzenia mediacji i postępowania mediatora uchwalone zostały przez Społeczną Radę do spraw Alternatywnych Metod Rozwiązywania Konfliktów i Sporów przy Ministrze Sprawiedliwości w dniu 26 czerwca 2006 r.

- mediacja trans formatywna – priorytetem jest poprawa relacji między stronami konfliktu.

5. Ze względu na sposób nawiązania kontaktu ze stronami:

- mediacja pozasądowa – strony nawiązują kontakt z mediatorem i proszą go o pomoc w rozwiązywaniu konfliktu zanim trafi on do sądu,
- mediacja sądowa – strony zostają skierowane do mediacji przez sędziego⁹.

Z kolei mediator może być:

- stały: tj. wpisany na listę Stałych Mediatorów prowadzoną przez dany Ośrodek Mediacji,
- ad hoc: wybrany do prowadzenia konkretnej mediacji.

W tym miejscu warto podkreślić, iż istnieje możliwość zmiany mediatora przed rozpoczęciem procesu. Strony wybierają wówczas inną osobę. Stały mediator może odmówić prowadzenia mediacji tylko z ważnych powodów, o których jest obowiązany niezwłocznie powiadomić strony, a także sąd, jeżeli skierował on strony do mediacji. Listy stałych mediatorów mogą być prowadzone przez organizacje społeczne i zawodowe. Informuje się o nich prezesa sądu okręgowego.

Ze względu na praktykę trzeba także zwrócić uwagę na to, że mediator ma obowiązek sporządzenia protokołu z przebiegu postępowania mediacyjnego niezależnie od jego wyniku, a zatem nawet wówczas, gdy nie zakończyło się ono ugodą. Należy oznaczyć miejsce i czas przeprowadzenia mediacji a także imię i nazwisko (nazwę) oraz adresy stron, imię nazwisko oraz adres mediatora, a ponadto wynik mediacji. Na mediatora został nałożony obowiązek podpisania protokołu i złożenia go w sądzie rozpoznającym sprawę (dotyczy to mediacji prowadzonej na podstawie postanowienia sądu), natomiast w przypadku mediacji umownych, mediator składa protokół w sądzie, który byłby właściwy do rozpoznania sprawy, a odpis doręcza stronom.

Uгода sporządzana jest w przypadku mediacji zakończonych powodzeniem. Podpisują ją strony. Jeżeli ugoda podlega wykonaniu w drodze egzekucji – sąd zatwierdza ją przez nadanie jej klauzuli wykonalności, a jeśli ugoda nie nadaje się do wykonania w drodze egzekucji (dotyczy to, np. spraw rodzinnych) – sąd zatwierdza ugodę postanowieniem. Sąd może odmówić nadania klauzuli wykonalności albo zatwierdzenia ugody zawartej przed mediatorem w całości lub w części, jeżeli ugoda jest sprzeczna z prawem, z zasadami współżycia społecznego, zmierza do obejścia prawa, jest niezrozumiała, zawiera sprzeczności. Warto zaznaczyć, iż ugoda zawarta przed mediatorem ma po jej zatwierdzeniu przez sąd moc prawną ugody zawartej przed sądem¹⁰.

⁹ Podział zaproponowany podczas szkolenia z mediacji. Nie jest to podział określony według ścisłych reguł, bowiem jego układ może się zmieniać w zależności od potrzeb i oczekiwań stron, które zrezygnowały z drogi sądowej na rzecz zawarcia ugody przed mediatorem.

¹⁰ Uwagi praktyczne na podstawie: *Mediacje – szkolenie...*, s. 48.

Unia Europejska jako inspiracja dla państw członkowskich

W Polsce kwestia mediacji pojawiła się wraz z tematem integracji europejskiej. Wtedy to rozpoczęła się promocja tej instytucji. Mediacja traktowana jest przez Unię Europejską jako istotny sposób regulowania sporów w całym kręgu oddziaływania europejskiej kultury legislacyjnej. Od wielu lat jej problematyką zainteresowane są instytucje międzynarodowe, które zachęcają państwa członkowskie do uwzględnienia w swym ustawodawstwie idei sprawiedliwości naprawczej i mediacji oraz poprawy pozycji pokrzywdzonego w systemie wymiaru sprawiedliwości. Od początku lat osiemdziesiątych Rada Europy stara się znaleźć inny od tradycyjnego sposób reakcji na przestępstwo. Jak pisze sędzia Agnieszka Rękas – rekomendacje Rady Europy zajmują się szczególnie ofiarą przestępstwa, starając się wykazać słuszność zamiany sprawiedliwości karnej (retrybucyjnej) na sprawiedliwość naprawczą (zadośćuczynieniową). Sędzia Rękas zauważa, że w tej kwestii zalecenia Rady Europy zawarte w rekomendacjach stały się niepodważalnym argumentem przemawiającym za stosowaniem mediacji. Nie jest to więc ani moda, ani pomysł polskiego ustawodawcy. Mediacja jest włączeniem do polskiej praktyki instytucji uznanej i rekomendowanej w porządku prawnym, który Polska dobrowolnie zobowiązała się przestrzegać. Stanowi to przykład świadomego kształtowania polityki. Zasady zawarte w Rekomendacjach, choć często dość drobiazgowo, powinny być przestrzegane przez ustawodawstwa państw członkowskich jako źródło informacji i inspiracji przy rozwijaniu krajowych systemów mediacji. Pozostawia się oczywiście znaczny margines swobodnego uznania, aby mediacja przystawała do tradycji prawnej w każdym z nich. Polska, jako państwo członkowskie powinna uwzględniać zalecenia i rekomendacje unijne, a także włączyć wynikające z tych dokumentów zalecenia do polskiego systemu prawnego¹¹.

Sfera praktycznego stosowania mediacji w Polsce

„Mediacja w Polsce¹² nie jest powszechnie stosowana, ponieważ społeczeństwo ma zbyt małą wiedzę o takiej formie rozwiązywania konfliktów” – ocenił prezes Krajowej Rady Radców Prawnych, Maciej Bobrowicz podczas konferencji „Mediacja w Polsce – stan i perspektywy” zorganizowanej w Warszawie przez Resort Sprawiedliwości oraz Rzecznika Praw Dziecka¹³. Trudno się nie zgodzić z powyższym stwierdzeniem, bowiem

11 A. Rękas, *Mediacja w polskim prawie karnym*, Warszawa 2004, s. 6.

12 Od 1998 r. mediacje są możliwe w polskim postępowaniu karnym, zarówno na etapie sądowym, jak i przygotowawczym. Od 2001 r. mediacje można stosować w sprawach nieletnich, a od 2005 r. jest ona możliwa w procedurze cywilnej.

13 *Eksperci: mediacja w Polsce jest zbyt rzadko stosowana*, <http://wiadomosci.gazeta.pl/wiadomosci/1,114877,10499610,Eksperci__mediacja_w_Polsce_jest_zbyt_rzadko_stosowana.html>.

aktualna wiedza wśród społeczeństwa na ten temat nie jest zbyt duża. Płyńie stąd wniosek, że należy uczynić konkretne kroki, by ów stan uległ zmianie. Warto przytoczyć także słowa Prokuratora Generalnego RP Andrzeja Seremeta, który podkreślał, że:

Mediacja jest kluczową instytucją sprawiedliwości naprawczej, czyli realizowania polityki karnej nastawionej na ochronę interesów ofiar przestępstw. Ma służyć dobru człowieka. Nie może być powodem pomijania lub lekceważenia niektórych spośród powszechnych zasad chroniących prawa jednostki. Trzeba pamiętać, że przyczyną powstania tej instytucji było m.in. dążenie do osłabienia skutków przestępstwa w postaci wiktyimizacji wtórnej, czyli tych skutków, które nie wynikają bezpośrednio z przestępstwa, lecz z niewłaściwych reakcji instytucji lub indywidualnych osób w stosunku do ofiary¹⁴.

Ponadto zaznaczył on, że najważniejsza jest edukacja. I to nie tylko prokuratorów, czy sędziów, ale również całego społeczeństwa. Mediacje powinniśmy wykorzystywać od najmłodszych lat. Już w przedszkolu zaleca się uczyć dzieci, że stosowanie przemocy w piaskownicy jest złem, a ofiarę należy próbować pojednać ze sprawcą. Nauczenie się w dzieciństwie takich metod rozwiązywania konfliktów na pewno przyniesie efekty w dorosłym życiu. Ważne jest też, aby rozwiązania prawne bardziej sprzyjały omawianej instytucji. Dla przykładu konieczne jest zapewnienie tajemnicy mediacji – mediator nie może być przesłuchiwany na okoliczność faktów, o których dowiedział się podczas postępowania, czy – z innej strony – prokurator powinien mieć możliwość umorzenia postępowania w sytuacji, gdy ugoda zawarta pomiędzy ofiarą a sprawcą jest wykonana.

Na uwagę zasługuje sytuacja, z jaką stykają się na co dzień sądy – wzrasta bowiem ilość pozwów, a nie wzrasta liczba mediacji. Jest to zjawisko niepokojące i zarazem kolejny argument przemawiający za słusnością promowania idei mediacji¹⁵. Podstawą do rozpowszechniania wiedzy na temat mediacji w pierwszej kolejności powinno być pokonywanie barier społecznych. Stanowi to niejako punkt wyjścia do tego, aby mediacja za-

14 A. Seremet, *Mediacja dla dobra ofiar przestępstw*, wywiad, „Kurier Mediacyjny” 2010.

15 Według danych Ministerstwa Sprawiedliwości w 2010 r. odsetek postępowań zakończonych w wyniku mediacji w postępowaniu przygotowawczym wyniósł – 78,9 proc. na 1217 spraw, w sprawach karnych – 89,5 proc. na 2541 spraw, w sprawach nieletnich sprawców czynów karalnych – 75 proc. na 348 spraw. W 2010 r. skierowano do mediacji 661 spraw cywilnych w sądach rejonowych oraz 1535 spraw w sądach okręgowych, z czego umorzono w wyniku zatwierdzenia ugody zawartej przed mediatorem odpowiednio 15,3 proc. oraz 3,1 proc. W sprawach z zakresu prawa pracy na 195 skierowanych do mediacji spraw – 13,3 proc. umorzono w wyniku ugody przed mediatorem. W przypadku spraw rodzinnych 40,2 proc. z 1092 spraw zakończyło się w wyniku postępowania mediacyjnego. Natomiast w sprawach gospodarczych na 656 spraw skierowanych do mediacji w sądach rejonowych – 21,6 proc. umorzono w wyniku zatwierdzenia ugody zawartej przed mediatorem, zaś na 192 sprawy w sądach okręgowych – umorzono odpowiednio 14,1 proc.

gościła w naszym systemie prawnym jako powszechnie stosowany rodzaj rozwiązywania sporów. Już na etapie wczesnej edukacji w szkołach powinno się przywiązywać większą wagę do praktycznej nauki radzenia sobie z konfliktami. Bardzo dobrym rozwiązaniem są działające przy uniwersytetach – m.in. na Uniwersytecie Jagiellońskim – Centra Alternatywnego Rozwiązywania Sporów. Niewątpliwie kształtuje to umiejętności i wzbogaca studentów o nową wiedzę na temat mediacji. Z kolei osoby reprezentujące wymiar sprawiedliwości i czynnie go sprawujące powinny zostać objęte programem edukacyjnym, który miałby na celu przekonanie ozaletach, jakie ma kierowania spraw do mediacji nie tylko dla samych stron postępowania, ale i całego wymiaru sprawiedliwości. Warto także zwrócić uwagę na uregulowania dotyczące tej kwestii w poszczególnych kodeksach. Należy tutaj wyśtosować do ustawodawcy postulaty o ujednoczenie statusu mediatora, i przepisów oraz wyodrębnienie tych ostatnich w konkretnych rozdziałach.

To mediacja powinna stanowić podstawę rozstrzygania, a sąd alternatywę – zapewne to stwierdzenie wzbudzi w wielu sprzeciw, ale warto rozważyć takie rozwiązanie, tym bardziej, że w innych kulturach znajduje ono zastosowanie i przynosi pożądane skutki. Jak zauważa wielu sędziów praktyków, strony uczestniczące w mediacji (nawet jeśli nie uda się im wypracować zadowolającego rezultatu) wracają na salę sądową z innym nastawieniem, są wyciszone i potrafią ze sobą rozmawiać. Nawet to stanowi duże osiągnięcie, zważając na zawiłość nie tylko sporu, ale i wzajemnych relacji między dwoma stronami. Należy podkreślić, że – wbrew powszechnemu mniemaniu – głównym celem mediacji nie jest wcale ugoda. Jest nim stworzenie stronom warunków do porozumienia, a to, że strony jej nie zawarły, nie musi oznaczać, że nie są one w stanie dojść do porozumienia.

W tym miejscu należy także zwrócić uwagę na dwa pojęcia: „porozumienie” oraz „pojednanie”. „Porozumienie” posiada szersze pole znaczeniowe, a „pojednanie” sygnalizuje naprawienie relacji pomiędzy dwoma stronami, które pozostawały ze sobą w konflikcie. Jak powszechnie wiadomo – porozumienie jest jednym z najkorzystniejszych sposobów rozwiązania każdego problemu, a mediacja pomaga w jego osiągnięciu poprzez wypracowanie wspólnie akceptowanych przez obie strony warunków. Nie sprowadza się ono do jednej kwestii, często dotyczy wielu aspektów konfliktu i im bardziej jest zaawansowany, tym większa rola mediatora – oczywiście z zachowaniem wszystkich zasad, na jakich opiera się jego rola w procesie mediacji. W tym miejscu warto zwrócić uwagę na wystąpienie Ministra Sprawiedliwości, który podczas konferencji *Mediacja w Polsce – stan i perspektywy* powiedział, że: „Ilość spraw rozwiązywanych poprzez mediację rośnie, jednak te liczby są nadal zbyt małe w stosunku do naszego przekonania, że postępowania mediacyjne to najlepsza forma rozwiązania konfliktu”¹⁶. Niech to będzie „motorem napędowym” do ciągłego wdrażania omawianych mechanizmów do polskiego systemu prawnego, tym bardziej, że rodzi się także potrzeba kształcenia prawników–mediatorów.

16 *Eksperti: mediacja w Polsce jest zbyt rzadko stosowana, op. cit.*

Mediacja jest dobra dla każdego, kto chce rozmawiać o sporze. Daje ona bowiem możliwość zachowania dobrych relacji przez strony, a w konsekwencji daje możliwość dalszej współpracy. Pomaga w nawiązaniu dialogu z drugą stroną sporu, daje możliwość wypowiedzenia się, a także daje szansę takiego rozwiązania konfliktu, które będzie satysfakcjonujące dla każdej ze stron. Lepszy jest dialog, niż przetrzucanie się i licytowanie na argumenty. Lepsze jest zrozumienie i wspólne poszukiwanie rozwiązań, niż walka o swoją rację. A to właśnie gwarantuje mediacja¹⁷.

Z kolei Rzecznik Praw Dziecka podkreślał, iż z racji wzrostu poziomu przemocy szczególnie w szkołach gimnazjalnych:

Trzeba promować wśród młodzieży szkolnej mediację, ponieważ uczy ona konstruktywnego myślenia o konflikcie, szacunku i tolerancji oraz brania odpowiedzialności za swoje czyny. Wierzę, że mediacja rówieśnicza będzie też przenoszona na spory w życiu dorosłym¹⁸.

Warto także wskazać na koncepcję Moniki Kaźmierczak z Laboratorium Pozytywnej Zmiany, która opowiada się za szkoleniami z mediacji dla uczniów, zwłaszcza, że w szkołach, w których to funkcjonuje wykazują oni zainteresowanie i chcą się tym zajmować, przychodzą na szkolenia z własnej woli, angażują swój czas i energię. W tej perspektywie zasadne jest utworzenie szkolnego klubu czy centrum mediacji. Patronować temu przedsięwzięciu może przeszkolony nauczyciel. Dla poparcia tezy o wartości tej koncepcji, przytoczyć można przykład jednej z uczennic warszawskiego gimnazjum uczestniczącej przez ponad półtora roku w szkoleniu z zakresu mediacji. Uzyskała dzięki temu umiejętności pozwalające nie tylko łatwiej rozwiązywać konflikty, ale też zauważyć je. na tyle wcześniej, aby pomóc osobie agresywnej w znalezieniu wyjścia z sytuacji,, zanim podejmie ona do nieodpowiedzialny krok, groźny dla niej i innych¹⁹. W gruncie rzeczy powinno nam wszystkim zależeć na tym, by w pełni uświadomiona młodzież już na tym etapie prezentowała dojrzałość na tle rozwiązywania tego typu problemów i radzenia sobie z nimi.

Próbując zebrać powyższe rozważania przyjrzyjmy się jeszcze jednemu aspektowi. Panuje powszechne przekonanie, że w mediacji sprawiedliwość jest osiągnana w inny sposób, niż w wymiarze sprawiedliwości, przed sądem. W sądzie, to sędzia rozstrzyga na podstawie przepisów prawa o tym, po czyjej stronie leży sprawiedliwość. W mediacji

17 J. Dębek, „*Mediacja w Polsce – stan i perspektywy*” – konferencja z okazji Międzynarodowego Dnia Mediacji, <[http://ms.gov.pl/pl/informacje/news, 3589,mediacja-w-polsce--stan-i-perspektywy-.html](http://ms.gov.pl/pl/informacje/news,3589,mediacja-w-polsce--stan-i-perspektywy-.html)>.

18 Wypowiedź Rzecznika Praw Obywatelskich Ireny Lipowicz dla portalu „Wiadomości”.

19 M. Kaźmierczak, *Mediacja w szkolnej ławie*, Warszawa 2010.

natomiast, strony same muszą wypracować konsensus, ocenić, co jest dla nich do zaakceptowania, na co mogą się zgodzić, gdzie kończy się pewna granica ustępstw i w taki sposób wypracowują swą „sprawiedliwość”. Rola mediatora, jak już wyżej wspomniałam, sprowadza się do czuwania nad właściwym przebiegiem rozmów, nad tym, aby każda ze stron mogła się wypowiedzieć w tym samym stopniu, aby strony miały możliwość wyrażenia swoich emocji, aby żadna ze stron nie nadużywała swojej pozycji. W mediacji nie ma pośpiechu, to strony same dyktują sobie warunki, w jakich stopniowo dochodzą do porozumienia. Terminy i długość spotkań również wyznaczane są zgodnie z możliwościami stron. Jak wskazuje Ewa Gmurzyńska z Centrum Rozwiązywania Sporów i Konfliktów przy Uniwersytecie Warszawskim, ankiety przeprowadzone wśród uczestników mediacji wskazują na wysoką satysfakcję. Około 70–80% badanych bardzo wysoko ocenia proces mediacji nawet w sytuacjach, gdy nie doszło do zawarcia ugody. W tym miejscu należy rozważyć, czy do osiągnięcia sprawiedliwości konieczne jest udawanie się do sądu, czy może warto osiągnąć ten cel poprzez mediację²⁰.

Podsumowanie

Kwestię mediacji można rozpatrywać na płaszczyźnie praktycznego stosowania pod kątem obowiązującego obecnie w Polsce prawa (*de lege lata*) oraz pod kątem tego, jakie rozwiązania prawne w tym zakresie powinny zostać przyjęte (*de lege ferenda*). Podkreślić należy, że obie płaszczyzny są ze sobą ściśle powiązane. Warto popularyzować tę instytucję poprzez podkreślenie jej znaczenia w toku szkoleń przeprowadzanych w urzędach oraz przy uniwersytetach na Wydziałach Prawa i Administracji. Należy pojmować działania, które przyczyniłyby się do przybliżenia społeczeństwu całokształtu jej funkcjonowania, z uwzględnieniem podstaw, warunków i zasad. Jednakże powinno się mieć świadomość, że całkowite wdrożenie instytucji mediacji będzie wiązało się z czasowymi ograniczeniami, zanim znajdzie ona pełne zastosowanie praktyczne. Należy nieustannie usuwać społeczną barierę i docierać do jak największego grona. Służyć temu mogą kampanie reklamowe i informacyjne w mediach, radiu, urzędach, szkołach, oraz na uniwersytetach. Pomocne będą także aktualizowane wydania informatorów i ulotek ze szczególnym uwzględnieniem dyżurów mediatorów, którzy niewątpliwie stanowią źródło informacji.

Wartością leżącą u podstaw mediacji powinna być też społeczność lokalna oraz pełnione przez jej członków funkcje, które w największym stopniu stykają się z życiem jednostki. Dzięki upowszechnieniu mediacji, zwalczanie konfliktów własnymi „siłami” tejże społeczności może stać się realne bez udziału zewnętrznych autorytetów, jakim są sądy, na rzecz najbardziej zainteresowanych, czyli pokrzywdzonego, sprawcy i otoczenia.

20 E. Gmurzyńska, *Sprawiedliwość a mediacja*, „Kurier mediacyjny” 2010, s. 2.

Instytucja stosowania mediacji znajduje się ciągle w załężku, brakuje urzędników specjalistów i w rezultacie wszystko pozostaje bez zmian. Tymczasem ugodowe załatwienie sprawy poprzez wdrożenie odpowiednich procedur – które pozostawałyby jednocześnie w zgodzie z przepisami prawa i działaniem dotychczasowych instytucji – mogłoby okazać się pożyteczne. Stąd płynie kolejny wniosek o potrzebie organizowania szkoleń dla sędziów, mediatorów i osób kompetentnych, mających predyspozycje zawodowe do uprawiania tej sztuki. Są to także postulaty o próby poszukiwania nowych rozwiązań i ciągłego wskazywania na kwestie wymagające dopracowania skierowane do ustawodawcy, instytucji rządowych, samorządowych, korporacji prawniczych, organizacji pozarządowych, uczelni wyższych, profesjonalistów, wolontariuszy i sympatyków mediacji. Nie bez znaczenia pozostaje także aspekt wynagrodzenia dla mediatorów przy odpłatnych kursach, na których się doksztalają. Być może jego niski poziom w pośredni sposób wpływa na brak pełnego zaangażowania w tę profesję i tym samym jej rozwój. Kończąc, warto podkreślić, iż podczas mediacji nie ma przegranych i wygranych, każdy coś zyskuje, chociażby oszczędza czas tracony w oczekiwaniu na wejście sprawy na wokandę²¹.

Ideą podjętych działań jest udoskonalenie polskiego systemu sądowego i uniknięcie tym samym stosów nierozstrzygniętych spraw, przeciążania sędziów, a co za tym idzie, doprowadzenie do zminimalizowania kosztów i skrócenie czasu postępowania. W dalszej perspektywie przyczyniłoby się to do wzrostu zaufania społeczeństwa w stosunku do wymiaru sprawiedliwości. Warto zapoczątkować zmiany idące od samej mentalności, mając przy tym na uwadze podstawy regulacji prawnych, by wypracować na tym tle najdoskonalniejszy system współdziałania. Być może alternatywne rozwiązywanie sporów, określane w literaturze mianem ADR (Alternative Dispute Resolution), stanie się powszechnym i szerzej praktykowanym środkiem zaradczym uzdrawiającym system prawny.

W mojej ocenie, pomimo sceptycznego w dalszym ciągu podejścia wielu środowisk prawniczych i nie tylko, należałoby kontynuować zapoczątkowane działania poprzez dobrze zorganizowane, dofinansowane szkolenia – nie tylko w wymiarze teoretycznym, ale i praktycznym – które doskonaląby umiejętności przyszłych mediatorów u osób z wykształceniem prawniczym, administracyjnym, psychologicznym, socjologicznym i ich wzajemną współpracę na arenie krajowej a także międzynarodowej, co z kolei przyczyniłoby się do wymiany doświadczeń. Ponadto odpowiedni dobór kadr i wyspecjalizowanych instytucji, które mogłyby wpływać na wiedzę społeczeństwa o istniejących metodach alternatywnego rozwiązywania sporów, z pewnością przyczyniłoby się do wypracowania dogodnej płaszczyzny pomiędzy teorią a praktyką oraz zaowocowałoby poprawą jakości stanowionego i stosowanego prawa. Niewątpliwie też należy te metody nieustannie udoskonalać, przeobrażając tę ideę z abstrakcji w rzeczywiste i praktyczne zastosowania.

21 D. Frey, *Każdy coś zyskuje*, „Rzeczpospolita” 2004, 28.06.

SUMMARY

Mediation as a law in force, not a dead letter. How to work out a common ground for theory and practice?

The subject of this paper is the institution of mediation, with a special emphasis on the formulation of postulates addressed to the Polish legislative, governmental institutions, local authorities, corporation of advocates, non-governmental organisations, and establishments of higher education. The Author outlines the general construction of mediation and the mechanisms of its functioning, the impact of the European Union on its Member States in the context of that institution, and touches upon the practical application of mediation in Poland, concluding that once the postulates enumerated in the paper have been addressed and realized, this will grossly reduce the piling number of unresolved disputes, and consequently will minimize the cost arising from the ever-growing numbers of litigation and legal dispute.

KEYWORDS: mediation, alternative dispute resolutions (ADR), consensus, justice, cost minimisation, proceedings time reduction, social confidence growth

MICHAŁ KOSZOWSKI

Elektrownie wiatrowe a inwestycje celu publicznego

22 grudnia 2011 roku Ministerstwo Gospodarki zaprezentowało pakiet trzech ustaw: nowe Prawo energetyczne, Prawo gazowe i Ustawę o odnawialnych źródłach energii (dalej: ustawa o OZE). W szczególności z ostatnim aktem prawnym związane są duże nadzieje, ale i obawy. Ustawa wpisuje się w długoletnią dyskusję nad modelem wsparcia i miejscem odnawialnych źródeł energii w polskim systemie prawa. W szczególności wiele uwagi zajmuje tu priorytetowość inwestycji w odnawialne źródła energii i ich relacji do kwestii finansowych oraz własnościowych. Warto w tym miejscu zwrócić uwagę na projekt komisji sejmowej Przyjazne Państwo, w którym chciano uznać farm wiatrowych (obiektów związanych z wytwarzaniem i dostarczaniem energii elektrycznej) wprost za inwestycje celu publicznego. Wywołało to niemały opór¹ i ostatecznie nie weszło w życie. Teraz, w związku z projektem ustawy o OZE, która ma być implementacją Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/28/WE z dnia 23 kwietnia 2009 roku 2009/29/WE w sprawie promowania stosowania energii ze źródeł odnawialnych, zmieniającą i w następstwie uchylającą dyrektywy 2001/77/WE oraz 2003/30/WE (dalej: Dyrektywa 2009/29/WE), znów rozgorzał spór dotyczący możliwości uznawania farm wiatrowych za inwestycje celu publicznego. Celem niniejszego opracowania są: podsumowanie dotychczasowego dorobku literatury i orzecznictwa w tym zakresie oraz odniesienie go do danych technicznych dotyczących energetyki wiatrowej. Dopiero taka perspektywa daje możliwość jednoznacznej oceny tego zagadnienia.

1 A. Jaraszek, *Właściciele nieruchomości mogą stracić działki pod budowę farm wiatrowych*, „Dziennik Gazeta Prawna”, <http://prawo.gazetaprawna.pl/artykuly/434667,wlasciciele_nieruchomosci_moga_stracic_dzialki_pod_budowe_farm_wiatrowych.html>.

Cel publiczny

Mówiąc o celu publicznym, należy odnieść się do art. 6 Ustawy o gospodarce nieruchomościami (dalej: u.g.n.) z dnia 21 sierpnia 1997 roku². Przepis ten kształtuje pojęcie celu publicznego w formie katalogu działań, czynności lub konkretnych obiektów, które można do niego zaliczyć. Nie wskazuje on żadnych kryteriów uznania danego przedsięwzięcia za cel publiczny. Charakter tego katalogu przysparza zatem pewnych wątpliwości interpretacyjnych – czy stanowi on zbiór zamknięty, czy otwarty? Pewne problemy mogą być związane w szczególności z art. 6 pkt. 10, traktującym o innych celach publicznych określonych w ustawach. Należy tu zgodzić się z wyrokiem Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 15 maja 2008 roku (II OSK 548/07), który przyjął absolutną niedopuszczalność poszerzenia katalogu celów publicznych w procesie wykładni prawa. Jak zwrócono uwagę w orzeczeniu, w katalogu można znaleźć pewne klauzule generalne, jak klauzula obronności państwa czy bezpieczeństwa publicznego, jednak ich tłumaczenie musi następować w sposób możliwie zawężający, gdyż *ratio legis* art. 6 Ustawy o gospodarce nieruchomościami jest stworzenie wyraźnie oznaczonej liczby przypadków stosowania terminu „celu publicznego”. Aby mówić o celach publicznych, należy znaleźć cel wyrażony *expressis verbis* w art. 6 pkt. 1–9 u.g.n. albo cel określony jako publiczny w innej ustawie (por. wyroki Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 19 maja 1999 roku, II SA/Wr 1499/98 i z dnia 15 lutego 2000 roku, SA/Bk 901/99). Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z dnia 7 marca 2007 roku (IV SA/Wa 2037/06) zwrócił uwagę, iż cel publiczny jako taki, oznacza cel dotyczący ogółu ludzi, służący ogółowi, przeznaczony (dostępny) dla wszystkich. Zastosowanie zasad i trybu przewidzianego dla lokalizacji inwestycji celu publicznego zależy więc od tego, czy zamierzenia inwestycyjne wymagające uzyskania stosownej decyzji posiadają „pierwiastek publiczny”. Zastosowano model definicji w pełni przedmiotowej, bez odwoływania się do podmiotów realizujących dane cele.

Poglądem o ugruntowanej pozycji jest twierdzenie, iż wymienione w u.g.n. i w innych ustawach cele publiczne, w wypadku braku wyraźnych odmiennych regulacji ustawowych, może realizować nie tylko Skarb Państwa oraz jednostki samorządu terytorialnego, ale także inne podmioty (chyba że przepis ustawy stanowi w danej sprawie inaczej). Potwierdzenie tej tezy znaleźć można w stałej³ linii orzeczniczej sądów administracyjnych. Warto tu chociażby zwrócić uwagę na Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego

2 Dz.U. z 1997 r. nr 115, poz. 741.

3 Wyjątkiem jest tu wyrok II SA/Rz 466/07, w którym przyjęto, iż z przymiotu inwestycji celu publicznego mogą korzystać te rodzaje działań wymienionych w art. 6 u.g.n., które realizują jednostki samorządu terytorialnego, bądź państwo realizując swoje zadania obligatoryjne. Dodatkowo, w tym obszarze mogą znaleźć się także jednostki, które na podstawie przepisów szczególnych zostały utworzone przez wskazane jednostki.

go w Warszawie z dnia 13 marca 2008 roku (II OSK 222/07), który wprost uznał, iż dla klasyfikacji prawnej danej inwestycji do inwestycji celu publicznego nie ma znaczenia, kto finansuje i realizuje daną inwestycję. Jednostką realizującą cel publiczny może być także podmiot prywatny. Podobnie orzekł Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 9 lutego 2000 roku (I SA 363/99). Również Wojewódzki Sąd Administracyjny w Gliwicach w wyroku z dnia 18 maja 2007 roku (II SA/G1 852/06) uznał, iż okoliczność, że inwestycja ma charakter komercyjny, nie stanowi przeszkody dla uznania tego rodzaju inwestycji za inwestycję celu publicznego.

Nie sposób więc uznać za uzasadniony pogląd, by charakter celów publicznych był związany z publicznoprawnym charakterem podmiotu realizującego. Wiążące jest określenie danego celu jako publicznego we wspomnianym katalogu.

Wywłaszczenie na rzecz inwestycji celu publicznego

Z zagadnieniem zaliczenia poszczególnych inwestycji do katalogu celów publicznych związana jest dopuszczalność wywłaszczenia w celu ich realizacji. Szczególnie drażliwy jest problem wywłaszczenia na rzecz podmiotu prywatnego.

Dwa fundamentalne akty prawne traktujące o wywłaszczeniu, tj. Konstytucja RP w art. 21 i Europejska Konwencja Praw Człowieka i Obywatela (a dokładniej: art. 1 Pierwszego Protokołu) nie zawierają żadnego przepisu, który wprost zakazywałby wywłaszczenia na rzecz podmiotów prywatnych. W obu aktach ograniczono wymóg dopuszczalności wywłaszczenia do przeprowadzenia go na cel, a nie podmiot publiczny. W związku z tym, w świetle powyższych unormowań możliwe jest wywłaszczenie na rzecz podmiotu prywatnego realizującego cel publiczny.

Polska materia ustawowa ogranicza jednak krąg podmiotów, na rzecz których można dokonać wywłaszczenia. Art. 113 ust. 1 Ustawy o gospodarce nieruchomościami wprost stanowi, iż wywłaszczenia nieruchomości można dokonać wyłącznie na rzecz Skarbu Państwa albo na rzecz jednostki samorządu terytorialnego. Jest to katalog zamknięty, wywłaszczenie na rzecz jakiegokolwiek innego podmiotu będzie jawnym naruszeniem prawa.

Stanowczość tej regulacji jest dalece iluzoryczna. Żaden przepis nie zakazuje Skarbowi Państwa czy jednostce samorządu terytorialnego, na rzecz której wywłaszczonego nieruchomości, dalszego rozporządzenia nią, na podstawie różnego rodzaju czynności prawnych, na rzecz innego (w tym prywatnego) podmiotu. Dotyczy to także przeniesienia własności nieruchomości⁴. Na podstawie art. 13 u.g.n. może to nastąpić na podstawie swoistych dla gospodarki nieruchomościami czynności nieodpłatnych. Mowa tu po pierwsze o nieodpłatnym przekazaniu nieruchomości partnerowi lub spółce podmiotu

⁴ *Ustawa o gospodarce nieruchomościami. Komentarz*, praca zbiorowa, Warszawa 2011, s. 804.

publicznego i partnera prywatnego, utworzonej w celu realizacji inwestycji w myśl przepisów o partnerstwie publiczno-prywatnym⁵. Między podmiotami uprawnionymi do dokonywania na ich rzecz wywłaszczeń może dochodzić do darowizn wywłaszczonych nieruchomości na cele publiczne. Wymagane są określenie celu, na jaki nieruchomość jest przekazana, oraz odwołanie darowizny w razie jego niezrealizowania. Warunek powyższy jest o tyle konieczny, iż niezrealizowanie celu publicznego stanowi, zgodnie z art. 136 ust. 3 (w związku z art. 137 ust. 1 u.g.n.), przesłankę do żądania zwrotu nieruchomości wywłaszczonej przez byłych właścicieli. Dla tego typu roszczenia irrelevantne jest, czy nieruchomość pozostaje nadal przy podmiocie, na rzecz którego nastąpiło wywłaszczenie. W takim wypadku nie może zostać wykluczone roszczenie o odszkodowanie z powodu braku możliwości zwrotu nieruchomości w naturze⁶.

Możliwe są wręcz sytuacje, gdy – by zrealizować cel publiczny – niezbędne jest przekazanie go podmiotowi spoza wymienionych w art. 113 ust. 1 u.g.n.⁷

Analiza przepisów u.g.n. jednoznacznie więc wskazuje, iż o ile ustawa literalnie nie dopuszcza możliwości wywłaszczenia nieruchomości na cel publiczny na rzecz podmiotu prywatnego, to można śmiało twierdzić, że *de facto* to właśnie taki podmiot może łatwo stać się beneficjentem tej instytucji prawnej⁸.

W tym miejscu należy zbadać, jakie cechy inwestycji w elektrownię wiatrową lub ich zespół – farmę wiatrową – mogłyby czynić z niej inwestycją celu publicznego.

Elektrownia wiatrowa jako inwestycja elektroenergetyczna celu publicznego

Art. 6 pkt. 2 u.g.n. za cel publiczny przyjmuje budowę i utrzymywanie ciągów drenażowych, przewodów i urządzeń służących do przesyłania lub dystrybucji płynów, pary, gazów i energii elektrycznej, a także innych obiektów i urządzeń niezbędnych do korzystania z tych przewodów i urządzeń⁹.

Jednym z pierwszych orzeczeń, w którym polski sąd miał okazję wypowiedzieć się w kwestii oceny elektrowni wiatrowej jako inwestycji celu publicznego na podstawie art. 6 pkt. 2 u.g.n., był wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Szczecinie z dnia

5 Dz.U. z 2009 r. nr 19, poz. 100.

6 E. Bończak-Kucharczyk, *Ustawa o gospodarce nieruchomościami. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 599.

7 Artykuł ten między innymi nie uwzględnia możliwości wywłaszczenia nie na rzecz jednostki samorządu terytorialnego, a np. spółki komunalnej.

8 Odmienne poglądy wyraża T. Woś (*Wywłaszczanie nieruchomości i ich zwrot*, Warszawa 2011, s. 480), który uznaje, iż bezwzględnie nie można dopuścić do przeniesienia własności wywłaszczonej nieruchomości na inny niż publiczny podmiot. W takim wypadku organ ma obowiązek własność lub chociażby władanie nieruchomością przekazać na rzecz Skarbu Państwa lub jednostki samorządu terytorialnego.

9 Pojęcia te zdefiniowane zostały w Dz.U. z 1997 r. nr 54, poz. 348, art. 3 pkt. 11–11g.

14 sierpnia 2007 roku (II SA/Sz 294/07). W uzasadnieniu prawnym Sąd stwierdził, iż skoro planowana przez skarżącą spółkę inwestycja obejmowała budowę elektrowni wiatrowych, to spółka winna była złożyć do organu I instancji nie wnioszek o ustalenie warunków zabudowy, a o ustalenie lokalizacji celu publicznego. Niestety, w orzeczeniu przyjęto to jako pewną tezę, bez jej głębszej analizy czy uargumentowania.

Dokonało tego dopiero Ministerstwo Infrastruktury w specjalnym piśmie, wystosowanym przez Departament Nieruchomości i Planowania Przestrzennego 22 lutego 2008 roku, Zasady lokalizacji elektrowni wiatrowych (BN6ml-023-15/08/566). Ministerstwo poinformowało w nim, iż skoro według przepisów u.g.n. inwestycją celu publicznego jest m.in. budowa i utrzymywanie przewodów i urządzeń służących do przesyłania energii elektrycznej, a także innych obiektów i urządzeń niezbędnych do korzystania z tych przewodów i urządzeń, to za inwestycję celu publicznego należy uznać również budowę turbin wiatrowych, które służą wprowadzeniu energii elektrycznej do publicznej sieci elektroenergetycznej. Sytuacja taka miałaby nie dotyczyć przypadków, gdy energia produkowana jest wyłącznie na potrzeby własne inwestora – wtedy ustalenie warunków zabudowy i zagospodarowania terenu następuje nie w drodze decyzji o lokalizacji inwestycji celu publicznego, a w decyzji o warunkach zabudowy.

Inne stanowisko przyjął Wojewódzki Sąd Administracyjny w Szczecinie w wyroku z 8 maja 2008 roku (II SA/Sz 224/08), w którym nie podzielił stanowiska Samorządowego Kolegium Odwoławczego, że skoro zamiarem inwestora jest budowa elektrowni wiatrowej, która służy wprowadzaniu energii elektrycznej do publicznej, o zasięgu co najmniej lokalnym sieci elektroenergetycznej i ma na celu zapewnienie nieokreślonej liczbie użytkowników dostępu do tych usług, to stanowi ona inwestycję celu publicznego. Dalej Sąd zwrócił uwagę, iż do celów publicznych – w myśl przepisu art. 6 pkt. 2 u.g.n. – zaliczono jedynie urządzenia służące do przesyłania energii elektrycznej, nie zaliczając do nich urządzeń do jej wytwarzania.

Równie krytyczny dla uznania budowy farmy wiatrowej za inwestycję celu publicznego na podstawie art. 6 pkt. 2 u.g.n. był wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Krakowie z dnia 30 stycznia 2009 roku (II SA/Kr 735/08). Sąd zakwestionował decyzję wydaną przez organ I instancji w wyniku ponownego rozpoznania sprawy. W jej uzasadnieniu organ wskazał, że z treści wspomnianego artykułu u.g.n. wynika, że celem publicznym jest zarówno budowa i utrzymanie mediów służących do przesyłania, jak obiektów i urządzeń niezbędnych do korzystania z tych mediów. Organ odwoławczy przyjął przy tym, że – aby możliwe było przesyłanie energii elektrycznej – konieczne jest istnienie obiektu lub urządzenia niezbędnego do korzystania z tych sieci. Obiektem takim jest elektrownia, albowiem wynikiem jej pracy jest wytwarzanie energii elektrycznej, która następnie może być przesyłana odpowiednimi urządzeniami przesyłowymi. W świetle powyższych ustaleń, celem publicznym będzie realizacja zarówno w postaci elektrowni konwencjonalnej, jak i elektrowni wykorzystującej np. wiatr

lub wodę, czyli elektrowni wiatrowej lub wodnej. W ocenie sądu, z brzmienia art. 6 pkt. 2 u.g.n. wprost wynika, że do celów publicznych zaliczono jedynie urządzenia służące do przesyłania energii elektrycznej, nie zaliczając do nich urządzeń do ich wytwarzania. Określone we wskazanym artykule u.g.n. kategorie celów publicznych winny być interpretowane ściśle.

Zdaniem Naczelnego Sądu Administracyjnego, wyrażonym w przytoczonym już wyroku (II OSK 548/07), obecnie tylko budowa i utrzymanie przewodów i urządzeń służących do przesyłania energii elektrycznej *ex definitione* stanowi w tym zakresie cel publiczny, a pozostałe zamierzenia inwestycyjne z tej sfery gospodarki energetycznej do uzyskania takiej kwalifikacji potrzebują wykazania się dodatkową cechą („niezbędnością do korzystania”).

Wojewódzki Sąd Administracyjny w Bydgoszczy, w wyroku z dnia 17 listopada 2009 roku (II SA/Bd 844/09), poszerzył te rozważania, wskazując, iż skoro elektrownia wiatrowa nie została wymieniona wprost w art. 6 Ustawy o gospodarce nieruchomościami i nie charakteryzuje się ona wspomnianą cechą „niezbędności do korzystania”, nie ma możliwości uznania tej inwestycji za inwestycję celu publicznego. Odmienna interpretacja prowadziłaby do nieuprawnionego wniosku, iż budowa każdej elektrowni stanowi realizację celu publicznego w rozumieniu art. 2 pkt. 5 u.p.z.g.¹⁰ i art. 6 u.g.n.

Jak wykazano powyżej, można mówić o dość stabilnej linii orzeczniczej sądów administracyjnych w tym zakresie. Nie sposób odnieść się do niej krytycznie. Zwraca w szczególności uwagę argument „niezbędności” inwestycji. Aby inwestycja w elektrownię wiatrową mogła uzyskać taki przymiot, należałoby przyjąć istnienie obszaru, dla którego tego typu źródło energii byłoby jedynym możliwym do uzyskania, umożliwiającym pracę instalacji przesyłowych lub dystrybucyjnych obiektem. Taka sytuacja, oczywiście, w praktyce jest niemożliwa do uzyskania. Dlatego też należy odrzucić możliwość kwalifikacji elektrowni wiatrowej jako inwestycji celu publicznego na podstawie art. 6 pkt. 2 u.g.n.

Elektrownia wiatrowa jako inwestycja prośrodowiskowa celu publicznego

Elektrownia wiatrowa w świetle ustawy o gospodarce nieruchomościami i nowej ustawy o OZE

Drugą przesłanką z katalogu art. 6 u.g.n, którą często próbuje się uzasadniać uznanie elektrowni wiatrowej za inwestycję celu publicznego, jest jej kwalifikacja jej jako służącej ochronie środowiska w rozumieniu pkt. 4 wspomnianego przepisu. Kwestią interpretacji pozostaje, jakie inwestycje mieszczą się w tym katalogu.

Przed przedstawieniem obecnego stanu prawnego, warto zaznaczyć planowane zmia-

¹⁰ Dz.U. z 2003 r. nr 80, poz. 717.

ny związane z wejściem w życie ustawy o OZE. Zgodnie z art. 97 projektu tej ustawy, zmienione mają zostać przepisy m.in. art. 80 ust. 1 Ustawy dotyczącej oddziaływania na środowisko¹¹, poprzez dodanie punktu 5:

Jeżeli była przeprowadzona ocena oddziaływania przedsięwzięcia na środowisko, właściwy organ wydaje decyzję o środowiskowych uwarunkowaniach, biorąc pod uwagę:

[...]

5) korzystny wpływ instalacji odnawialnego źródła energii na środowisko, związany z wykorzystywaniem energii z odnawialnych źródeł energii.

Nowelizacja ta wynika z obowiązku implementacji do prawa polskiego Dyrektywy 2009/28/WE.

Zwolennicy uznawania farm wiatrowych za inwestycje celu publicznego¹² jako mających na celu ochronę środowiska zwracają w szczególności uwagę na Preambułę implementowanej dyrektywy, która w ich ocenie *per se* uzasadnia określenie farmy wiatrowej jako inwestycji celu publicznego.

W szczególności zwraca się uwagę na pkt. 42 Preambuły Dyrektywy, stanowiący:

Z uwagi na korzyści płynące z szybkiego zastosowania energii ze źródeł odnawialnych oraz z uwagi na jej zrównoważony charakter i korzystny wpływ na środowisko, państwa członkowskie, stosując przepisy administracyjne, planując struktury i przepisy prawne dotyczące przyznawania pozwoleń na instalacje w odniesieniu do kontroli i redukcji zanieczyszczeń z zakładów przemysłowych, walki z zanieczyszczeniem powietrza oraz zapobiegania przedostawaniu się niebezpiecznych substancji do środowiska lub minimalizacji tego procesu, powinny uwzględnić wkład odnawialnych źródeł energii w realizację celów związanych z ochroną środowiska i zmianami klimatycznymi, zwłaszcza w porównaniu z instalacjami wytwarzającymi energię ze źródeł nieodnawialnych.

Uzupełnia go pkt. 44, dotyczący spraw procedur ocennych:

¹¹ Dz.U. z 2008 r. nr 199, poz. 1227.

¹² *Stanowisko Fundacji na rzecz Energetyki Zrównoważonej w sprawie możliwości zaliczania działań polegających na wykorzystaniu odnawialnych źródeł energii do kategorii inwestycji celu publicznego po wejściu w życie Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/28/WE z dnia 23 kwietnia 2009 r. w sprawie promowania stosowania energii ze źródeł odnawialnych*, <<http://www.fnez.org/upload/file/30.pdf>>; K. Lasocki, *Projekt ustawy o OZE a kwalifikacja odnawialnego źródła energii jako inwestycji celu publicznego*, Centrum Informacji o Rynku Energii, <<http://www.cire.pl/pokaz-pdf-%252Fpliki%252F2%252FLasocki-OZE.pdf>>.

Należy zagwarantować spójność między celami niniejszej dyrektywy oraz innym prawodawstwem wspólnotowym dotyczącym ochrony środowiska. W szczególności w trakcie procedur oceny, planowania lub koncesjonowania instalacji wytwarzających energię ze źródeł odnawialnych państwa członkowskie powinny uwzględniać całość prawodawstwa wspólnotowego w zakresie ochrony środowiska, a także udział odnawialnych źródeł energii w spełnianiu celów dotyczących środowiska i zmiany klimatu, zwłaszcza w porównaniu z instalacjami wytwarzającymi energię ze źródeł nieodnawialnych.

W ocenie zwolenników tezy o zaliczeniu elektrowni wiatrowych do inwestycji celu publicznego, dwa powyższe przepisy wprost uznają tego typu instalacje za inwestycje prośrodowiskowe. Należy w tym miejscu przedstawić cechy techniczne elektrowni wiatrowych i ocenić, czy rzeczywiście tego typu inwestycje oddziałują na otoczenie wyłącznie pozytywnie.

Uwarunkowania techniczno-środowiskowe energetyki wiatrowej

Elektrownie wiatrowe konkurują z energetyką konwencjonalną, opartą na spalaniu węgla czy gazu. Pomijając nakłady energii niezbędne do skonstruowania takiej elektrowni, samo wytworzenie energii (w przypadku elektrowni wiatrowych) nie pociąga za sobą konieczności spalania żadnego rodzaju paliwa. Tym samym mają one niebagatelny wpływ na ograniczanie emisji produktów spalania towarzyszących konwencjonalnym źródłom pozyskiwania energii – dwutlenku węgla, dwutlenku siarki, tlenków azotu i pyłów. To korzystne oddziaływanie na stan zanieczyszczenia atmosfery jest decydujące, jeśli chodzi o uznawanie elektrowni wiatrowych za tzw. czystą energię i objęcie ich zakresem Dyrektywy 2009/28/WE.

Wydaje się, że obecnie w dyskusji nad uznaniem elektrowni wiatrowych za inwestycje celu publicznego w świetle nowej ustawy o OZE zapomina się, iż inwestycje tego typu nie mają bezsprzecznie pozytywnego wpływu na atmosferę. Praca turbin oddziałuje również na przyrodężywioną, a fakt ten nie może zostać pominięty w analizie elektrowni wiatrowej jako inwestycji mającej na celu ochronę środowiska.

Hałas generowany przez pracę rotora i śmigieł wiatraka, emitujący energię akustyczną do otoczenia, jest jednym z bardziej odczuwalnych sposobów oddziaływania elektrowni wiatrowej na otoczenie. Moc akustyczna urządzeń jest znaczna, powoduje zmianę klimatu akustycznego na okazałych połaciach terenu w sąsiedztwie farmy wiatrowej. Zasięg oddziaływania potęguje jeszcze bardziej usytuowanie części ruchomych wiatraka – usadawia się je przecież na wysokich masztach, sięgających od kilkudziesięciu po czasem i sto metrów. Mając na uwadze małą energię akustyczną, irrelevantny jest hałas generowany przez elementy zagospodarowania otoczenia stacji, takie jak transformatory potrzeb własnych i rozdzielnia.

Wyniki modelowych obliczeń z różnych terenów Polski dla różnych typów elektrowni i różnej ich liczby wskazują, że izofony o wartościach 40 i 45 dB mogą przebiegać w odległości kilkuset metrów od elektrowni (dla 45 dB – od 400 do 500 m, dla 40 dB – ok. 800 m, nawet do 1000 m)¹³.

Podłączenie farmy wiatrowej powoduje inną jeszcze formę oddziaływania na otoczenie, jakim jest emisja ponadnormatywnego promieniowania elektromagnetycznego, które może sięgać kilkunastu metrów od jego przewodów¹⁴. Elektrownie wiatrowe stawia się raczej na terenie otwartym, często na użytkach rolnych, dzięki czemu do oddziaływania pola na ludzi nie dochodzi.

Elektrownia wiatrowa stanowi element obcy w środowisku. Nie jest możliwe, by nie miała ona wpływu na swoje otoczenie. Wśród ekologów podnosi się problem oddziaływania elektrowni wiatrowych na zwierzęta¹⁵.

Obecność farmy wiatrowej dla zwierząt naziemnych jest raczej irrelevantna. Zmiany populacji zwierząt, do jakich dochodzi w otoczeniu inwestycji, są konsekwencją zmiany w roślinności pokrywającej teren, związanej ze zmianą użytkowania gruntów.

O wiele dotkliwiej odczuwa powstanie farmy wiatrowej na danym terenie awifauna. Oddziaływanie elektrowni na ptaki jest zauważalne zarówno w okresie lęgowym, jak i poza nim.

Może ono polegać na kolizjach z elementami turbiny czy masztu, co zwykle skutkuje śmiercią lub poranieniem lub na zmianach rozmieszczenia i zachowania ptaków – opuszczeniem siedlisk i zmianie tras przelotów, spowodowanych tzw. efektem bariery¹⁶.

Elektrownie zlokalizowane w sąsiedztwie żerowisk i lęgowisk ptaków, stanowiących tereny ich regularnych przelotów, odnotowują największy odsetek śmiertelności wskutek zderzeń. Istotną zmienną, poza liczebnością ptactwa na danym obszarze, jest również widoczność – większość zderzeń ma miejsce w porze nocnej lub przy złych warunkach pogodowych. Przy dobrej widoczności pracujące turbiny odstraszały ptaki¹⁷.

Wspomniany efekt odstraszenia powoduje zmniejszenie wykorzystania przez awifaunę w celach żerowania, odpoczynku czy gniazdowania terenów przyległych do farmy wiatrowej. Jest to w pewnym stopniu efekt korzystny, gdyż ma wpływ na zmniejszenie przypadków zderzeń z turbinami. Z drugiej jednak strony, duże inwestycje, których

13 M. Przewoźniak, *Oddziaływanie elektrowni wiatrowych na środowisko – zagadnienia sozologiczne, ekologiczne i krajobrazowe*, [w:] *II Konferencja „Rynek energetyki wiatrowej w Polsce”*, Warszawa 2007, s. 217.

14 *Ibidem*, s. 218.

15 Cf. *Wytyczne Polskiego Stowarzyszenia Energetyki Wiatrowej w zakresie oceny oddziaływania elektrowni wiatrowych na ptaki*, <http://www.psew.pl/files/wytyczne_w_zakresie_oceny_oddziaływania_elektrowni_wiatrowych_na_ptaki_apa_v_10new_okładka_pl.pdf>.

16 *Wind energy development and Natura 2000 (EU Guidance on wind energy development in accordance with the EU nature legislation)*, Bruksela 2010, s. 32.

17 M. Przewoźniak, *op. cit.*, s. 219

efektywność jest o wiele większa, a ekonomiczne uzasadnienie – dużo lepsze, składają się z sieci turbin wiatrowych oddalonych od siebie, rozmieszczonych na znacznym obszarze. Przeciętny zespół elektrowni wiatrowych, składający się z 20 siłowni zlokalizowanych na terenie o kształcie koła o promieniu 1 km, spowoduje zmiany awifauny (głównie jej rozmieszczenia) na powierzchni ok. 1000 ha. W przypadku liniowego rozmieszczenia 20 elektrowni co 400 m, powierzchnia zmian awifauny wyniesie ok. 1500 ha¹⁸. Sytuacja taka może poważnie zmienić trasy przelotów ptaków wędrownych, jak również spowodować utratę siedlisk przez ptaki gniazdujące w sąsiedztwie inwestycji.

Prośrodowiskowy charakter elektrowni wiatrowej w orzecznictwie

Jak wskazano wyżej, farma wiatrowa potencjalnie może oddziaływać na swoje otoczenie na wiele sposobów. Może to stanowić podstawę do pociągnięcia inwestora do odpowiedzialności za szkodę w środowisku. Podstawowe znaczenie ma tu art. 322 i następne, oraz art. 362 i następne prawa ochrony środowiska¹⁹, regulujące odpowiednio reguły odpowiedzialności cywilnej i administracyjnej za szkodę w środowisku.

Inwestycja, jaką jest farma wiatrowa, nie ma wyłącznie prośrodowiskowego charakteru, można wręcz wskazać wiele przykładów jej oddziaływań szkodliwych. Trudno więc tutaj kwalifikować ją jako inwestycję celu publicznego z art. 6 ust. 4 u.g.n.

Orzecznictwo sądów administracyjnych również zwróciło uwagę na te cechy farm wiatrowych, które utrudniają uznanie ich za inwestycje prośrodowiskowe w rozumieniu przepisów u.g.n. Dość gruntownie tę kwestię rozważył Wojewódzki Sąd Administracyjny w Bydgoszczy, w wyroku z dnia 3 listopada 2009 roku (II SA/Bd 714/09), w którym słusznie stwierdził, iż budowa wielu zakładów przemysłowych oraz ich remont czy modernizacja służą ochronie środowiska naturalnego. Zastosowanie nowoczesnych technologii najczęściej sprzyja ochronie środowiska. Budowa tak samo w przypadku elektrowni wiatrowych. Nie oznacza to jednak, że każda inwestycja sprzyjająca ochronie środowiska jest inwestycją celu publicznego. Taki walor posiadają tylko przedsięwzięcia enumeratywnie wymienione w przepisie art. 6 Ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 roku o gospodarce nieruchomościami. Pojęcie celu publicznego nie jest dowolne i przy jego interpretacji nie jest wystarczające odwołanie się do potocznego rozumienia tego celu. Co już zostało podkreślone wcześniej, katalog celów publicznych ma charakter zamknięty i nie jest możliwe jego rozszerzenie w drodze interpretacji.

W podobnym tonie wypowiedział się ten sam sąd w wyroku z 24 marca 2010 roku (II SA/Bd 33/10) stwierdzając, iż nie można tracić z pola widzenia faktu, że podstawową funkcją elektrowni wiatrowej jest wytwarzanie energii elektrycznej, a inwestor, budując taki obiekt, czyni to w konkretnym celu ekonomicznym, tj. sprzedaży prądu, a nie w celu ochrony środowiska naturalnego. Elektrownia wiatrowa nie jest więc obiektem czy też

¹⁸ *Ibidem*, s. 220.

¹⁹ Dz.U. z 2001 r. nr 62, poz. 627.

urządzeniem służącym *stricte* ochronie środowiska. Fakt, że proces wytworzenia energii odbywa się przy zastosowaniu technologii przyjaznej środowisku („sprzyjającej ochronie środowiska”) nie może implikować uznania elektrowni wiatrowej za inwestycję głównie jego ochronie służącą.

Można więc śmiało postawić tezę, iż w obecnym stanie prawnym, jak i tym zmodyfikowanym ustawą o OZE, nie sposób uznać farmy wiatrowej za inwestycję celu publicznego ani na podstawie pkt. 2, ani 4 art. 6 u.g.n. U podstaw takiego stanu rzeczy leży nie tyle regulacja prawna, co uwarunkowania techniczne tego typu inwestycji.

Podsumowanie

Jednym z celów uznania inwestycji za inwestycję celu publicznego jest skrócenie procedur niezbędnych w procesie inwestycyjnym. Wśród organów pierwszej instancji (organów wykonawczych jednostek samorządu terytorialnego) obserwuje się tendencję do uznawania farm wiatrowych za inwestycję celu publicznego. Przynosi to jednak skutek odwrotny do zamierzonego.

W obecnym stanie prawnym nie sposób uznać elektrowni wiatrowej za inwestycję celu publicznego. Również postulaty *de lege ferenda* w sprawie ewentualnej nowelizacji art. 6 u.g.n. mogłyby być nader nieefektywne. *Prima facie*, wystarczyłoby dodać do katalogu „inwestycje w bezemisyjne obiekty wytwarzające energię.” Jednak chociaż elektrownia wiatrowa poza zdarzeniami o charakterze wypadku nie wytwarza gazów ani pyłów do atmosfery, nie jest obiektem bezemisyjnym, obojętnym dla środowiska. Hałas i promieniowanie, generowane przez nią, mają niebagatelny wpływ na środowisko, stąd inwestycja tego typu uznawana jest za oddziałującą lub mogącą oddziaływać na środowisko. Z tego względu, mając na uwadze nie tyle ograniczenia prawne, co techniczne uwarunkowania elektrowni wiatrowej, trudno mówić w jej przypadku o inwestycji prośrodowiskowej. Należy, oczywiście, brać pod uwagę brak emisji gazów cieplarnianych przy produkcji energii ze źródeł wiatrowych. Nie można jednak jednocześnie zapominać o naturze takiej inwestycji, która ma pewien niepomijalny negatywny wpływ na środowisko.

Z powyższych względów, mimo odwrotnej tendencji wśród organów pierwszoinstancyjnych, sądownictwo administracyjne przyjmuje względnie jednolitą ocenę tego typu inwestycji. Nowa ustawa o OZE raczej nie ma szans tej linii orzeczniczej zmienić. Stąd, chociaż inwestor, zabiegając o uznanie inwestycji w farmę wiatrową za inwestycję celu publicznego, może o wiele szybciej uzyskać samą decyzję administracyjną pozwalającą mu na budowę, będzie ona obciążona sporym ryzykiem skutecznego wniesienia przeciwko niej protestu. Ten przybierze on postać długotrwałej procedury odwoławczej – administracyjnej i sądowno-administracyjnej. Sytuacja taka skutecznie może zablokować inwestycję na wiele lat. Paradoksalnie więc, w interesie inwestora leży uzyskanie

decyzji o warunkach zabudowy, a nie decyzji o lokalizacji inwestycji celu publicznego. Uniknie on dzięki temu przedłużenia procesu inwestycyjnego, co jest również w interesie państwa. Nie można zapominać o związaniu Polski celem indykatywnym Dyrektywy 2009/29/WE. W implementacji prawa unijnego, po pierwsze musimy stawiać na jego efektywne praktyczne zastosowanie. Obecna polityka energetyczna Unii Europejskiej czyni wspieranie rozwoju odnawialnych źródeł energii celem strategicznym państw członkowskich. Niekoniecznie jednak musi ono polegać na kwalifikacji wymienionych urzędów do inwestycji celów publicznych. Obecny stan prawny, a jeszcze bardziej projektowana ustawa o OZE dają w tych kwestiach całą paletę możliwości organom państwa i samorządu terytorialnego.

SUMMARY

Wind power plants as an investment of a public purpose

On 22 December 2011, the Ministry of Economy presented a draft law on Renewable Energy Resources (RES), which fits into the discussion on the recognition of wind power plant as an investment of a public purpose (IPP). The author is of an opinion on that a wind power plant cannot be considered as an IPP for legal, rather than technical reasons. The investor's objective is to obtain an outline planning decision, not a decision on the location of an IPP, which might otherwise prolong the investment process.

KEYWORDS: Renewable energy sources, investment of a public purpose, energy law, environmental protection law

Recenzenci Zeszytu:

Prof. zw. dr hab. Krystyna Daszkiewicz	Prof. UAM dr hab. Zbigniew Janku
Prof. zw. dr hab. Zdzisław Kędzia	Prof. UAM dr hab. Jerzy W. Ochmański
Prof. zw. dr hab. Marian Kępiński	Prof. UAM dr hab. Adam Olejniczak
Prof. zw. dr hab. Jacek Napierała	Prof. UAM dr hab. Marek Smolak
Prof. zw. dr hab. Krzysztof Pałeczki	Prof. UAM dr hab. Robert Zawłocki
Prof. zw. dr hab. Anna Walaszek-Pyziol	Prof. UKSW dr hab. Marek Michalski
Prof. zw. dr hab. Kazimierz Zawada	dr hab. Jacek Jastrzębski
Prof. UAM dr hab. Maciej Gutowski	

Informacja o autorach

mgr Georgi GRUEW – absolwent prawa i historii sztuki Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza, aplikant adwokacki, doktorant w Instytucie Historii Sztuki Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza

mgr Łukasz JUREK – absolwent prawa Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie i administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego

mgr Ewelina KNAPCZYK – absolwentka prawa, doktorantka w Katedrze Socjologii Prawa Uniwersytetu Jagiellońskiego

mgr Anita KUBANEK – absolwentka prawa, doktorantka w Katedrze Prawa Konstytucyjnego Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza

mgr Ewa ŁOWIŃSKA – absolwentka europeistyki, studentka V roku prawa Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza

mgr Wojciech ROWIŃSKI – sędzia, absolwent prawa Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza

mgr Katarzyna SZCZEPAŃSKA – absolwentka prawa, doktorantka w Katedrze Prawa Cywilnego, Handlowego i Ubezpieczeniowego Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza

Michał BIAŁKOWSKI – student V roku prawa Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza

Michał GAJDUS – student IV roku prawa i IV roku MISH Uniwersytetu Warszawskiego

Grzegorz GLANOWSKI – student V roku prawa Uniwersytetu Jagiellońskiego

Michał KOSZOWSKI – student V roku prawa Uniwersytetu Jagiellońskiego

Anna LASZCZYK – studentka V roku prawa Uniwersytetu Warszawskiego

Rafał MACIĄG – student V roku prawa Uniwersytetu im. Marii Curie-Skłodowskiej
w Lublinie

Piotr RADZIEJEWSKI – student IV roku prawa Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza

Maksymilian SACZYWKO – student IV roku prawa Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza

Łukasz SOKOŁOWSKI – student V roku prawa Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza

Joanna UCHAŃSKA – studentka V roku prawa Uniwersytetu Jagiellońskiego