

**ADAM MICKIEWICZ UNIVERSITY
LAW REVIEW**

ADAM MICKIEWICZ UNIVERSITY LAW REVIEW

PRZEGLĄD PRAWNICZY UNIwersYTETU IM. ADAMA MICKIEWICZA

LA REVUE JURIDIQUE DE L'UNIVERSITÉ ADAM MICKIEWICZ

$$\frac{2}{2013}$$



POZNAŃ 2013

Editorial Board

Paweł Kwiatkowski – editor in chief
Sławomir Marciniak – executive editor
Remigiusz Chęciński – managing editor
Paweł Glapiak
Piotr Horbowski
Jakub Józwiak
Szymon Paciorkowski
Jan Radziuk
Mateusz Sobolewski
Piotr Szulc

Proofreader Editors

Jean Gallerne
Paul Newsham
Alicja Tempłowicz
Christopher Whyatt

Scientific Board

Prof. Roman Budzinowski
Prof. Wojciech Dajczak
Prof. Tadeusz Gadkowski
Prof. Ulrich Häde
Prof. Zbigniew Janku
Prof. Elżbieta Jantoń-Drozdowska
Prof. Zdzisław Kędzia
Prof. Marian Kępiński
Prof. Krzysztof Knoppek
Prof. Hubert Kolecki
Prof. Krzysztof Krasowski
Prof. Jerzy Małecki
Prof. Anna Mikulska
Prof. Leopold Moskwa
Prof. Zdzisław Niedbała
Prof. Jerzy W. Ochmański
Prof. Adam Olejniczak
Prof. Francisco Javier Andrés Santos
Prof. Marek Smolak
Prof. Tomasz Sokołowski
Prof. Daniil Tuzov
Prof. Paweł Wiliński
Prof. Robert Zawłocki
Dr. Jacek Wiewiorowski

ISSN 2083-9782

Financed by Adam Mickiewicz University Poznań & Faculty of Law and Administration

Adam Mickiewicz University Law Review

św. Marcin 90 Street

61-809 Poznań Poland

ppuam@amu.edu.pl

www.ppuam.amu.edu.pl

Printed version is the original version of the journal.

Typeset: Joanna Askutja

Printed by: Totem, ul. Jacewska 89, 88-100 Inowrocław

Published by: European Law Students Association ELSA Poznań

Contents Spis treści Sommaire

SZYMON PACIORKOWSKI

Problem tzw. legalnej bigamii w II RP w świetle spraw małżeńskich toczonych przed Sądem Okręgowym w Poznaniu..... 15

JAKUB JÓŹWIAK

Umowa o korzystanie z gruntu celem budowy i eksploatacji instalacji OZE – wybrane aspekty prawne29

Ivo KUCHARCZUK

Charakter prawny i materialnoprawne konsekwencje wpisu w dziale I-O księgi wieczystej43

MICHAŁ BIAŁKOWSKI

Poglądy doktryny prawa cywilnego i orzecznictwa na pojęcie błędu medycznego..... 57

MICHAŁ MARSZELEWSKI

Zapłodnienie post mortem nasieniem zmarłego męża jako przykład medycznie wspomaganey prokreacji..... 71

SŁAWOMIR MARCINIAK

Art. 162 kodeksu postępowania cywilnego – zastosowanie, funkcje i znaczenie w procesie cywilnym 83

SŁAWOMIR MARCINIAK

Zasada kontryktoryjności a ewolucja i współczesny kształt postępowania cywilnego – zarys problematyki..... 97

DIANA ILKÓW

Aspekty procesowe ugody sądowej zawartej w toku postępowania rozpoznawczego..113

ŁUKASZ PILARCZYK

Nadawanie klauzuli wykonalności obowiązкови probacyjnemu orzekanemu na podstawie art. 72 § 2 kodeksu karnego.....131

PAWEŁ JAROS

Powództwo z art. 189 k.p.c. w przypadku wadliwych uchwał rady nadzorczej spółki kapitałowej 143

HANNA URBAN-DECHNIK	
Regulacja prawna transplantacji w ustawodawstwie europejskim	157
MARTA ZALEWSKA	
Amerykańska koncepcja w unijnym prawie – <i>essential facilities doctrine</i>	167
OLGA GERLICH	
State Immunity or State Impunity? Human Rights and State Immunity Revisited in the ICJ's Judgment on the Case of the Jurisdictional Immunities of a State	185
TOMASZ LEWANDOWSKI	
Can mouse clicking be seen as involvement in armed conflict? Some notes on the direct participation in hostilities in cyberspace	195
CHOOCHEEWAN TAMISANONT	
Human Rights and the role of courts in Thailand	205
SEMEN V. YANKEVICH	
Legal regulation of the principle of transparency in the budgetary process of the Republic of Poland.....	215
SERGEY BOCHKAREV	
Constitutionnalisme français. Expérience de la troisième république.....	227
REMIGIUSZ CHĘCIŃSKI, ALEXANDRE DEPARTOUT, TYMOTEUSZ MĄDRY	
La souveraineté ou les souverainetés ? Réflexions sur les relations entre souveraineté de l'État et souveraineté de la nation.....	235
ANDRZEJ GADKOWSKI	
À propos de la liberté de navigation sur les fleuves internationaux: L'Affaire de l'Oder devant la Cour permanente de Justice internationale	247
THIMOTHÉE FRINGANS	
Les recettes de cuisine françaises peuvent-elles être protégées juridiquement ?	267
List of Authors	279

Contents

SZYMON PACIORKOWSKI

The problem of “legal bigamy” in the light of the rulings of the District Court in Poznań.....28

JAKUB JÓZWIAK

Agreement on the use of land for the construction and operation of renewable energy installations – selected legal aspects..... 41

IWO KUCHARCZUK

The legal nature and substantive consequences of the records in section ‘I- Identification of real estate’ in the mortgage register.....56

MICHAŁ BIAŁKOWSKI

The doctrine of civil law and the ruling concepts on the notion of medical malpractice 70

MICHAŁ MARSZELEWSKI

Postmortem conception of a dead husband’s semen as a particular example of medically assisted procreation..... 81

SŁAWOMIR MARCINIAK

Article 162 of the Polish Civil Procedure Code – application, functions and its role in the civil process..... 95

SŁAWOMIR MARCINIAK

The adversarial principle, the evolution and current shape of civil procedure – outline of subject matter 111

DIANA ILKÓW

Procedural aspects of a settlement reached before the court in the course of proceedings 129

ŁUKASZ PIŁARCZYK

Appending the enforcement clause of the redress of damage stated in the Article 72 § 2 of the Code of Criminal law.....141

PAWEŁ JAROS

Complaint from art. 189 of The Code of Civil Procedure in the event of defective resolutions of a supervisory board of a company 156

HANNA URBAN-DECHNIK	
Legal framework of transplantations in European Union legislation	166
MARTA ZALEWSKA	
Essential facilities doctrine in European Union Law	183
OLGA GERLICH	
State Immunity or State Impunity? Human Rights and State Immunity Revisited in the ICJ's Judgment in the Case of the Jurisdictional Immunities of a State	194
TOMASZ LEWANDOWSKI	
Can mouse clicking be seen as involvement in armed conflict? Some notes on the direct participation in hostilities in cyberspace	204
CHOOCHEEWAN TAMISANONT	
Human rights and the role of courts in Thailand.....	214
SEMEN V. YANKEVICH	
Legal regulation of the principle of transparency in the budgetary process of the Republic of Poland.....	226
SERGEY BOCHKAREV	
French constitutionalism. The experience of the Third Republic.....	234
REMIGIUSZ CHĘCIŃSKI, ALEXANDRE DEPARTOUT, TYMOTEUSZ MĄDRY	
State sovereignty versus nation sovereignty	245
ANDRZEJ GADKOWSKI	
The freedom of navigation on international rivers. The Oder case before the Permanent Court of International Justice.	264
THIMOTHÉE FRINGANS	
French culinary recipes. Does the legal framework for intellectual property provide their protection?	277
List of Authors	279

Foreword

The possibility to participate in global scientific discourse determines the priorities for projects undertaken by the representatives of different disciplines. These projects, formulated as a strategy of action, define the system of undertaken practices, becoming a praxis which influences the participants of interaction. The whole process, based on interaction, has to be provided by a communication platform – a tool for technical implementation of the strategy. International scientific journals may be regarded as such a platform. It is an aspiration of the presented volume of the Adam Mickiewicz University Law Review to become such a journal. This aspiration is related to a publication in which articles from representatives of Polish and foreign academic centres are published. The presented volume – taking into consideration the complex nature of the whole process – is the next step towards achieving that goal.

The journal presents articles written by authors affiliated with the best Polish universities as well as foreign ones – Saint Petersburg State University, Herzen State Pedagogical University, The Higher School of Economics - National Research University in Moscow, The University of Geneva and Lille II University. The broad view on the problems presented from the legal science perspective is expressed in the wide variety of article subjects. These articles are grouped into three language sections – Polish, English and French.

The form of the presented volume is indebted to the collaboration with Adam Mickiewicz University's academic community. This collaboration enabled the technical implementation of strategies which have been essential for the development of the journal since its first edition. On the one hand, it enabled the fulfilment of the requirements for scientific journals defined by the state institutions which regulate their status. On the other hand, it provided a basis for the mechanism of critical evaluation of submitted papers. To show our gratitude, we would like to thank the Scientific Board for the possibility of sharing capital of great importance to every form of the journal's development – we would like to thank them for the possibility of sharing the capital of knowledge.

Paweł Kwiatkowski

Słowo wstępne

Możliwość uczestniczenia w globalnym dyskursie naukowym wyznacza kierunek dla projektów realizowanych przez przedstawicieli poszczególnych dyscyplin badawczych. Te z kolei, przełożone na określone strategie działania, przyjmują postać zbioru praktyk, które definiują poszczególne przedsięwzięcia. Interakcja, na jakiej opiera się cały proces, nie jest jednak możliwa bez platformy komunikacyjnej – narzędzia technicznego wdrożenia przyjętych strategii. Platformami tymi mogą być międzynarodowe czasopisma naukowe. Do takiego miana aspiruje prezentowane wydanie Przeglądu Prawniczego Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza, stanowiące wyraz dążenia jego założycieli do przekształcenia projektu w czasopismo o zasięgu międzynarodowym, w którym publikowane są artykuły przedstawicieli polskich i zagranicznych ośrodków akademickich. Wydanie to – mając na uwadze złożony charakter całego procesu – jest kolejnym krokiem na drodze do realizacji tego celu.

Autorami artykułów publikowanych w czasopiśmie są młodzi naukowcy afiliowani na najlepszych polskich uczelniach, uniwersytetach Federacji Rosyjskiej – Uniwersytecie Stanowym w Sankt Petersburgu, Stanowym Uniwersytecie Pedagogicznym Herzen oraz Wyższej Szkole Ekonomicznej – Państwowym Uniwersytecie Badawczym, a także Uniwersytecie w Genewie oraz Uniwersytecie Lille 2. Szerokie ujęcie zakresu nauk prawnych prezentowane w ich pracach znajduje wyraz w zróżnicowanej tematyce tegorocznego wydania. Prace te pogrupowane są w trzech sekcjach językowych – języka polskiego, angielskiego i francuskiego.

Tegoroczne wydanie Przeglądu Prawniczego swój kształt zawdzięcza współpracy poznńskiego środowiska akademickiego. Współpraca ta, umożliwiając techniczne wdrożenie przyjętych strategii, odegrała znaczącą rolę w rozwoju czasopisma względem jego poprzedniej odsłony. Z jednej strony pozwoliła na racjonalne przygotowanie się do spełnienia wymogów stawianych wydawnictwom naukowym przez państwowe instytucje regulujące ich status, z drugiej natomiast zapewniła trwałe podstawy mechanizmu selekcji opartego na krytycznej weryfikacji publikowanych prac. Mając na uwadze kluczowe znaczenie tych dwóch aspektów, składamy podziękowania Członkom Rady Naukowej za możliwość współdzielenia kapitału wiedzy – kapitału o szczególnej wartości dla każdej formy rozwoju.

Paweł Kwiatkowski

Avant-propos

La possibilité de participer au discours scientifique mondiale définit la direction des projets entrepris par les représentants de diverses disciplines de recherche. Celles-ci, définies à leur tour en stratégies spécifiques, prennent la forme d'un ensemble de pratiques qui conditionnent les projets individuels. L'interaction, qui sous-tend l'ensemble du processus, n'est cependant pas possible sans une plate-forme de communication - un outil technique pour réaliser les stratégies adoptées. Ces plates-formes peuvent être des revues scientifiques internationales. Ce numéro de la Revue Juridique de l'Université Adam Mickiewicz poursuit un tel objectif, expression du désir de ses fondateurs, en transformant cette revue, où sont publiés des articles des représentants d'universités polonaises et étrangères, en une telle plate-forme. Cette forme d'édition, vu la complexité du processus, est donc la prochaine étape à atteindre.

Les auteurs des articles publiés dans la revue sont de jeunes scientifiques affiliés aux meilleures universités polonaises, aux universités de la Fédération de Russie, comme l'Université d'État de Saint-Petersbourg, l'Université Pédagogique d'État de Russie Herzen et l'Université Nationale de Recherche - École des Hautes Études en Sciences Économiques et notamment, l'Université de Genève et l'Université Lille 2, en France. Le large regard sur le problème de la science juridique présentée dans leur travail se reflète dans les différents thèmes de l'édition de cette année. Ces textes sont présentés par sections regroupées en trois langues - polonaise, anglaise et française.

La forme de cette édition de la Revue Juridique de l'Université Adam Mickiewicz est le résultat d'une collaboration au sein du centre académique de Poznań. Cette coopération, qui permet la réalisation technique de la stratégie adoptée, a joué un rôle important dans le développement des points de vue précédents de la revue. D'une part, elle a permis une élaboration rationnelle répondant aux exigences posées aux éditeurs scientifiques par les institutions de l'état régissant leur statut, et, de l'autre côté, elle a permis la mise en place d'un mécanisme de sélection solide fondée sur une vérification critique des dissertations publiées. Reconnaisant l'importance vitale de ces deux aspects, nous tenons à remercier les membres du Conseil Scientifique pour avoir partagé ces principes d'une valeur particulière à toute forme de développement, que sont les principes de la science.

Paweł Kwiatkowski

SZYMON PACIORKOWSKI
UNIwersytet im. Adama Mickiewicza

Problem tzw. legalnej bigamii w II RP w świetle spraw małżeńskich toczonych przed Sądem Okręgowym w Poznaniu

Konieczność stosowania w każdej z dzielnic państwa odziedziczonych po zaborcach odmiennych od siebie porządków prawnych, wynikająca z podejmowanych w okresie międzywojennym i zakończonych niepowodzeniem prób unifikacji polskiego prawa małżeńskiego była, przedmiotem licznych analiz przedstawicieli polskiej doktryny prawniczej zarówno przed, jak i po II wojnie światowej¹. Jednym z najbardziej drastycznych skutków stanu chaosu prawnego, szczególnie dotkliwie odczuwalnego na obszarze dawnego zaboru rosyjskiego, było zjawisko tzw. legalnej bigamii². Miało ono swe źródło w problemie uznawania przez sądy powszechne za pozbawione skutków cywilnych wadliwych orzeczeń sądów duchownych rozwiązujących lub unieważniających małżeństwo stron, przy jednoczesnym braku kompetencji sądów powszechnych do stwierdzenia nieważności kolejnego małżeństwa wyznaniowego zawartego przez jedną z tych stron³. Stan taki prowadził do faktycznego pozostawania przez małżonków jednocześnie w dwóch związkach małżeńskich.

Celem niniejszego artykułu jest ukazanie problemów związanych z uznaniem skutków prawnych orzeczeń sądów duchownych na przykładzie dwóch spraw toczonych w okresie międzywojennym przed Sądem Okręgowym w Poznaniu⁴. Źródłem wytoczenia powództw w obu sprawach (jednej o ustalenie istnienia małżeństwa i jednej

1 V. zestawienie bibliografii dla dziejów polskiego prawa małżeńskiego w II RP; S. Płaza, *Historia prawa w Polsce na tle porównawczym*, cz. 3: *Okres międzywojenny*, Kraków 2001, s. 82-108; Z. Zarzycki, *Rozwód w świetle akt Sądu Okręgowego w Krakowie w latach 1918 – 1945. Studium historyczno-prawne*, Kraków 2010, s. 727-749.

2 H. Świątkowski, *Problem legalnej bigamii w Polsce przedwrzesniowej*, „Nowe Prawo”, z. 10, 1959, s. 1150-1158.

3 Z. Radwański, *Prawo cywilne i proces cywilny*, [w:] *Historia państwa i prawa Polski 1918 – 1939*, red. F. Ryszka, cz. II, Warszawa 1968, s. 173.

4 Akta spraw zachowały się w Archiwum Państwowym w Poznaniu, w zespole akt Sądu Okręgowego w Poznaniu, nr zespółu 1124, dalej: APP, SOP.

o uznanie go za nieważne) były wyroki rozwodowe wydane przez Sąd Duchowny Warszawsko-Chełmskiego Konsystorza Prawosławnego na podstawie Prawa o małżeństwie z 1836 r⁵., obowiązującego w byłym Królestwie Kongresowym.

Rosyjskie regulacje prawa małżeńskiego dotyczące małżeństw mieszanych oparte były na uprzywilejowaniu małżonka wyznania prawosławnego⁶. Zgodnie z art. 200 ust. 3 p.m. prawosławne sądy duchowne były „jedynie właściwymi do rozpoznawania nieważności lub rozwiązania związku małżeńskiego” w wypadku związków osób prawosławnych z osobami innych wyznań. Podobnie zgodnie z przepisem art. 203 p.m., gdy ślubu udzielił duchowny prawosławny, sąd konsystorski był właściwy do uznania nieważności lub rozwiązania zawartego małżeństwa. Po odzyskaniu przez Polskę niepodległości przepisy p.m. z 1836 r. o dyskryminacyjnym charakterze nadal stanowiły podstawę wydawania wyroków przez prawosławne sądy duchowne, pomimo zawartej w art. 114 Konstytucji z 1921 r. ogólnej zasady równouprawnienia wyznań⁷.

Dla kwestii cywilnych skutków wyroków sądów duchownych istotne znaczenie miało orzeczenie kompletu całej Izby I Cywilnej Sądu Najwyższego z dnia 8 listopada 1926 r⁸.. W kwestii podstaw orzekania sądów prawosławnych wyraźnie podkreślono, iż przepisy art. 199–201, 203 i 204 p.m. w brzmieniu z 1891 r. „z odrodzeniem państwowości polskiej, jako z nią sprzeczne, utraciły moc przez sam fakt odzyskania tej państwowości”⁹. W związku z powyższym, Sąd Najwyższy stanął na stanowisku, iż do mieszanych małżeństw chrześcijańskich, w których jedna ze stron była wyznania prawosławnego, należało stosować ogólną regulację z art. 196 p.m., zgodnie z którą w sprawach rozwiązania małżeństwa orzekały sądy duchowne wyznania, do którego należała strona

5 Dalej: p.m., Dz.P.K.P., t. XVIII, s. 57–297. Treść podana za: H. Warman, *Prawo o rozwodzie i separacji*, Warszawa 1939, s. 30–72; v. A. Fastyn, *Problem powstania i charakteru prawa małżeńskiego z 1836 r.*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” z. 2, 2012, s. 194–207; H. Konic, *Prawo małżeńskie obowiązujące w b. Królestwie Kongresowym*, Warszawa 1924, Z. Zarzycki, *op. cit.*, s. 52–72.

6 A. Fastyn, *Spór pomiędzy Sądem Najwyższym a Najwyższym Trybunałem Administracyjnym w przedmiocie wykładni art. 126 Konstytucji marcowej w świetle polityki wyznaniowej Drugiej Rzeczypospolitej*, CPH z. 2, 2011, s. 124–138; K. Krasowski, *Próby unifikacji osobowego prawa małżeńskiego w II Rzeczypospolitej*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” z. 3, 1994, s. 471–474.

7 H. Konic, *op. cit.*, s. 190–195; M. Niedzielski, *Nieco o rozwodach prawosławnych*, „Gazeta Sądowa Warszawska” nr 31, 1933, s. 483–485.

8 I.C.260/25; „Zbiór Orzeczeń Sądu Najwyższego”, 172/26; OSP 1927, t. VI, poz. 152. Stan faktyczny, rozpatrywany w orzeczeniu, dotyczył kwestii orzecznictwa kościelnych sądów katolickich w sprawie małżeńskiej małżonków Bremerów (mąż – wyznanie ewangelicko-augsburskie; żona – katoliczka) i działu spadku po zmarłym mężu; v. H. Świątkowski, *Problem legalnej...*, s. 1156–1157.

9 Wskazane przepisy p.m. nie były w 1926 r. oficjalnie uchylone. W ówczesnej doktrynie brak było zgody nie tylko co do dokładnego momentu utraty mocy przez przepisy p.m., ale nawet do samego faktu, czy przepisy te przestały obowiązywać – v. J. Gwiazdomorski, *Skuteczność orzeczeń sądów duchownych b. Król. Kongr. w sprawach małżeńskich wobec prawa państwowego*, „Przegląd Prawa i Administracji” 1932, s. 10.

pozwana. W orzeczeniu odniesiono się także do badania przekroczenia jurysdykcji przez sądy duchowne:

W związku z tem Sąd Najwyższy uznaje, że badanie przez sąd cywilny, czy wyrok sądu duchownego wydany został przez sąd, uznany za właściwy zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa cywilnego, nie może być uważane za ingerencję w sferę jurysdykcji sądu duchownego, sąd cywilny bowiem nie wdaje się w ocenę zasadności orzeczenia sądu duchownego, przestrzega tylko, czy wyrok sądu duchownego, w myśl obowiązujących przepisów prawa cywilnego, może mieć skutki cywilne¹⁰.

Wskazane w orzeczeniu z 8 listopada 1926 r. zasady stały się podstawą linii orzeczniczej Sądu Najwyższego w latach trzydziestych, odnoszącej się do kwestii wywoływania skutków cywilnych przez wyroki konsystorskie wydane z przekroczeniem jurysdykcji¹¹. Nad kwestią tą dyskutowano także w doktrynie¹².

Obszar byłej dzielnicy pruskiej, na którym obowiązywały sankcjonujące świecki charakter małżeństwa przepisy niemieckiego kodeksu cywilnego z 1896 r. (BGB)¹³, również nie był wolny od kontrowersji wynikających z orzecznictwa sądów duchownych na obszarze dawnego zaboru rosyjskiego. W stosunku do małżonków osiedlających się w województwach zachodnich II RP obowiązywały przepisy Ustawy o prawie właściwym dla stosunków prywatnych wewnętrznych z dnia 2 sierpnia 1926 r.¹⁴, zgodnie z którymi osoba zmieniająca miejsce zamieszkania po upływie roku podlegała w zakresie prawa rodzinnego prawu nowego miejsca zamieszkania (art. 2 p.p.m.)¹⁵. Ponadto zgodnie z art. 17 p.p.m. dla spraw o rozwód właściwe było prawo, któremu małżonkowie osobiście podlegali w czasie żądania rozwodu, jeśli zaś podlegali różnym prawom, właściwe było ich ostatnie prawo wspólne.

Przedstawione w artykule sprawy toczyły się przed Wydziałem I Cywilnym poznań-

¹⁰ ZU 172/26, s. 320.

¹¹ V. np. orzeczenie Izby I SN, N.195/30, OSP 1932, t. XI, poz. 218; orzeczenie Izby III SN, R. 207/31, OSP 1932, t. XI, poz. 570; orzeczenie Izby III SN, R. 2828/31, OSP 1932, t. XI, poz. 571; orzeczenie Izby III SN, R. 1226/32, OSP 1933, t. XII, poz. 19; orzeczenie SN, C.I.2546/34, ZU 1936, poz. 7.

¹² A. Fastyn, *Jurysdykcja sądu konsystorskiego w świetle przepisów prawa małżeńskiego z 1836 roku*, CPH 2010, z. 1, s. 111-132; J. Gwiazdomorski, *op.cit.*, s. 4-23; T. Szymański, *Skutki prawne wyroków sądów duchownych*, „Głos Sądownictwa” 1932, z. 10, s. 595-603; H. Świątkowski, *Z praktyki sądów konsystorskich*, GS 1938, z. 2, s. 107-114; S. Tylbor, *Dzisiejsze prawo małżeńskie w b. Królestwie Kongresowym*, GS 1939, z. 7-8, s. 581-599.

¹³ *Cit. per* Z. Lisowski, *Kodeks cywilny obowiązujący na Ziemiach Zachodnich Rzeczypospolitej Polskiej*, Poznań 1933; v. też Z. Zarzycki, *op. cit.*, s. 88-98.

¹⁴ *Prawo prywatne międzydzielnicowe*, dalej p.p.m.

¹⁵ Dz.U.R.P. z 1926 r., nr 101, poz. 580. Zgodnie z art. 3 ust. 2 p.p.m. miejscem zamieszkania małżatki, nie rozłączonej wyrokiem sądowym z mężem, było miejsce zamieszkania jej męża.

skiego Sądu Okręgowego na przestrzeni 10 lat, pod rządami dwóch procedur cywilnych: obowiązującej do 1933 r. (częściowo także później) niemieckiej ustawy o postępowaniu cywilnym z 1877 r.¹⁶, a następnie polskiego kodeksu postępowania cywilnego z 1930 r.¹⁷. W obu sprawach od wyroku Sądu I instancji wniesiono apelacje. Pod rządami ustawy niemieckiej z 1877 r. właściwość miejscowa Sądu wynikała z przepisu § 606 ZPO, zgodnie z którym dla spraw małżeńskich (w tym dla spraw o ustalenie istnienia małżeństwa między stronami) właściwy był Sąd Okręgowy, w którym mąż „miał ogólną podsądnosc”. Natomiast w myśl przepisu art. 43 k.p.c., gdy przynajmniej jedna ze stron miała polskie obywatelstwo, powództwo ze stosunku małżeństwa należało wytoczyć według miejsca ostatniego wspólnego zamieszkania w Polsce, gdy choć jedno z małżonków stale przebywało w tym miejscu. W braku tych podstaw pozew należało wytoczyć według miejsca pobytu strony pozwanej, a w ostateczności według miejsca zamieszkania powoda.

Przykład I: Powództwo o ustalenie istnienia małżeństwa

Pozew w pierwszej ze spraw wniesiony został do Wydziału I Cywilnego poznańskiego Sądu Okręgowego w dniu 31 maja 1929 r. przez zamieszkałą w Poznaniu powódkę W.R., reprezentowaną przez adwokatów: dr. Feliksa Afendę i dr. Bolesława Dembeckiego¹⁸. Korzystając z przewidzianej w przepisie § 256 ZPO dopuszczalności wniesienia skargi o ustalenie istnienia lub nieistnienia stosunku prawnego, powódka domagała się w pozwie wydania wyroku ustalającego, iż małżeństwo zawarte przez nią z pozwanym W.L.R. (również zamieszkałym w Poznaniu) w kościele parafii katolickiej pw. św. Antoniego we Lwowie w styczniu 1915 r. istnieje i nie zostało rozwiązane. Nadto wносиła o orzeczenie nieważności wyroku Sądu Duchownego Warszawsko-Chełmskiego Konsystorza Prawosławnego z dnia 21 stycznia 1929 r., którym rozwiązano małżeństwo stron¹⁹.

Z uzasadnienia pism procesowych i złożonych później zeznań wynikało, iż małżonkowie R. w latach 1915 – 1920 mieszkali wspólnie we Lwowie. W 1920 r. przeprowadzili się do Poznania, gdzie przebywali razem do maja 1923 r., kiedy to pozwany opuścił

16 Dalej: ZPO, *Reichsgesetzblatt* z 1877 r., poz. 6, s. 83; *Cit. per* Wydawnictwo Ministerstwa Sprawiedliwości Zbioru Ustaw Ziem Zachodnich, T. XII – *Ustawa o postępowaniu cywilnym obowiązująca na ziemiach zachodnich Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa – Poznań 1923.

17 Dalej: k.p.c., Dz.U.R.P. nr 112, poz. 934.

18 Kwestię postępowania w sprawie małżonków R. (sygn. 1041 i 1042 APP, SOP) zasygnalizowano już skróto w artykule: Sz. Paciorkowski, *Sądowa droga przez mękę. Rozwód w międzywojennej Wielkopolsce*, „Przegląd Wielkopolski” nr 3, 2011, s. 23–33.

19 APP, SOP, sygn. 1041, k. 1–3 – pozew z 29.05.1929 r. Należy wskazać, iż zachowały się akta sprawy o ustalenie istnienia małżeństwa małżonków R. (sygn. 1041) oraz akta późniejszej sprawy rozwodowej przed SO w Poznaniu, wraz z załączonymi do nich aktami sprawy rozwodowej przed sądem prawosławnym (sygn. 1042).

mieszkanie stron. Małżeństwo pozostało bezdzietne. Zdaniem powódki, pozwany przeżył się początkowo do Katowic, następnie do Lwowa i ostatecznie powrócił na stałe do Poznania. Jednocześnie podjął starania o rozwód. W sierpniu 1927 r. W.L.R. przyjął do Kościoła Wileńskiego Ewangelicko-Reformowanego, jednakże próby rozwiązania małżeństwa nie powiodły się. Zapewne fakt ten spowodował, iż po niecałym roku W.L.R. dokonał kolejnej konwersji na wyznanie prawosławne²⁰.

W dniu 9 września 1928 r. W.L.R. skierował do Prawosławnego Konsystorza Duchownego w Warszawie „podanie o rozwiązanie małżeństwa” z W.R., zarzucając jej cudzołóstwo. W dniu 17 października 1928 r. pozwanej doręczono wezwanie na rozprawę mającą się odbyć w dniu 20 października 1928 r. W pismach z dnia 18 i 25 października 1928 r. pozwana W.R. zarzuciła sądowi duchownemu niewłaściwość, wskazując, że wraz z mężem stale zamieszkuje w Poznaniu. Jednakże decyzją z dnia 15 listopada 1928 r. sąd konsystorski uznał się za właściwy w sprawie rozwodowej na podstawie przepisów art. 113 Konstytucji RP z 1921 r. i Ukazu nr 13 Św. Synodu Cerkwi Prawosławnej z 15 czerwca 1887 r. Sprzeciw pozwanej został oddalony. W trakcie postępowania przed sądem duchownym przesłuchani zostali świadkowie powołani przez powoda. Spośród świadków powołanych przez pozwaną jeden odmówił stawienia się przed sądem duchownym, natomiast drugi zeznał, iż nie posiadał wiadomości o pożyciu stron²¹.

Wyrok w sprawie małżonków r. zapadł przed Sądem Duchownym Warszawsko-Chełmskiego Konsystorza Prawosławnego 21 stycznia 1929 r. Na jego mocy małżeństwo stron zostało rozwiązane z powodu zdrady małżeńskiej W.R., za której wystarczający dowód uznano zeznania świadków powołanych przez powoda. Jako podstawę prawną orzeczenia wskazano art. 117 i 122 p.m., art. 237 i 256 Ustawy o prawosławnych konsystorzach duchownych z 9 kwietnia 1853 r., Ukaz Św. Synodu nr 13 z 1887 r. oraz Postanowienie Św. Soboru Cerkwi Prawosławnej z 7/20 kwietnia 1918 r²². Wyrok został w dniu 25 stycznia 1929 r. zatwierdzony przez Metropolitę Dionizego. Pozwana wniosła apelację od orzeczenia, jednakże postanowieniem Św. Synodu Cerkwi Prawosławnej w Polsce z dnia 18 kwietnia 1929 r. uznano ją za bezskuteczną²³.

W związku z powyższym w maju 1929 r. W.R. wystąpiła do Sądu Okręgowego w Po-

20 APP, SOP, sygn. 1041, k. 1-3 – pozew z 29.05.1929 r.; sygn. 1042, AK nr 401: k. 11v – poświadczenie konwersji na wyznanie ewangelicko-reformowane; k. 13 – poświadczenie konwersji na wyznanie prawosławne.

21 APP, SOP, sygn. 1042, AK nr 401: k. 8-8v – pozew z 9.09.1928 r.; k. 10 – metryka ślubu; k. 18 – pismo z 18.10.1929 r.; k. 22 – decyzja z 15.11.1928 r.; k. 29 – pismo S.W. z 17.12.1928 r.; k. 30-30v – pismo z 22.10.1928 r.

22 APP, SOP, sygn. 1042, AK nr 401: k. 3-4 – wyrok Sądu Duchownego Warszawsko – Chełmskiego Konsystorza Prawosławnego z 21.01.1929 r. (skład orzekający: protojerejowie A. Rudlewski, J. Kowalenko, A. Subbotin), zatwierdzony 25.01.1929 r. przez Metropolitę Dionizego; odpis wyroku: APP, SOP, sygn. 1041, k. 9-10.

23 APP, SOP, sygn. 1042, AK nr 401: k. 38 – pismo z 10.05.1929 r.; k. 40-40v – świadectwo wyroku z 10.05.1929 r.

znaniu z przedstawionym na wstępie pozwem o ustalenie istnienia małżeństwa. W uzasadnieniu żądania skargi pełnomocnicy powódki skupili się przede wszystkim na dwóch kwestiach. Po pierwsze, odnieśli się do utraty mocy obowiązującej rosyjskich przepisów p.m. z chwilą odzyskania przez Polskę niepodległości, powołując się w tej mierze nie tylko na orzecznictwo Sądu Najwyższego, ale i na stanowisko Rady Ministrów²⁴. Po drugie, strona powodowa powołała się na omówione już orzeczenie Sądu Najwyższego z 8 listopada 1925 r.²⁵, wykazując, iż sąd państwowy ma obowiązek sprawdzenia, czy wyrok sądu duchownego wydany był przez sąd przedmiotowo właściwy zgodnie z obowiązującym prawem. Niewłaściwość sądu prawosławnego w sprawie małżonków R. wynikała nie tylko z przynależności pozwanej do Kościoła katolickiego, ale również z faktu, iż ostatnim wspólnym miejscem zamieszkania stron był Poznań, a ponadto w trakcie procesu przed sądem duchownym strony nadal przebywały w byłej dzielnicy pruskiej. Zgodnie zatem z art. 2 p.p.m. i art. 17 p.p.m. w ich sprawach małżeńskich należało stosować przepisy BGB²⁶.

W odpowiedzi na pozew pozwany W.L.R., reprezentowany przez adwokatów Aleksandra Bernsztajna i Juliusza Kuryłowicza, wniósł o jego oddalenie²⁷. Co najważniejsze, w odpowiedzi podkreślono, że po rozwiązaniu pierwszego małżeństwa wyrokiem sądu prawosławnego pozwany W.L.R. zdążył już zawrzeć w Łodzi kolejny związek małżeński z panną J.P., z którą zamieszkiwał w trakcie procesu w Poznaniu. Uznanie małżeństwa z W.R. za istniejące pociągnęłoby zatem za sobą pozostawanie przez pozwanego jednocześnie w dwóch związkach małżeńskich. Odnosząc się do twierdzeń powódki, strona pozwana stanęła na stanowisku, iż zgodnie z p.m. z 1836 r. prawosławne sądy duchowne orzekają w sprawach małżeńskich jako polskie sądy państwowe. Rozstrzygnięcia tych sądów, które wydano w powierzonym im zakresie, odnoszą zatem skutek w zakresie prawa cywilnego na terenie całego państwa na równi z wyrokami sądów państwowych, także na obszarze byłej dzielnicy pruskiej²⁸. Strona pozwana nie zgodziła

24 APP, SOP, sygn. 1041, k. 2 – „Taki pogląd wyraził w całym szeregu orzeczeń Sąd Najwyższy i tego samego zdania jest Rząd, który pogląd ten stwierdził urzędowo na posiedzeniu Rady Ministrów w dniu 18 marca 1925 r. w swojej uchwale, przyjmując powyższe zasady do wiadomości i wykonania”.

25 I.C.260/25.

26 APP, SOP, sygn. 1041, k. 2-3 – pozew z 29.05.1929 r. Pełnomocnicy powódki odwołali się bezpośrednio do art. 196 p.m., jako przepisu wskazującego właściwość sądu duchownego w procesie rozwodowym między stronami.

27 APP, SOP, sygn. 1041, k. 7-8v – odpowiedź na pozew z 29.10.1929 r.

28 Pozwana oparła się w tej kwestii na dwóch orzeczeniach: wyroku SA w Katowicach, 6aU.33/25, OSP 1926, t. V, poz. 509 i na orzeczeniu Izby III SN, OSP 1924, t. III, s. 147 oraz na stanowisku doktryny M. Allerhanda, *O wpływie orzeczeń w sprawach małżeńskich wydanych przez sądy duchowne w b. zaborze rosyjskim na stosunki prawne w innych dzielnicach Rzeczypospolitej Polskiej*, PPA nr 4/6, 1925, s. 116-136 i B. Stelmachowskiego, *Zarys procedury cywilnej obowiązującej na ziemiach byłego zaboru pruskiego i na Górnym Śląsku*, Poznań 1923, t. II, s. 263.

się z poglądem, iż art. 200 p.m. utracił moc obowiązującą, wskazując, że sądy prawosławne są nadal „jedynie właściwymi do rozwiązania związku małżeńskiego, w którym choć jedna strona należy do wyznania prawosławnego”²⁹. Nadto podniesiono, iż powódka błędnie przywołała na poparcie swych żądań art. 17 p.p.m., gdyż ustawa ta regulowała kwestie prawa materialnego, nie zaś norm kolizyjnych prawa procesowego³⁰. Wskazano wreszcie na niedopuszczalność stwierdzenia przez sąd cywilny nieważności orzeczenia wydanego w sprawie rozwodowej przez sąd prawosławny.

W trakcie postępowania przed Sądem Okręgowym w Poznaniu odbyła się jedna rozprawa w dniu 30 października 1929 r. Z jej protokołu wynika, iż pytania składu orzekającego kierowane do stron dotyczyły czasu i miejsca ich wspólnego zamieszkania, jak również daty przejścia pozwanego na prawosławie. Sprawę postanowiono rozstrzygnąć na podstawie stanu akt, bez przeprowadzania dalszego postępowania dowodowego³¹. Wyrok ogłoszono w drodze pisemnego zawiadomienia stron w dniu 27 listopada 1929 r. Orzeczeniem tym ustalono, iż małżeństwo stron zawarte w styczniu 1915 r. we Lwowie istnieje i nie zostało rozwiązane. Jednocześnie oddalono skargę powódki o uznanie za nieważny wyroku rozwodowego sądu konsystorskiego z dnia 21 stycznia 1929 r. z racji niewłaściwości sądu cywilnego w byłym zaborze pruskim do orzekania w tej materii. Sąd swoją właściwość w sprawie wywodził z przepisu § 256 ZPO i § 606 ZPO³².

W uzasadnieniu skład orzekający zwrócił przede wszystkim uwagę na zastosowanie wobec małżonków R. przepisu art. 17 p.p.m. Strony po osiedleniu się w Poznaniu podlegały od 1920 r. prawu byłej dzielnicy pruskiej. Stanu tego nie zmieniły krótkotrwałe podróże pozwanego. Dlatego też „żaden inny Sąd państwowy, ani też żaden Sąd duchowny mający swą siedzibę poza obrębem Poznania nie był i nie jest władny do orzekania w sprawie małżeństwa stron”, a zatem wyrok sądu prawosławnego „został wydany przez urząd absolutnie niewłaściwy”. Dalej podkreślono, iż orzeczenie wydane w jednej dzielnicy Państwa Polskiego musi być zgodne z ustawodawstwem innej dzielnicy, by mogło także na jej obszarze wywoływać skutki prawne. W uzasadnieniu tego stanowiska zastosowano w drodze analogii przepis §328 ZPO, dotyczący uznawania wyroków

29 „Norma powyższa [art. 200 p.m.] obowiązuje do dnia dzisiejszego i opierając się na niej oraz na art. 123 cyt. prawa o małżeństwie, sprawują sądy duchowne grecko-prawosławne dotychczas jurysdykcję w sprawach małżeńskich. Faktu tego nie może ani zmienić, ani osłabić ramowy przepis Konstytucji, ani opinia Rządu z dnia 18.3.1925 r., dotycząca spraw polityki, ale nie wymiaru sprawiedliwości” (APP, SOP, sygn. 1041, k. 7v).

30 W odniesieniu do stosowania art. 17 p.p.m. podkreślono, iż „przepis ten ma na myśli prawa cywilne, co do swej mocy wiążącej terytorialnie ograniczone. Prawa kanoniczne odznaczają się tendencją do uniwersalizmu, a będąc w swej istocie zawsze tylko statutem personalnym wiernych, obowiązują ich niezależnie od miejsca zamieszkania”.

31 APP, SOP, sygn. 1041, k. 11-11v – protokół rozprawy z 30.10.1929 r.

32 APP, SOP, sygn. 1041, k. 13-15v – wyrok SO w Poznaniu I.5.R.79/29; skład orzekający: wiceprezes SO dr J. Hryniewicz, sędziowie T. Wilczak i K. Suchowiak.

sądów zagranicznych³³. Sąd Okręgowy uznał zatem, iż na obszarze byłej dzielnicy pruskiej orzeczenie rozwodowe sądu prawosławnego w sprawie małżeństwa R. jest „niewyrokiem” (niem. *ein Nichturteil*), który „nie rodzi żadnych praw, nie powoduje żadnych skutków prawnych, nie stwarza żadnych obowiązków, słowem jest on bezskuteczny”. W konkluzji wskazano, że dla orzekania w sprawach małżeńskich stron jedynym właściwym sądem pozostał (zgodnie z § 606 ZPO) Sąd Okręgowy w Poznaniu, dlatego też orzeczenie sądu prawosławnego nie skutkowało rozwiązaniem małżeństwa stron na obszarze byłego zaboru pruskiego³⁴.

W dniu 4 grudnia 1929 r. do Sądu Okręgowego wpłynęła apelacja pozwanego z wnioskiem o uchylenie zaskarżonego wyroku i oddalenie powództwa. 15 stycznia 1930 r. apelację uzupełniono o uzasadnienie³⁵. Adwokaci Bernsztajn i Kuryłowicz zarzucili wyrokowi Sądu Okręgowego bezpodstawne uznanie za „niewyrok” orzeczenia wydanego zgodnie z przepisami p.m. z 1836 r., a także błędne zastosowanie przepisu § 328 ZPO w zakresie uznania wyroku sądu duchownego wydanego w innej dzielnicy państwa za wyrok „quasi zagraniczny”³⁶. Po raz kolejny odwołano się do stanowiska SN z 8 listopada 1926 r.: strona pozwana wskazała, iż zgodnie z tym orzeczeniem badaniu przez sąd świecki może podlegać jedynie przedmiotowa właściwość sądu duchownego, nie zaś właściwość miejscowa. Pozwany wskazał też na sprzeczność w wyroku Sądu I instancji. Skoro bowiem Sąd oddalił wniosek o stwierdzenie nieważności konsystorskiego wyroku rozwodowego, to tym samym uznał on za istniejące wywołane przez sąd duchowny skutki prawne tego wyroku. Zawarcie przez pozwanego kolejnego małżeństwa w byłym zaborze rosyjskim musiało zatem prowadzić do legalnej bigamii:

Cóż za chaos stosunków prawnych musiałby być konsekwencją utrwalenia się takiego orzeczenia! W Poznaniu byłaby żoną pozwanego – powódka. W Kongresówce – panna P(...). Dzieci nieślubne w jednej dzielnicy byłyby ślubne w drugiej i na odwrót. I wreszcie to, co w b. zaborze rosyjskim jest obowiązkiem pozwane-

33 APP, SOP, sygn. 1041, k. 15: „Jeżeli (...) wyrok wydany poza granicami byłego zaboru pruskiego jest sprzeczny z prawem obowiązującym na polaci byłego zaboru pruskiego, w danym wypadku jest wyrok konsystorski sprzeczny z § 606 p.c. [ZPO], wówczas nie może mu Sąd na obszarze byłego zaboru pruskiego przyznać waloru prawnego na polaci tego zaboru (§ 628 p.c.)”.

34 APP, SOP, sygn. 1041, k. 15-15v. Pojęcie „niewyroku”, ze wskazaniem jego odmienności od wyroku nieważnego – *nichtiges Urteil*, Sąd podał za: „*Heilfron, Lehrbuch der ZPO*, t. 1”. W późniejszej skardze apelacyjnej pozwanego zwrócono uwagę, iż nie sposób odnieść się do tak ogólnie zacytowanego stanowiska.

35 APP, SOP, sygn. 1041, k. 20 – apelacja z 3.12.1929 r.; k. 25-26v – uzasadnienie apelacji z 13.01.1930 r.

36 W kwestii definicji „niewyroku” pozwany powołał się na: Hellwig, *System des Deutschen Zivilprozessrechts*, Lipsk 1912, t. 1, s. 555, natomiast w kwestii jednolitości polskich sądów i wzajemnego uznawania orzeczeń na cytowaną już wcześniej pracę: B. Stelmachowski, *Zarys procedury cywilnej*, Poznań 1923, t. 1, s. 260.

go, to w b. dzielnicy pruskiej byłoby grzechem i występkiem cudzołóstwa z § 172 kod. kar.³⁷

Strona powodowa wniosła o oddalenie skargi apelacyjnej. Podczas postępowania przed Sądem Apelacyjnym w Poznaniu do sądu przekazane zostały akta sprawy rozwodowej przed prawosławnym sądem duchownym. Konieczność zapoznania się z nimi pełnomocników stron, jak również prowadzone pertraktacje ugodowe znacznie wydłużyły proces³⁸. Wyrok Sądu II instancji, zatwierdzający orzeczenie Sądu Okręgowego w Poznaniu, ogłoszony został 11 lipca 1932 r.³⁹. W uzasadnieniu wyroku Sądu Apelacyjnego nie odwołano się już do pojęcia „niewyroku”, wskazano natomiast, iż nie ulega wątpliwości, że w badanej sprawie sąd prawosławny był zarówno rzeczowo, jak i miejscowo niewłaściwy do rozwiązania małżeństwa stron⁴⁰. Odwołano się przy tym do dwóch kwestii. Po pierwsze podkreślono raz jeszcze, iż strony przebywały od 1919 r. na stałe w Poznaniu i zgodnie z regulacjami p.p.m. w zakresie prawa małżeńskiego podlegały ustawodawstwu byłej dzielnicy pruskiej, przez co w myśl przepisu § 606 ZPO sądem właściwym miejscowo i rzeczowo do ewentualnego rozwiązania ich małżeństwa był poznański Sąd Okręgowy. Po drugie, odniesiono się znów do utraty mocy obowiązującej części przepisów p.m. z 1836 r.⁴¹.

Strona pozwana zamierzała wnieść rewizję do Sądu Najwyższego z wnioskiem o uchylenie wyroku Sądu II instancji, jednakże na podstawie przepisu § 554 ZPO rewizja ta została odrzucona uchwałą Sądu Apelacyjnego z 27 stycznia 1933 r. z powodu braku skutecznego wniesienia jej uzasadnienia w wyznaczonym terminie. Podejmowane przez pozwanego próby przywrócenia terminu nie przyniosły efektu i sprawa ostatecznie nie trafiła do Sądu Najwyższego⁴².

Jako epilog opisanej sprawy potraktować można pozew rozwodowy wytoczony pod koniec lipca 1935 r. przez W.R., reprezentowaną ponownie przez dr. Feliksa Afen-

37 APP, SOP, sygn. 1041, k. 25v. Odniesiono się tu do przepisu § 172 niemieckiego Kodeksu karnego z 1871 r. (StGB).

38 APP, SOP, sygn. 1041, k. 31 – pismo powoda z 20.10.1930 r.; k. 33, k. 35, k. 41, k. 45, k. 48 – protokoły rozpraw.

39 APP, SOP, sygn. 1041, k. 51-52 – wyrok SA w Poznaniu ogłoszony 11.07.1932 r. (I.U.182/32), skład orzekający: sędziowie F. Neybar, A. Kossowski, A. Korzeniowski.

40 „Wyrok ten duchownego Sądu prawosławnego nie jest skutecznym i nie może wyrzucić jakichkolwiek skutków prawnych na istnienie i ważność małżeństwa stron, a to z tego powodu, że prawosławny Sąd duchowny przekroczył granicę swej jurysdykcji określonej mu ustawą państwową” (APP, SOP, sygn. 1041, k. 51v).

41 APP, SOP, sygn. 1041, k. 52 – uzasadnienie wyroku SA w Poznaniu, ogłoszonego 11.07.1932 r.

42 APP, SOP, sygn. 1041, k. 55 – rewizja pozwanego z 29.09.1932 r.; k. 68 – zarządzenie z 9.01.1933 r.; k. 69 – uchwała SA w Poznaniu z 27.01.1933 r.; k. 72 – zażalenie pozwanego z 27.02.1933 r.; k. 74-75v – uzasadnienie rewizji z 26.11.1932 r. (nie uwzględnione z powodu braku opłaty); k. 82-83v – uchwała z 11.04.1933 r.

dę i dr. Bolesława Dembeckiego. Powódka oparła żądanie pozwu na przepisie § 1565 BGB, uznającym zdradę małżeńską za bezwzględną przyczynę rozwodu. W pozwie wniesiono o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania J.P., z którą pozwany W.L.R. zawarł w Łodzi nieuznawany w byłej dzielnicy pruskiej związek małżeński. Na pierwszym posiedzeniu Wydziału I Cywilnego Sądu Okręgowego w Poznaniu stawiała się J.P., która zeznała, iż od lat utrzymywała z pozwanym W.L.R. stosunki cielesne, których owocem było dziecko. Po przeprowadzeniu rozprawy Sąd rozwiązał małżeństwo stron z winy pozwanego. Od wyroku nie wniesiono apelacji, a istniejący od kilku lat stan dwużeństwa W.L.R. dobiegł końca⁴³.

Przykład II: Powództwo o unieważnienie małżeństwa

Pozew w drugiej ze spraw wniesiony został do poznańskiego Sądu Okręgowego w lipcu 1936 r. W imieniu reprezentowanego S.Cz. sporządził go adwokat Ignacy Machciński. Powód domagał się w pozwie unieważnienia małżeństwa cywilnego zawartego z pozwaną H.Cz. w dniu 30 kwietnia 1928 r. w Poznaniu na podstawie przepisów § 1309 i § 1326 BGB, przewidujących nieważność małżeństwa zawartego przez osobę, która w chwili jego zawarcia pozostawała w ważnym związku małżeńskim z osobą trzecią⁴⁴.

W pozwie podano następujący stan faktyczny sprawy. Pierwszym mężem pozwanej H.Cz. był zamieszkały w Warszawie W.K.M., z którym zawarła związek małżeński w dniu 1 marca 1908 r. w warszawskiej parafii rzymskokatolickiej pw. św. Antoniego. Katolikami byli w tym czasie oboje małżonkowie. W 1926 r. H.Cz. przyjęła wyznanie prawosławne, po czym wniosła pozew rozwodowy przeciwko W.K.M. Wyrokiem Sądu Duchownego Warszawsko-Chełmskiego Konsystorza Prawosławnego z dnia 28 kwietnia 1927 r., zatwierdzonym 5 maja 1927 r., małżeństwo stron zostało rozwiązane na podstawie Prawa o małżeństwie z 1836 r., pomimo faktu, iż pozwany pozostał członkiem Kościoła katolickiego i nie wniósł powództwa wzajemnego. Po rozwiązaniu małżeństwa H.Cz. przeprowadziła się do Poznania, gdzie zawarła cywilny związek małżeński z S.Cz. W pozwie z 1936 r. S.Cz. domagał się zatem unieważnienia tego małżeństwa z powodu pozostawania przez pozwaną w chwili jego zawarcia w ważnym związku z W.K.M. Powód powołał się tu na fakt utraty mocy obowiązującej przepisów p.m. faworyzujących pozycję Cerkwi prawosławnej, a co za tym idzie przekroczenia

43 APP, SOP, sygn. 1042, k. 1-2v – pozew z 30.07.1935 r.; k. 12-12v – protokół rozprawy z 24.10.1935 r.; k. 14-14v – wyrok SO w Poznaniu z 24.10.1935 r. (I.2.C.382/35; sędziowie H. Reszelski, Z. Opuszyński, A. Woltyński).

44 APP, SOP, sygn. 182, k. 1-5v – pozew z 30.06.1936 r.; k. 7 – poświadczenie zawarcia małżeństwa; k. 8 – metryka ślubu z 1908 r.; k. 10-11 – odpis wyroku sądu duchownego z 28.04.1927 r. (protojerejowie A. Rudlewski, J. Kowalenko, B. Subbotin), zatwierdzonego 5.05.1927 r. przez abpa Teodozjusza. Do akt sprawy załączono później Akta Sądu Warszawsko-Chełmskiego Konsystorza Prawosławnego nr 102.

w wyroku z 28 kwietnia 1927 r. przez Sąd Duchowny Warszawsko-Chełmskiego Konsystorza Prawosławnego swej właściwości przedmiotowej i braku wywołania skutków cywilnych przez to orzeczenie. Strona powodowa wsparła swe żądania bogatym orzecznictwem Sądu Najwyższego. Pojawiło się wykorzystane już w sprawie małżonków R. orzeczenie SN z 8 listopada 1926 r.⁴⁵. Obszernie cytowano także tezy orzeczeń SN z 16 grudnia 1931 r.⁴⁶, 23 marca 1932 r.⁴⁷, 14 września 1932 r.⁴⁸, jak również wyroku z 20 marca–9 kwietnia 1935 r.⁴⁹.

Reprezentujący pozwaną adwokaci dr Feliks Górnicki i Stanisław Korboński w piśmie z dnia 13 października 1936 r. wnieśli o oddalenie powództwa. Swoje stanowisko uzasadnili okolicznością, iż pozwany w procesie rozwodowym W.K.M. uznał faktycznie jurysdykcję prawosławnego sądu duchownego, kierując do sądu pisma, powołując świadków i uczestnicząc w rozprawie. Zdaniem pełnomocników pozwanej H. Cz. wytoczenie pozwu wzajemnego nie stanowiło warunku koniecznego uznania jurysdykcji sądu konsystorskiego. Na poparcie swych twierdzeń przywołali tezę orzeczenia Sądu Najwyższego z 9 kwietnia 1935 r.⁵⁰, interpretowaną odmiennie od strony powodowej. Na pierwszej rozprawie w dniu 16 października 1936 r. Sąd postanowił przeprowadzić dowód z akt procesowych Sądu Duchownego Warszawsko-Chełmskiego Konsystorza Prawosławnego. Strony nie zgłosiły innych wniosków dowodowych⁵¹.

Wyrokiem ogłoszonym w dniu 15 stycznia 1937 r. Sąd Okręgowy w Poznaniu uwzględnił powództwo, uznając za nieważne małżeństwo zawarte przez strony w Poznaniu 30 kwietnia 1928 r.⁵². W uzasadnieniu wyroku wskazano przede wszystkim na potwierdzoną w orzecznictwie SN utratę mocy obowiązującej art. 200 p.m. i na zakreśloną w art. 196 p.m. jurysdykcję sądów duchownych w sprawach rozwodowych. W związku z powyższym uznano, iż zapadły w kwietniu 1927 r. wyrok sądu konsystorskiego, rozwiązujący małżeństwo H.Cz. i W.K.M. wydany został z przekroczeniem właściwości przedmiotowej sądu, gdyż pozwany W.K.M. był członkiem Kościoła katolickiego. Wyrok nie mógł zatem wywołać skutków cywilnoprawnych. Poznański Sąd Okręgowy odniósł się szerzej do kwestii ewentualnego uznania jurysdykcji sądu prawosławnego przez W.K.M., który w pismach kierowanych do sądu konsystorskiego oświadczył, iż

45 I.C.260/25.

46 N.195/30.

47 R.207/31.

48 R.w.1226/32.

49 C.I.2546/34, APP, SOP, sygn. 182, k. 1-5v – pozew z 30.06.1936 r.; miejsca publikacji ww. orzeczeń – v. przypis nr 10.

50 C.I.2546/34.

51 APP, SOP, sygn. 182, k. 19-20v – odpowiedź na pozew z 13.10.1936 r.; k. 23-23v – protokół rozprawy z 16.10.1936 r.; k. 24-27v – pismo powoda z 11.11.1936 r.; k. 29-29v – pismo pozwanego z 2.01.1937 r.

52 APP, SOP, sygn. 182, k. 34 – sentencja wyroku SO w Poznaniu z 15.01.1937 r. (I.2.C.407/36), sędziowie: wiceprezes SO K. Daszyński, Z. Opuszyński, Z. Wiszniewski.

nie sprzeciwia się rozwodowi. Sąd w Poznaniu podzielił tutaj zdanie pełnomocników powoda S.Cz., wskazując, iż do uznania jurysdykcji prawosławnego sądu duchownego konieczne byłoby wytoczenie przez W.K.M. pozwu wzajemnego, co w badanej sprawie nie nastąpiło. Skoro zatem H.Cz. zawarła w Poznaniu małżeństwo z S.Cz., pozostając równocześnie w związku z W.K.M., małżeństwo z S.Cz. należało zgodnie z przepisem § 1309 i § 1326 BGB uznać za nieważne⁵³.

W skardze apelacyjnej, która wpłynęła do Sądu Okręgowego w dniu 26 marca 1937 r., pełnomocnicy pozwanej wskazali przede wszystkim, iż orzecznictwo Sądu Najwyższego w kwestii utraty mocy obowiązującej art. 200 p.m. dopiero się kształtowało, a stanowisko przedstawicieli doktryny nie było jednoznaczne. Strona pozwana podtrzymała także swe wcześniejsze twierdzenia o konieczności szerszej wykładni pojęcia uznania jurysdykcji sądu duchownego i zaliczenia do niej również wyrażenia zgody na orzeczenie rozwodu, bez wytoczenia skargi wzajemnej. Na wypadek braku podzielenia przez Sąd II instancji tych argumentów starano się wykazać, iż złożone podczas postępowania przed sądem duchownym oświadczenie W.K.M. o odmowie wznowienia pożycia małżeńskiego należy uznać za wniosek o rozwiązanie małżeństwa, czyli za powództwo wzajemne⁵⁴. Strona powodowa wniosła natomiast w odpowiedzi na skargę apelacyjną o zatwierdzenie wyroku Sądu I instancji, w pełni podtrzymując swoje dotychczasowe stanowisko⁵⁵.

Rozprawa przed Wydziałem I Cywilnym Sądu Apelacyjnego w Poznaniu odbyła się w dniu 3 czerwca 1937 r. Wyrokiem ogłoszonym dwa tygodnie później Sąd II instancji zatwierdził orzeczenie Sądu Okręgowego. Uznając skargę apelacyjną za nieuzasadnioną, skład orzekający raz jeszcze odniósł się do kwestii uchylenia mocy obowiązującej przepisów p.m.. Punktem wyjścia dla rozważań Sądu Apelacyjnego stało się brzmienie art. 114 Konstytucji z 1921 r. i wyrażona w nim zasada równouprawnienia wyznań, jak również orzeczenia SN z 23 marca 1932 r.⁵⁶ oraz 14 września 1932 r.⁵⁷ W wyroku Sądu II instancji podkreślono, iż sądy konsystorskie zobowiązane są do przestrzegania postanowień art. 196 p.m., uzależniających właściwość sądu w sprawach rozwodowych od wyznania strony pozwanej. Podtrzymano również wyrażone przez Sąd I instancji stanowisko, iż w procesie przed sądem prawosławnym pozwany W.K.M. zachowywał się biernie, a złożonych przez niego oświadczeń nie można traktować jako pozwu wzajemnego. W konkluzji uzasadnienia wyroku Sądu Apelacyjnego podkreślono raz jeszcze:

53 APP, SOP, sygn. 182, k. 34-35v – uzasadnienie wyroku SO w Poznaniu z 15.01.1937 r.

54 APP, SOP, sygn. 182, k. 43-44v – apelacja z 25.03.1937 r. Wskazując na rozbieżności w stanowisku doktryny co do obowiązywania art. 200 p. m., strona pozwana powołała się na artykuł M. Allerhanda, *Die Wiederverhebelichungeines Katholiken bei Lebzeiten des Andersen Ehegatten*, „Zeitschrift für Ostrecht”, r. 1931, z. 5.

55 APP, SOP, sygn. 182, k. 48-50v – odpowiedź na apelację z 28.04.1937 r.

56 R. 207/31.

57 Rw. 1226/32.

(...) wyrok Sądu Duchownego Prawosławnego z dnia 28 kwietnia 1927 r., jako wydany poza granicami, powierzonej mu przez państwo kompetencji, nie może mieć wobec państwa mocy wiążącej. Małżeństwo zatem pozwanej z M. skutecznie wobec państwa rozwiązaniem nie zostało⁵⁸.

Występujący już jako jedyny pełnomocnik pozwanej adwokat Korboński sporządził w dniu 6 lipca 1937 r. skargę kasacyjną, w której wniósł o uchylenie wyroku Sądu Apelacyjnego i oddalenie powództwa. Wyrokowi Sądu II instancji strona pozwana zarzuciła naruszenie art. 196 i art. 200 p.m.. W pierwszej kolejności w uzasadnieniu skargi kolejny raz odniesiono się do dalszego pozostawiania art. 200 p.m. w systemie obowiązującego prawa wobec braku jego ustawowego uchylenia. W odniesieniu do zarzutu obraży art. 196 p.m. podtrzymano stanowisko, iż formalne wniesienie pozwu wzajemnego nie stanowiło warunku koniecznego do uznania jurysdykcji sądu duchownego przez stronę pozwaną⁵⁹. W odpowiedzi na skargę kasacyjną pełnomocnik powoda wniósł o jej oddalenie, powołując się na orzecznictwo SN zarówno w kwestii utraty mocy obowiązującej art. 200 p.m., jak i wniesienia pozwu wzajemnego⁶⁰. Rozprawa przed SN wyznaczona została na 14 grudnia 1938 r.

Sprawa małżonków Cz. miała jednak zaskakujący finał, gdyż nowy pełnomocnik powoda dr Włodzimierz Krzyżankiewicz pismem z dnia 3 grudnia 1938 r. cofnął pozew o unieważnienie małżeństwa z czerwca 1936 r. Do pisma dołączono oświadczenie pełnomocnika pozwanej adw. Korbońskiego o zgodzie na cofnięcie powództwa i zrzeczenie się przez pozwaną roszczeń z tytułu zwrotu kosztów i wydatków⁶¹. Ostatecznie SN postanowieniem z dnia 14 grudnia 1938 r. umorzył na podstawie art. 441, 215 i 375 k.p.c. postępowanie w sprawie małżonków Cz.⁶².

Wnioski końcowe

Omówione w artykule dwie sprawy małżeńskie rozpatrywane przez poznański Sąd Okręgowy stanowią przyczynek do kwestii możliwości wywołania w II RP skutków cywilnych przez orzeczenia sądów duchownych w byłym Królestwie Kongresowym na tle praktyki orzeczniczej sądów powszechnych w byłej dzielnicy pruskiej. Obie sprawy toczyły się między stronami od lat na stałe zamieszkałymi w Poznaniu, w obu przyczyną sporu stały się orzeczenia rozwodowe sądu prawosławnego w Warszawie. Strony były re-

58 APP, SOP, sygn. 182, k. 58-60v - wyrok SA w Poznaniu z 18.06.1937 r. (I.C.A.417/37, sędziowie: wiceprezes SA W. Kutzner, T. Wilczak, dr B. Taszycki).

59 APP, SOP, sygn. 182, k. 65-66v - skarga kasacyjna z 6.07.1937 r.

60 APP, SOP, sygn. 182, k. 70-72v - odpowiedź na skargę kasacyjną z 2.12.1937 r.

61 APP, SOP, sygn. 182, k. 74-74v - pismo powoda z 3.12.1938 r.

62 APP, SOP, sygn. 182, k. 75 - postanowienie SN z 14.12.1938 r. (C.III.2493/37), sędziowie J. Witecki, dr K. Kruszyński, Cz. Pospieszalski.

prezentowane przez profesjonalnych pełnomocników, którzy w swych pismach procesowych mogli sobie pozwolić na całkowicie odmienną interpretację kwestii wywoływania skutków cywilnoprawnych przez wyroki sądów konsystorskich i stosowania przepisów prawa prywatnego międzydzielnicowego, wspierając się poglądami przedstawicieli doktryny (zarówno polskiej, jak i niemieckiej), a także orzeczeniami SN. Do linii orzeczniczej SN nawiązywały też konsekwentnie w uzasadnieniach wyroków składy orzekające Sądu Okręgowego i Sądu Apelacyjnego w Poznaniu. W przebiegu obu procesów zwraca uwagę przede wszystkim długi czas pozostawania przez strony w nieuregulowanej sytuacji prawnej w zakresie istnienia ich związków małżeńskich. Podkreślić należy także determinację procesujących się małżonków, wnoszących skargi apelacyjne, a nawet odwołujących się do SN.

SUMMARY

The problem of “legal bigamy” in the light of the rulings of the District Court in Poznan

The purpose of the paper is to present the problem of so-called “legal bigamy” in the light of the rulings of the District Court in Poznan. The marriage law regulations in The Second Polish Republic were completely different in various parts of the country and attempts to unify them failed. This situation caused significant problems: for example, many civil courts refused to recognize some of the divorce judgments issued by church courts in the former Russian partition because of their improper jurisdiction. The paper focuses on two matrimonial cases that were ruled upon by the District Court in Poznan. In both cases the District Court in Poznan was to decide whether divorce judgments issued by the church court of the Polish Orthodox Church in Warsaw were also binding in the former Prussian district.

KEYWORDS: marriage law, legal bigamy, divorce, The Second Polish Republic

Umowa o korzystanie z gruntu celem budowy i eksploatacji instalacji OZE – wybrane aspekty prawne

Uzgodniony przez państwa członkowskie Unii Europejskiej w grudniu 2008 r. tzw. pakiet klimatyczno-energetyczny¹ w tzw. Dyrektywie OZE² nałożył na poszczególne kraje obowiązek zapewnienia 20% udziału odnawialnych źródeł energii w bilansie energetycznym Unii³ w trzech sektorach: produkcji energii elektrycznej, ciepłownictwie oraz transporcie. W związku z tym od 2009 r., kiedy porozumienie szefów państw członkowskich nabrało ostatecznie kształtu konkretnych regulacji prawnych, sektor odnawialnych źródeł energii w całej Europie, w tym także w Polsce, znacząco się rozrósł. Konsekwencją tej sytuacji są nie tylko przemiany w sferze gospodarczej, ale także nowe wyzwania stojące przed ustawodawcą w związku z dynamicznie zmieniającą się rzeczywistością w sektorze energetycznym⁴.

Pojęcie odnawialnego źródła energii w polskim systemie prawnym

Zanim zaprezentowane zostanie szczegółowe omówienie problematyki umów zawieranych w związku z budową i eksploatacją instalacji OZE, warto przytoczyć najpierw legalne definicje pojęcia „odnawialne źródło energii”.

1 V. M. Ruszel, *Polska perspektywa pakietu energetyczno-klimatycznego*, „Nowa Energia”, nr 4(10), 2009; K. Kochanowski, *Europejska polityka energetyczno-klimatyczna a polskie cele gospodarki niskoemisyjnej*, „Nowa Energia”, nr 1, 2012; F. Dehousse, T. Zgajewski, *The EU climate policy after the climate package and copenhagen – promises and limits*, Gent 2010.

2 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/28/WE z dnia 23 kwietnia 2009 r. w sprawie promowania stosowania energii ze źródeł odnawialnych zmieniająca i w następstwie uchylająca dyrektywy 2001/77/WE oraz 2003/30/WE.

3 Dyrektywa określa także szczegółowe wymagania dla poszczególnych państw członkowskich – w przypadku Polski wynoszą one 15% udziału OZE w bilansie energetycznym w 2020 r.

4 Jednym z przejawów tej sytuacji są trwające prace nad nowymi ustawami regulującymi sektor energetyczny w Polsce – nową ustawą Prawo Energetyczne, ustawą Prawo gazowe oraz ustawą o odnawialnych źródłach energii.

Obecnie jest ono zdefiniowane w art. 3 pkt. 20 Ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 – Prawo energetyczne⁵, który za odnawialne źródło energii uznaje

źródło wykorzystujące w procesie przetwarzania energię wiatru, promieniowania słonecznego, geotermalną, fal, prądów i pływów morskich, spadku rzek oraz energię pozyskiwaną z biomasy, biogazu wysypiskowego, a także biogazu powstałego w procesach odprowadzania lub oczyszczania ścieków albo rozkładu składowanych szczątków roślinnych i zwierzęcych.

Projektowana Ustawa o odnawialnych źródłach energii⁶ proponuje z kolei nieco odmienną definicję – odnawialnym źródłem energii zgodnie z art. 2 pkt. 23 jest

energia wiatru, energia promieniowania słonecznego, energia aerotermalna, energia geotermalna, energia hydrotermalna, hydroenergia, energia otrzymywana z biomasy, energia otrzymywana z biogazu, energia otrzymywana z biogazu rolniczego, fal, prądów i pływów morskich oraz energia otrzymywana z biopływów.

Z punktu widzenia niniejszego artykułu, najistotniejsze będą instalacje OZE wykorzystujące energię wiatru położone na lądzie (farmy wiatrowe *on shore*) oraz energię promieniowania słonecznego (instalacje fotowoltaiczne, panele słoneczne), ponieważ to do takich instalacji wykorzystywano do tej pory najczęściej prawną konstrukcję umowy dzierżawy.

Wyrok SN zapadł w sprawie IV CSK 244/12 – uwagi wstępne

Wyrok SN zapadł w dniu 5 października 2012 r.⁷ stanowi jedno z ciekawszych orzeczeń, dotyczących natury prawnej umowy zawieranej w związku z budową i eksploatacją instalacji OZE na cudzym gruncie. Fakt, iż jest to orzeczenie wydane relatywnie niedawno, a sam sektor OZE nie rozwija się ostatnio tak dynamicznie⁸, jak do tej pory, sprawia, że praktyczne jego skutki trudno jest jeszcze ocenić.

Sam wyrok zapadł natomiast w bardzo ciekawym stanie faktycznym. Strony zawarły ze sobą umowę, którą nazwały umową dzierżawy. Umowa została zawarta na czas

5 Dz.U. 1997 nr 54, poz. 348, tj. Dz.U. z 2012 r. poz. 1059.

6 Projekt ustawy z dnia 04.10.2012 r., Wersja 2.0.1.

7 Sygn. akt IV CSK 244/12.

8 Wynika to z jednej strony z prac nad nowym kształtem prawnym regulacji dotyczących energetyki w Polsce, o których była już mowa wcześniej, a z drugiej strony – z poważnym kryzysem tzw. rynku „zielonych certyfikatów”, czyli systemu wsparcia produkcji energii elektrycznej z odnawialnych źródeł energii, wprowadzonego Ustawą z 4.03.2005 r. o zmianie ustawy Prawo energetyczne oraz ustawy Prawo ochrony środowiska (Dz. U. nr 62, poz. 552).

oznaczony 30 lat, po upływie którego – zgodnie z art. 695 §1 k.c. – umowa poczytuje się za zawartą na czas nieoznaczony. Na pomocy ww. umowy strona pozwana – wydzierżawiający, oddał w dzierżawę powodowi kilka nieruchomości gruntowych w celu wybudowania siłowni wiatrowych wraz ze stacją rozdzielni, stacją pomiarową i transformatorową oraz koniecznymi drogami dojazdowymi i dojazdami w celu ich eksploatacji. Strony przewidziały, że zawarta umowa może być wypowiedziana przez wydzierżawiającego jedynie w wypadku stwierdzenia zaległości w zapłacie czynszu dzierżawnego za dwa pełne okresy płatności. Wszelkie zmiany tej umowy wymagały zachowania formy pisemnej pod rygorem nieważności.

Już po zatwierdzeniu przez starostę projektu budowlanego oraz udzieleniu spółce W. (poprzednik prawny powoda) pozwolenia na budowę zespołu elektrowni wiatrowych wraz z niezbędną infrastrukturą, a następnie przeniesieniu przez spółkę W. ww. decyzji starosty na spółkę R. (stronę powodową), strony zawarły porozumienie o rozwiązaniu zawartej umowy w części dotyczącej jednego z projektów. Następnie, już po wytyczeniu przez powoda placów i dróg dojazdowych do elektrowni wiatrowej oraz powierzchni do wykonania korytarza dróg dojazdowych z placu montażowego pod elektrownię, pozwana złożyła oświadczenie o uznaniu za nieważną umowy dzierżawy z uwagi na brak elementów przedmiotowo istotnych w postaci przedmiotu dzierżawy i czynszu dzierżawnego, zaś na wypadek uznania tej umowy za inną niż umowa dzierżawy umowę o korzystanie z nieruchomości, złożyła oświadczenie o jej wypowiedzeniu na podstawie art. 365¹ k.c. Strona powodowa wniosła na podstawie art. 189 k.p.c. o ustalenie przez sąd istnienia między stronami ważnego stosunku prawnego dzierżawy, łączącego strony na czas oznaczony 30 lat.

Wiatr pożytkiem z nieruchomości?

Sądy wszystkich instancji zgodnie uznały, iż zawarta między stronami umowa nie może zostać zakwalifikowana jako umowa dzierżawy z co najmniej kilku powodów.

Jednym z elementów istotowo istotnych (*essentialia negoti*) takiej umowy jest pobieranie pożytków przez dzierżawcę z rzeczy oddanej mu przez wydzierżawiającego do używania. Jak słusznie wskazał Sąd Apelacyjny w Białymstoku⁹, prawo do pobierania pożytków „ma fundamentalne znaczenia dla umowy dzierżawy, czym w istotny sposób różni ją od umowy najmu”, a „mimo określenia umowy jako umowy dzierżawy brak zapisu w jej treści [takiego prawa] (...) przesądza o innej, niż nadana przez strony, kwalifikacji stosunku prawnego”. Z tego właśnie powodu problematyka prawa do pobierania pożytków będzie stanowiła jeden z główny przedmiotów nie tylko samego wyroku SN, ale i całego niniejszego artykułu.

⁹ Wyrok Sądu Apelacyjnego, sygn. akt I ACa 56/07.

Jak zauważył SN, k.c. w części szczegółowej zobowiązań nie uregulował w sposób autonomiczny pojęcia pożytków. Z tego powodu należy sięgnąć do definicji skonstruowanej w części ogólnej k.c., konkretniej do art. 53, który stanowi:

§ 1. Pożytkami naturalnymi rzeczy są jej płody i inne odłączone od niej części składowe, o ile według zasad prawidłowej gospodarki stanowią normalny dochód z rzeczy.

§ 2. Pożytkami cywilnymi rzeczy są dochody, które rzecz przynosi na podstawie stosunku prawnego¹⁰.

W niniejszym przypadku należy skupić się na kwestii pożytków naturalnych, a konkretniej na odpowiedzi na pytanie, czy masy powietrza przemieszczające się nad daną nieruchomością i wprawiające w ruch postawione na niej turbiny wiatrowe mogą być uznane za pożytki naturalne tej nieruchomości. SN udzielił na to pytanie odpowiedzi negatywnej i trudno się z takim stanowiskiem nie zgodzić.

Po pierwsze, jak wyrażnie stanowi art. 53 §1 k.c., pożytkiem naturalnym rzeczy może być jej „płód i inne odłączone od niej części składowe, o ile według zasad prawidłowej gospodarki stanowią normalny dochód z rzeczy”. Wymóg prawidłowej gospodarki sprawia, iż pobieraniem pożytków jest np. pozyskiwanie drewna z lasu, owoców z sadu, warzyw z ogrodu, ale już nie wyręb całego lasu¹¹. Jak uznaje się w doktrynie, „płodami rzeczy są takie odłączone od niej części składowe, które względem rzeczy macierzystej stanowią produkt wytworzony przez nią bezpośrednio bądź dzięki niej (pośrednio) – za pomocą rośliny bądź w inny naturalny sposób”¹². Z przyczyn oczywistych taka definicja nie obejmuje swym zasięgiem przedmiotowym mas powietrza przemieszczających się nad daną nieruchomością – powietrze nad gruntem istnieje niezależnie od niej, nie zostało przez nią wytworzone¹³. Pojawiające się jeszcze przed wydaniem analizowanego

10 Poza przedmiotem zainteresowania pozostawimy trzecią kategorię pożytków, tj. pożytki prawa, ponieważ w przypadku dzierżawy nieruchomości w sposób oczywisty problematyka ich dotycząca nie znajdzie zastosowania.

11 Orzeczenie SN, sygn. akt III CRN 441/70.

Należy jednak wskazać, iż SN uznał jako pobieranie pożytków pobieranie żwiru ze żwirowiska, pomimo że w miarę upływu czasu następuje stopniowe zmniejszanie substancji rzeczy (orzeczenie SN sygn. akt C 355/50, OSN 1951, nr 2, poz. 50.), co zasadniczo kłóci się z wymogiem prawidłowej gospodarki. Tego typu rozważania nie znajdują w interesującym nas stanie faktycznym zastosowania, ponieważ eksploatacja turbin wiatrowych nie wiąże się z wyczerpaniem albo zmniejszeniem substancji mas powietrza przemieszczających się nad danym gruntem.

12 A. Sylwestrzak, *Użytkowanie. Konstrukcja prawna*, Warszawa 2013.

13 Można by ewentualnie argumentować, że o ile same masy powietrza istnieją niezależnie od gruntu, o tyle ich ruch jest poniekąd nim warunkowany, gdyż kształt gruntu, jego lokalizacja oraz temperatura nad nim panująca wpływają na kierunek i siłę wiatru oraz inne zjawiska atmosferyczne. Przyjmując jednak takie stanowisko doszlibyśmy jednak do absurdalnej tezy, jakoby płodem danego gruntu byłby nie sam wiatr, a jego ruch nad daną nieruchomością.

orzeczenia SN postulaty w doktrynie, aby pojęcie „płodu” rozumieć szerzej ze względu na zmianę realiów gospodarczych¹⁴, nie wydają się specjalnie trafne. Nawet sięgnięcie przez Pelc do definicji słownikowej i uznanie, że płodem są „wszelkie dobra pozyskiwane z natury”¹⁵, nie stanowi argumentu za tym, aby uznać przemieszczające się masy powietrza, a raczej energię elektryczną dzięki nim uzyskiwaną, za plód danej nieruchomości. Oczywiście słuszne jest stanowisko autorki, by pojęcie pożytku naturalnego definiować szerzej, niż wskazywałyby na to pierwotne intuicje. Wymienione przez nią przykłady zakwalifikowania jako części składowej nieruchomości zwierzyny łownej¹⁶ oraz ryb i innych organizmów wodnych¹⁷ rzeczywiście od tych pierwotnych intuicji odchodzą, natomiast nie stanowią one wystarczającego argumentu za tym, aby rozciągnąć pojęcie pożytków naturalnych rzeczy na masy powietrza i energię elektryczną przez nie produkowaną.

SN w analizowanym orzeczeniu wskazał wprost (podtrzymując stanowisko sądów niższej instancji):

przemieszczające się masy powietrza nad gruntem stanowiącym przedmiot umowy z dnia 22 czerwca 2002 r., które wprawiają w ruch mechanizm zainstalowanych turbin wiatrowych, produkujący energię elektryczną nie są częścią składową tegoż gruntu zgodnie z treścią art. 53 § 1 KC w zw. z art. 47 § 1 i 2 KC, a tym samym pożytkiem naturalnym. Zauważyć bowiem trzeba, że wspomniane masy powietrza stanowią rodzaj dobra wolnego w dodatku wyłączonego z obrotu prawnego (*extra commercium*).

Można się zastanawiać, na ile prawidłowa była sama argumentacja, nawet przy trafnym wniosku końcowym. Wydaje się, że większy akcent należałoby położyć na fakt, iż pod względem finansowym przychód dzierżawcy stanowi energia elektryczna sprzedawana przedsiębiorstwu energetycznemu, wytwarzana w turbinie wiatrowej. Pod tym względem „dobrem pozyskiwanym z natury” (wracając do definicji słownikowej „płodu naturalnego”) są nie masy powietrza (trudno mówić tu w sensie fizycznym o jakimkolwiek „pobieraniu” czy „pozyskiwaniu”), a sama energia elektryczna. W związku z tym należałoby postawić pytanie, czy to ona może stanowić pożytek naturalny z nieruchomości, a nie powietrze jako takie. Na tak postawione pytanie jeszcze trudniej udzielić odpowiedzi twierdzącej.

14 V. W. Pelc, *Umowa o korzystanie z gruntu na cele farmy wiatrowej jako umowa dzierżawy*, „Finanse Komunalne” nr 5, 2010, s. 50 - 53

15 *Słownik współczesnego języka polskiego*, red. J. Dunaj, Warszawa 1996, s. 759.

16 V. A. Stelmachowski, [w:] *System Prawa Prywatnego. Tom. 3. Prawo rzeczowe*, red E. Gniewek, Warszawa 2013, s. 399; M. Bednarek, *Mienie., Komentarz do art. 44–55(3) kodeksu cywilnego*, Kraków 1997, s. 166 i następne.

17 Dz. U. z 2005 r. nr 239, poz. 2019 ze zm., art. 13.

Po pierwsze, pożytkiem naturalnym mogą być jedynie części składowe rzeczy. Przykład zwierzyny łownej oraz ryb i organizmów wodnych wskazuje, iż nie zawsze muszą to być rzeczy w rozumieniu art. 45 k.c. Z tego powodu fakt, iż energia elektryczna ze względu na swój niematerialny charakter nie jest rzeczą¹⁸, nie powinien stanowić przesądającego argumentu za tym, iż nie może być ona częścią składową innej rzeczy. Bardziej obiecujący wydaje się w tym względzie fakt, że trudno jest wykazać bezpośredni związek między energią elektryczną produkowaną przez turbinę wiatrową jako rzekomą częścią składową a nieruchomością, na której taką turbinę postawiono. Taki związek łatwiej wskazać w przypadku zwierzyny łownej zamieszkującej jakiś teren, z którym jest związana nie tylko prawnie (jako część składowa), ale i faktycznie. Widać to tym wyraźniej na przykładzie ryb i organizmów wodnych, wielokrotnie nie mających nawet fizycznej możliwości opuszczenia danego zbiornika. W przypadku energii elektrycznej do jej powstania konieczna jest nie tylko sama nieruchomość, ale i przemieszczające się masy powietrza oraz odpowiednie instalacje techniczne. W ten sposób związek między domniemanym pożytkiem (energiją) a rzeczą, który ten pożytek przynosi (nieruchomość) jest na tyle złożony, że wyklucza uznanie go za mieszczący się w treści art. 53 § 1 k.c. w zw. z art. 47 § 1 i 2 k.c.

Wspomniana już wielokrotnie Pelc oponuje jednak za szerszym pojmowaniem pojęcia „pożytku naturalnego”, które miałyby się w większej mierze opierać na kryterium „normalnego dochodu z rzeczy”, a w mniejszym zaś – na kryterium „płodów i części składowej”. Abstrahując od stwierdzenia, iż trudno znaleźć normatywne oparcie dla takiej interpretacji, podkreślić należy, że stworzona przez autorkę szeroka definicja pożytku naturalnego nie okazuje się na tyle pojemna, aby znalazła zastosowanie w niniejszym przypadku. Stwierdzenie: „każdy element nieruchomości, który stanowi jej część, a który po odłączeniu stanowi normalny dochód z rzeczy, powinien być uznany za pożytek nieruchomości”¹⁹ trudno bowiem odnieść zarówno to do samego wiatru, jak i energii elektrycznej wytworzonej w wyniku jego ruchu nad daną nieruchomością. W żadnym bowiem wypadku – czy to zakwalifikowania jako pożytku naturalnego nieruchomości mas powietrza, czy to takiej kwalifikacji energii elektrycznej – nie można zaobserwować żadnego zjawiska „odłączenia” pożytku od rzeczy, która ten pożytek miałaby przynosić. Można je z kolei stwierdzić w przypadku zwierzyny łownej (np. jej upolowanie) czy ryb i organizmów wodnych (np. ich połów). Odniesienie tej kategorii do omawianego problemu możliwe jest jedynie przy założeniu, że takim momentem „odłączenia” jest sprze-

18 V. W. J. Katner, *Komentarz do art. 45 Kodeksu cywilnego*, [w:] *Kodeks cywilny. Część ogólna. Komentarz*, red. M. Pyziak-Szafnicka, Warszawa 2009: „W powszechnym przekonaniu energia jest przedmiotem niematerialnym, przez co nie można jej uznać za rzecz, a tylko dzięki możliwej mierzalności staje się zdolna do uczestniczenia w obrocie cywilnoprawnym (tak np. Z. Radwański, *Prawo cywilne...*, s. 125; B. Ziemianin, *Prawo rzeczowe*, s. 38).”

19 W. Pelc, *op. cit.*, s. 52

daż energii elektrycznej przedsiębiorstwu energetycznemu i wprowadzenie jej do sieci, co można by kwalifikować jako pożytek samej turbiny. SN w tym kontekście stwierdził jedynie, że „otrzymywanej energii elektrycznej w wyniku przetworzenia energii wiatrowej również nie można zaliczyć do pożytku naturalnego, gdyż nie pochodzi z gruntu, lecz z urządzeń technicznych zamontowanych na tym gruncie”, co stanowi być może zbyt lakonicznie wytłumaczenie dosyć złożonego problemu prawnego.

Równie zwięźle skład orzekający odniósł się do pytania, czy energię elektryczną produkowaną przez farmy wiatrowe wybudowane na danej nieruchomości można uznać za pożytek cywilny tejże nieruchomości na podstawie art. 53 § 2 k.c. Skład orzekający w tym aspekcie ograniczył się jedynie do stwierdzenia, że

uzyskiwanych przez uprawnionego korzyści ze sprzedaży tej energii nie sposób identyfikować z pożytkami cywilnymi, bowiem – jak prawidłowo zauważają Sądy obu instancji – to nie nieruchomość będzie stanowiła przedmiot stosunku prawnego z przedsiębiorstwem energetycznym, lecz sprzedaż energii elektrycznej.

Takie podejście nie jest jednak kwestionowane w doktrynie, ani też specjalnie kontrowersyjne, zatem taką lakoniczność SN w sporządzonym uzasadnieniu trudno zakwalifikować jako wadę analizowanego orzeczenia.

Odpłatność jako element konieczny umowy dzierżawy

Analizowany wyrok zwraca też uwagę na jeszcze jeden element umowy dzierżawy – jej odpłatność. Zgodnie z art. 693 k.c. świadczeniem wzajemnym po stronie dzierżawcy jest płacenie wydzierżawiającemu umówionego czynszu, który może być zastrzeżony w pieniądzech lub świadczeniach innego rodzaju, albo oznaczony w ułamkowej części pożytków. O ile sam ustawodawca dał stronom relatywnie sporą swobodę co do oznaczenia wielkości czynszu, o tyle doktryna jest zgodna, że ta swoboda „nie oznacza jednak możliwości wyeliminowania obowiązku uiszczania czynszu dzierżawnego nawet tylko przez pewien okres w trakcie trwania stosunku prawnego”²⁰. Takie stanowisko zostało wyrażone w Wyr. SN – Izba Cywilna z dnia 8 maja 2001 r.²¹, który stwierdził:

(...) kodeks cywilny nie przewiduje możliwości ukształtowania umowy dzierżawy w taki sposób, aby dzierżawca nie miał obowiązku uiszczania czynszu. Przepis § 2 art. 693 k.c. stwarza jedynie możliwość ustalenia czynszu w świadczeniach innego rodzaju niż świadczenie pieniężne, bądź oznaczenie go jako ułamkowej części

20 J. Górecki, G. Matusik, *Komentarz do art. 693 k.c.*, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. K. Osajda, Warszawa 2012.

21 Wyrok SN, sygn. akt IV CKN 357/00.

pożytków. Nie jest zatem dopuszczalne zastąpienie świadczenia w postaci czynszu innym świadczeniem - w ramach umowy dzierżawy.

Złożoność i wieloetapowość procesu inwestycyjnego w przypadku budowy i eksploatacji instalacji OZE powoduje, iż tak rygorystyczne podejście do problematyki czynszu dzierżawnego nie zawsze może znaleźć uzasadnienie w praktyce. Tak też było w analizowanym stanie faktycznym – sądy I i II instancji zgodnie ustaliły, iż w ramach łączącego strony stosunku prawnego można było wyodrębnić co najmniej trzy etapy: pierwszy – od zawarcia umowy do momentu uzyskania pozwolenia na budowę farmy wiatrowej wraz z towarzyszącą infrastrukturą; drugi – od uzyskania pozwolenia na budowę do jej zakończenia i trzeci – obejmujący uruchomienie oraz korzystanie z elektrowni wiatrowej. SN podkreślił, że

w pierwszym [etapie], tj. do momentu uzyskania pozwolenia na budowę zespołu elektrowni wiatrowych wraz z infrastrukturą, korzystanie przez stronę pozwaną [dzierżawcę] z objętej tą umową nieruchomości miało charakter nieodpłatny - a zatem sprzeczny z istotą stosunku dzierżawnego - skoro czynsz miał być płacony zaliczkowo, tym bardziej że przy zawarciu umowy przedmiot dzierżawy (konkretna lokalizacja obiektów budowlanych wraz z infrastrukturą techniczną) nie był precyzyjnie określony z uwagi na specyfikę inwestycji, która wymagała stosownych badań umożliwiających optymalne ze względu na warunki meteorologiczne usytuowanie elektrowni wiatrowych.

Umowa dzierżawy jako umowa odpłatna zakłada dokonanie umownie określonego przysporzenia przez dzierżawcę na rzecz wydzierżawiającego. Jak już wskazano, charakter tego przysporzenia może być zróżnicowany, może nie zostać nawet określony kwotowo w samej umowie²², ale musi być możliwy do określenia już na podstawie kryteriów wskazanych w umowie dzierżawy. W analizowanym przypadku zawarta między stronami umowa regulowała kwestie czynszu w następujący sposób:

(...) dzierżawca obowiązany był zapłacić czynsz w wysokości 57.000 euro za każdą siłownię postawioną na wydzierżawionym terenie. Czynsz miał być płacony w ten sposób, że na poczet pierwszej zaliczki po 3.000 euro za każdą siłownię, czyli 60.000 euro - odpowiednio 10.000 euro do 31 lipca 2002 r., a pozostałe 50.000 euro do 30 września 2002 r. Pierwsza zaliczka na poczet czynszu miała być zapłacona w kwocie 13.000 euro po uzyskaniu pozwolenia na budowę oraz podłączenia do sieci energii

²² Konieczne jest jednak ustalenie w niej „niezbędnych i dostatecznych danych pozwalających na obliczenie (...) wysokości (czynszu)” – tak m.in. wyrok SN sygn. akt III CZP 134/92, OSP 1994, nr 5, poz. 81 oraz w wyrok sygn. akt I CKN 809/97.

elektrycznej. Drugą zaliczkę w kwocie 13.000 euro dzierżawca miał zapłacić po uruchomieniu parku wiatrowego. Pozostałą do zapłaty kwotę czynszu dzierżawca zobowiązany był płacić raz do roku, nie później niż do 31 marca roku kalendarzowego, następującego po roku obrachunkowym w kwocie odpowiadającej 1,0% przychodu od sprzedanej energii, nie mniej niż 1.060 euro za jedną turbinę wiatrową.

Wydaje się, że SN doszedł do słusznych wniosków, mimo błędów w rozumowaniu. W niniejszym stanie faktycznym czynsz był rzeczywiście płacony zaliczkowo, ale nie – jak wskazał SN – jedynie w pierwszym etapie inwestycji (do czasu uzyskania pozwolenia na budowę), ale także i w drugim (do momentu uruchomienia parku wiatrowego). Całkowita kwota czynszu wynosiła bowiem 60 000 euro za każdą postawioną siłownię, a nie siłownię, na którą uzyska się pozwolenie na budowę. Potwierdza to wprost sama treść umowy, która pojęciem „zaliczki” operuje aż do momentu uruchomienia parku wiatrowego. Z tego powodu można uznać, iż stosunek prawny łączący strony nie miał *de facto* charakteru odpłatnego aż do czasu uruchomienia konkretnej liczby siłowni wiatrowych – do tego czasu bowiem czynsz był płacony zaliczkowo, a jego ostateczna wysokość zależała od ilości faktycznie funkcjonujących wiatraków już na etapie trzecim. SN nie wziął również pod uwagę, iż przedmiotowa umowa została zawarta na okres lat 30, liczony od uprawomocnienia się decyzji o pozwoleniu na budowę. Z tego powodu była umową zawartą z zastrzeżeniem warunku zawieszającego, który powodował, że *de facto* w pierwszym etapie inwestycji (słusznie zidentyfikowanym przez SN jako niemający charakteru odpłatnego) skutki tej umowy jeszcze nie powstały. Zatem, opierając się na argumentacji SN, fakt zaliczkowego ustalenia czynszu na wstępnym etapie inwestycji nie miał znaczenia dla prawnej kwalifikacji umowy, skoro etap ten nie był objęty skutkami tej umowy – zaistniały one dopiero na etapie drugim, który, jak wskazywano wyżej, również nie miał charakteru odpłatnego, co ostatecznie dyskwalifikuje ją jako umowę dzierżawy.

Wszystkie te rozważania prowadzą natomiast do wniosku, że specyfika projektów inwestycyjnych w zakresie odnawialnych źródeł energii dalece wykracza poza normatywny kształt umowy dzierżawy w kwestii wynagrodzenia wydzierżawiającego. Tradycyjna konstrukcja czynszu dzierżawnego, choć relatywnie elastyczna i stwarzająca stronom całkiem spore pole manewru²³, nie jest po prostu przystosowana do realiów gospodarczych tego typu inwestycji.

23 A. Lichorowicz, *Dzierżawa*, [w:] *System Prawa Prywatnego. Prawo zobowiązań – część szczegółowa. Tom VIII*, red. J. Panowicz-Lipska, Warszawa 2011, s. 197

Praktyczne skutki wyr. SN i postulaty *de lege ferenda*

Jak już wskazywano na wstępie, ze względu na obecną sytuację w sektorze odnawialnych źródeł energii oraz fakt, iż analizowany wyrok zapadł relatywnie niedawno, trudno jest jeszcze ustalić jego praktyczne implikacje dla rynku energetycznego w Polsce. Jak wskazują niektórzy autorzy²⁴, może on w pewnym wymiarze negatywnie wpłynąć na prawną „bankowalność”²⁵ inwestycji w sektorze.

Wątpliwości dotyczą nie tylko aspektów poruszanych powyżej, ale także innych kwestii – w tym problemu długości trwania takiej umowy. W przypadku umowy dzierżawy maksymalny okres jej trwania w przypadku zawarcia na czas określony wynosi 30 lat (art. 695 §1 k.c.), niezależnie od tego, czy obie strony są przedsiębiorcami. Z kolei w odniesieniu do umowy najmu tak długi okres jest zastrzeżony jedynie dla umów zawieranych między przedsiębiorcami (art. 661 §2 k.c.), podczas gdy w innych wypadkach umowę uważa się za zawartą na czas nieoznaczony już po upływie 10 lat. Biorąc pod uwagę relatywnie długi okres zwrotu inwestycji w energetyce odnawialnej (ok. 10–15 lat) oraz fakt, iż farmy wiatrowe co do zasady buduje się na nieruchomościach rolnych, ewentualny obowiązek stosowania w takich umowach przepisów odnoszących się do najmu, a nie dzierżawy, może mieć spory wpływ na bezpieczeństwo prawne i trwałość tego typu inwestycji.

Stwierdzić należy jednak, iż większość obaw łączących się z tym wyrokiem nie ma większego uzasadnienia prawnego. SN po pierwsze uznał, że zawarta między stronami umowa w analizowanym kształcie nie jest co prawda umową dzierżawy, ale nie jest też umową najmu²⁶, jest bowiem „rodzajem umowy nienazwanej – zawartej w ramach swobody kontraktowania – do której w zakresie w niej nieuregulowanym mogą mieć odpowiednie zastosowanie przepisy k.c. normujące umowę dzierżawy”. Oczywiście odpowiednie stosowanie przepisów stwarza swego rodzaju przestrzeń niepewności w porównaniu z sytuacją, kiedy mamy do czynienia wprost z umową dzierżawy – nie jest to

24 V. M. Szambelańczyk, *Prawna „bankowalność” projektów wiatrowych*, „Czysta Energia” nr 2, 2013

25 V. *ibidem*:

Samo pojęcie „bankowalności” jest niewątpliwie nie do końca poprawnym językowo neologizmem, pochodzącym od angielskiego sformułowania „bankability”. Nie doczekało się ono jednak u nas bardziej poprawnego odpowiednika. W praktyce oznacza to taki stan projektu inwestycyjnego (w interesującym nas przypadku farmy wiatrowej), który umożliwia podjęcie przez instytucję finansującą (bank) pozytywnej decyzji o przyznaniu finansowania na jego dalszy rozwój. Niniejsze opracowanie odnosi się jedynie do aspektów prawnych oceny danego przedsięwzięcia. Z tego punktu widzenia „bankowalność” oznaczać będzie szeroko rozumiane bezpieczeństwo prawne projektu, przekładające się na duże prawdopodobieństwo jego realizacji.

26 Na ryzyko kwalifikowania w taki sposób podobnych umów wskazywała, całkowicie niesłusznie, W. Pelc w artykule *Według SN wiatr nie jest pożytkiem z nieruchomości*.

jednak niepewność tak duża, aby można było mówić o jakimś większym zagrożeniu dla istniejących, powstających czy planowanych projektów wiatrowych. Trudno bowiem wyobrazić sobie sytuację, w której sądy na podstawie analizowanego orzeczenia zaczęłyby kwalifikować takie umowy jako umowy najmu. Wynika to z faktu, iż w analizowanym przypadku jednym z powodów, dla których zawartej między stronami umowy nie można było zakwalifikować jako umowy dzierżawy był fakt, iż nie miała ona odpłatnego charakteru, a skoro tak, to nie można jej było zakwalifikować jako umowy najmu – również o charakterze odpłatnym²⁷.

Nie ma również moim zdaniem uzasadnionych podstaw ku temu, aby takie umowy nie mogły być zawierane na okres 30 lat także w przypadku, kiedy któraś ze stron nie jest przedsiębiorcą. Skoro SN dopuścił odpowiednie stosowanie przepisów dotyczących dzierżawy, to nie ma w moim przekonaniu przeciwwskazań, aby art. 695 §1 k.c. dotyczący czasu trwania umowy dzierżawy nie stosować wprost do umów nienazwanych zawieranych w celu budowy i eksploatacji instalacji OZE. Stosowanie wprost przepisów dotyczących dzierżawy nie jest możliwe jedynie w kwestii regulacji pojęcia pożytków i czynszu dzierżawnego, co wyczerpująco zostało wyjaśnione wcześniej. W pozostałym zakresie stosowanie wprost regulacji kodeksowych jest z całą pewnością uprawnione, a nawet wskazane ze względu na pewność obrotu.

Co więcej, sądy obu instancji, a za nimi i SN zgodnie uznały, że zawarta przez strony umowa jest w świetle prawa ważna. „Brak też było podstaw – dowodził SN - do uznania skuteczności jej wypowiedzenia, skoro jest umową zawartą na czas oznaczony”. Skład orzekający nie odniósł się wprost to kwestii, czy trzydziestoletni okres, na jaki została zawarta umowa, jest tu terminem dopuszczalnym. Milczenie w tym aspekcie należy zakwalifikować jako przyzwolenie na takie rozwiązanie, zwłaszcza, że SN w uzasadnieniu prawnym skupił się na poszukiwaniu różnic między umową dzierżawy a umową zawartą między stronami sporu. Skoro do takich różnic nie zaliczył kwestii okresu, na jaki została ona zawarta, można przyjąć, iż zgodnie z moimi argumentami Sąd w tym wypadku zastosował do niej przepisy odnoszące się do dzierżawy wprost, bez jakichkolwiek modyfikacji.

Z nakreślonych wyżej przyczyn trudno jest upatrywać w analizowanym orzeczeniu większych negatywnych konsekwencji dla sektora OZE w naszym kraju. Nie można więc zgodzić się z postulatami szczególnego uregulowania prawnego charakteru tego typu umów, zwłaszcza ze stwierdzeniem, że

²⁷ Art. 659 k.c.

§ 1. Przez umowę najmu wynajmujący zobowiązuje się oddać najemcy rzecz do używania przez czas oznaczony lub nie oznaczony, a najemca zobowiązuje się płacić wynajmującemu umówiony czynsz.

§ 2. Czynsz może być oznaczony w pieniądzech lub w świadczeniach innego rodzaju.

należałoby wprowadzić na przykład do nowej ustawy o OZE zapis mówiący, że do umowy o korzystanie z nieruchomości na potrzeby instalacji odnawialnego źródła energii stosuje się takie same przepisy jak do umowy dzierżawy²⁸.

Po pierwsze, taka sytuacja byłaby wątpliwa ze względów legislacyjnych. Wprowadzenie do ustawy o odnawialnych źródłach energii pojęcia „umowy o korzystanie z nieruchomości na potrzeby instalacji odnawialnego źródła energii” stanowiłoby poniekąd kreację nowej, stypizowanej umowy nazwanej, co wiązałoby się z potrzebą określenia jej elementów przedmiotowo istotnych. To z kolei mogłoby prowadzić do sytuacji, kiedy niektóre umowy zawierane na rynku po prostu by się w tym pojęciu nie mieściły, co sprowadziłoby cały problem do punktu wyjścia. Po drugie, stosowanie do takich umów „takich samych przepisów jak do umowy dzierżawy” jest możliwe tylko odpowiednio, a nie wprost, co zauważył przecież SN w analizowanym orzeczeniu. W takim wypadku i tak to sądom należałoby pozostawić rozstrzygnięcie, co w danym przypadku oznacza „odpowiednie stosowanie przepisów odnoszących się do umowy dzierżawy”. Jak słusznie wskazała Pelc:

Trzeba jednak pamiętać, że w Polsce nie ma prawa precedensowego. Zatem nawet jeśli teraz SN, w tym konkretnym przypadku, zdaje się potwierdzać, że sporna umowa wprawdzie nie jest umową dzierżawy, ale i tak jest trwała i skuteczna i potwierdzi to następnie orzeczenie sądu niższej instancji w sprawie, będzie to miało ograniczone znaczenie dla innych inwestorów.

Takie ograniczone znaczenia dla inwestorów będzie miało jednak również każde orzeczenie zapadłe na podstawie zaproponowanego przez autorkę rozwiązanie legislacyjnego, co z kolei dowodzi o niesłuszności tego typu pomysłów.

W konsekwencji należy uznać, iż istnieją jedynie dwie możliwości rozwiązania zaistniałego problemu. Pierwszy polega na skonstruowaniu przez ustawodawcę nowej, stypizowanej umowy o korzystanie z nieruchomości na potrzeby instalacji odnawialnego źródła energii w taki sposób, który zapewniłby trwałość tego typu inwestycji. Drugi z kolei zakłada pozostawienie aktualnego stanu rzeczy bez ingerencji legislacyjnych i konstruowanie tego typu umów jako umów nienazwanych podobnych do umów dzierżawy, co wprost umożliwił SN w przedmiotowym wyr.. Pierwsze rozwiązanie jest niezwykle trudne ze względu na niejednorodność zawieranych na rynku umów, drugie wydaje się być optymalnym przy założeniu, że sądy w kolejnych konkretnych przypadkach wykażą się rozsądkiem i umiarem zbliżonym do tego, który wynika z analizowanego wyr. SN.

28 W. Pelc, *Farmy wiatrowe na nietrwałym gruncie?*

SUMMARY

Agreement on the use of land for the construction and operation of renewable energy installations – selected legal aspects

The paper presents an analysis of the legal nature of an agreement on the use of land for the construction and operation of renewable energy installations, especially wind farms. In particular, it focuses on the legal significance of the Supreme Court judgment of 5 October 2012 (IV CSK 244/12), which ruled that such an agreement cannot be regarded as a lease. The author seeks to identify the possible practical consequences of this judgment and propose legislative measures to ensure the sustainability of such agreements, and thus the investments which go with them as well as to analyze the legal term *fructus* in the civil law in the context of this judgment.

KEYWORDS: renewable energy, wind farms, lease, *fructus*

Ivo KUCHARCZUK
UNIwersytet Warszawski

Charakter prawny i materialnoprawne konsekwencje wpisu w dziale I-O księgi wieczystej

Wstęp

Przedmiotem niniejszego artykułu jest zagadnienie charakteru prawnego wpisów w dziale I – Oznaczenie nieruchomości w księdze wieczystej¹. Pośrednio wpisy takie określają zakres praw ujawnionych w pozostałych działach, przez co mogą mieć znaczenie zarówno dla domniemań dotyczących tych praw, jak i działania instytucji rękojmi wiary publicznej ksiąg wieczystych. Kwestia jest tym bardziej istotna, jeżeli wziąć pod uwagę dość częste w praktyce nieścisłości w danych zawartych w dziale I-O oraz wieloletnie zaniedbywanie ich aktualizacji².

Regulacje procesowe i administracyjne

Ze względu na niezakończony proces informatyzacji ksiąg wieczystych³, kwestia oznaczenia nieruchomości regulowana jest odmiennie w zależności od sposobu prowadzenia księgi wieczystej. Do ksiąg prowadzonych na zasadach dotychczasowych, w formie „papierowej”, zastosowanie znajduje art. 25 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy o księgach wieczystych i hipotece⁴ stanowiący, że księga wieczysta składa się z czterech działów, z których

1 Zwany dalej: „dział I-O”

2 Cf. M. Boratyńska, *Położenie i obszar nieruchomości a rękojmia wiary publicznej ksiąg wieczystych* (cz. I), „Nieruchomości” nr 7, 2000, s. 9, zwłaszcza uwagi dotyczące funkcjonowania Państwowych Biur Notarialnych oraz skutków przekształceń własnościowych i problemu nabycia nieruchomości na podstawie ustawy z dnia 26 października 1971 r. o uregulowaniu własności gospodarstw rolnych (Dz.U. z 1971 r., nr 27, poz. 250).

3 Mechanizm przenoszenia treści ksiąg wieczystych do systemu informatycznego określa ustawa z dnia 14 lutego 2003 r. o przenoszeniu treści księgi wieczystej do struktury księgi wieczystej prowadzonej w systemie informatycznym (Dz.U. z 2003 r., nr 42 poz. 363).

4 Ustawa z dnia 6 lipca 1982 r. o księgach wieczystych i hipotece zwana dalej: „UKWH” (Dz.U. z 2001 r., nr 124 poz.1361).

pierwszy „obejmuje oznaczenie nieruchomości oraz wpisy praw związanych z jej własnością”. Wskazany przepis precyzuje rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości w sprawie prowadzenia ksiąg wieczystych i zbiorów dokumentów⁵. Zgodnie z § 27 Rozporządzenia, dział I składa się z działu I-Sp „Spis praw związanych z własnością”, który pozostaje poza zakresem analizy, oraz działu I-O „Oznaczenie nieruchomości” dzielącego się na łamy grupujące poszczególne kategorie danych faktycznych⁶.

Strukturę księgi wieczystej prowadzonej w systemie informatycznym określa rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości w sprawie zakładania i prowadzenia ksiąg wieczystych w systemie informatycznym⁷ wydane na podstawie delegacji zawartej w art. 251 ust. 2 UKWH. „Elektroniczna” księga składa się zatem z czterech działów⁸, które dzielą się na rubryki i pola, te zaś odpowiednio na podrubryki i podpola. Analogicznie do księgi „tradycyjnej”, dział I składa się z działów I-O „Oznaczenie nieruchomości” i I-Sp „Spis praw związanych z własnością”⁹, z których pierwszy dzieli się na rubryki odpowiadające łacom w „tradycyjnej” księdze wieczystej.

Poza wskazanymi wyżej różnicami, wynikającymi ściśle z techniki prowadzenia księgi wieczystej, pozostałe kwestie zostały jednolicie uregulowane dla obu rodzajów. W myśl postanowień art. 26 UKWH, podstawą oznaczenia nieruchomości w księdze wieczystej są dane zawarte w katastrze nieruchomości, którego jednak dotychczas nie utworzono. Zgodnie z art. 53a ustawy prawo geodezyjne i kartograficzne¹⁰, do czasu jego powstania, przez „kataster nieruchomości” należy rozumieć uregulowaną w niej ewidencję gruntów i budynków¹¹. Prowadzenie ewidencji, jako zadanie z zakresu administracji rządowej, powierzono staroście na podstawie art. 22 Ustawy¹².

Odpowiednik art. 27 UKWH na gruncie Ustawy, art. 21 UPGK, stanowi, że dane zawarte w ewidencji gruntów i budynków są podstawą oznaczenia nieruchomości w księdze wieczystej. Zgodnie z art. 20 UPGK w ewidencji gromadzone są informacje na

5 Dz.U. z 2001 r., nr 102 poz. 1122 ze zm.

6 Zgodnie z § 31 Rozporządzenia, dział I-O księgi wieczystej prowadzonej dla nieruchomości gruntowej składa się z ośmiu łamów: (1) „Wzmianka o wniosku”, (2) „Numer bieżący nieruchomości”, (3) „Położenie”, (4) „Mapa i opis”, (5) „Sposób korzystania”, (6) „Obszar”, (7) „Do bieżącego numeru nieruchomości”, (8) „Stan w czasie założenia księgi wieczystej, przyłączenia i odłączenia”. Podział na łamy w wypadku innych nieruchomości określają odpowiednio: § 32 dla gruntu oddanego w użytkowanie wieczyste, § 33 dla nieruchomości lokalowej, § 34 dla własnościowego spółdzielczego prawa do lokalu mieszkalnego i spółdzielczego prawa do lokalu użytkowego.

7 Dz.U. z 2003 r., nr 162 poz.1575 ze zm.

8 *Ibidem*, § 4

9 *Ibidem*, § 15 i 16

10 Ustawa z dnia 17 maja 1989 r. Prawo geodezyjne i kartograficzne zwana dalej: „UPGK” (Dz.U. z 2010 r., nr 193 poz.1287).

11 Cf. R. Strzelczyk, *Prawo Nieruchomości*, Warszawa 2012, s. 380.

12 Z kolei art. 6a ust. 4 UPGK przewiduje możliwość przekazania kompetencji w tym zakresie na wniosek gminy wójtowi (burmistrzowi, prezydentowi miasta) na podstawie porozumienia.

temat nieruchomości, które można podzielić na przedmiotowe i podmiotowe. Pierwsza kategoria obejmuje położenie, powierzchnię i inne szczegółowe dane faktyczne, jak również oznaczenia ksiąg wieczystych lub zbiorów dokumentów prowadzonych dla nieruchomości. Informacje podmiotowe to z kolei dane osobowe właściciela nieruchomości wraz z jego miejscem zamieszkania, zaś w wypadku gruntów państwowych i samorządowych, odpowiednio dane podmiotów, w których władaniu znajduje się nieruchomość lub jej część.

Zgodnie z art. 24 UPGK, nośnikiem obu kategorii informacji jest operat ewidencyjny, składający się z bazy danych prowadzonej w systemie informatycznym, map oraz zbioru dokumentów uzasadniającego wpisy w bazie danych. Z kolei wedle art. 20 ust. 2 UPGK dane zawarte w operacie ewidencyjnym są jawne i każdy może żądać ich udostępnienia. Wyjątek od tej zasady przewiduje art. 20 ust. 5 UPGK, zawierający zamknięty katalog podmiotów, którym udostępnia się dane podmiotowe oraz wydaje się w tym zakresie wypisy z operatu.

Aktualność informacji gromadzonych w ewidencji zapewniają postanowienia art. 22 ust. 2 oraz art. 23 UPGK. Pierwszy z nich nakłada na właścicieli oraz władających gruntami państwowymi i samorządowymi obowiązek zgłaszania wszelkich zmian danych objętych rejestrem w ciągu 30 dni od dnia ich powstania. Z kolei art. 23 UPGK nakazuje by organy administracji publicznej, sądy i kancelarie notarialne w terminie 30 dni przesyłały prowadzącemu ewidencję odpisy prawomocnych decyzji i orzeczeń oraz odpisy aktów notarialnych, z których wynikają zmiany danych objętych rejestrem.

Przepisy UPGK w zasadzie nie regulują zasad zakładania, prowadzenia i aktualizacji danych gromadzonych w ewidencji. Odpowiednie postanowienia zawiera rozporządzenie Ministra Rozwoju Regionalnego i Budownictwa w sprawie ewidencji gruntów i budynków¹³. Zgodnie z § 45 ust. 1 w zw. z § 46 ust. 1 Rozporządzenia aktualizacja danych następuje z urzędu lub na wniosek poprzez wprowadzenie udokumentowanych zmian do bazy danych ewidencyjnych. Dokumenty stanowiące podstawę wpisu praw na nieruchomości wskazane zostały w § 12 Rozporządzenia rozwijającego postanowienia art. 23 UPGK. W wypadku oznaczenia przebiegu granic działek ewidencyjnych i ich powierzchni, podstawy wpisu w ewidencji precyzuje § 36 Rozporządzenia, wskazując na dokumentację geodezyjną sporządzoną na potrzeby wymienionych w przepisie postępowań administracyjnych oraz sądowych.

Zgodnie z § 47 ust. 3 Rozporządzenia w przypadku, gdy aktualizacja operatu ewidencyjnego wymaga wyjaśnień zainteresowanych lub uzyskania dodatkowych dowodów, prowadzący rejestr przeprowadza w tym celu postępowanie administracyjne lub stosuje art. 22 ust. 3 UPGK. Ten ostatni przepis stanowi, że na żądanie starosty właściciele nieruchomości obowiązani są dostarczyć dokumenty geodezyjne, kartograficzne i inne

13 Dz.U. z 2001 r., nr 38 poz. 454.

niezbędne do wprowadzenia zmiany w ewidencji gruntów i budynków. Dokonanie zmiany w ewidencji gruntów może zatem nastąpić na podstawie decyzji administracyjnej albo w formie czynności materialnoteczniczej opartej na przepisie art. 22 ust. 3 UPGK w związku z § 48 ust. 1 Rozporządzenia. Na rozstrzygnięcia organu prowadzącego ewidencje przysługuje na zasadach ogólnych skarga do sądu administracyjnego.

Procedurę uzgadniania danych wpisanych w dziale I-O księgi wieczystej z ujawnionymi w ewidencji określają przepisy UKWH oraz k.p.c.¹⁴ dotyczące postępowania wieczystoksięgowego. Wobec wskazanych przepisów w orzecznictwie i doktrynie zdobył przewagę pogląd o niejednolitym charakterze prawnym wpisów w księdze wieczystej.

Istota podziału została najpełniej wyrażona w uchwale SN z dnia 20 września 1996 r.¹⁵ W jej uzasadnieniu SN wskazał, że natura księgi wieczystej wymaga odpowiedniego utrwalenia czynności zmierzających do osiągnięcia celów księgi, którymi są jawność dla nieograniczonego kręgu osób i ustalenie stanu prawnego nieruchomości¹⁶. Realizacja założeń następuje w drodze wpisów i wykreśleń danych. W języku potocznym „wpis” oznacza tyle, co wyrażenie myśli za pomocą widzialnego i trwałego systemu znaków. Na gruncie UKWH ustawodawca nadaje temu pojęciu szczególne, konwencjonalne znaczenie oraz różnicuje charakter prawny wpisów w zależności od skutku prawnego jaki wywierają. Jeżeli wpis nie prowadzi do ustalenia stanu prawnego nieruchomości, to wówczas jego znaczenie jest czysto formalne. Oznacza to, że należy rozpatrywać je wyłącznie w odniesieniu do formy i miejsca dokonania w księdze (np. niebędące orzeczeniami wzmianki o wnioskach i środkach odwoławczych). Z kolei wpisy ustalające stan prawny nieruchomości mają charakter materialnoprawnego rozstrzygnięcia istoty sprawy w znaczeniu art. 518 k.p.c.. W tym wypadku przez „wpis” należy rozumieć akt władczy rozstrzygający o prawie podmiotowym.

Wedle przeważającego poglądu¹⁷ cechy fizyczne nieruchomości składające się na jej oznaczenie w dziale I-O nie tworzą stanu prawnego, a jedynie służą identyfikacji nieruchomości, dla której prowadzona jest dana księga. Zgodnie z art. 27 UKWH, w razie niezgodności danych zawartych w oznaczeniu nieruchomości w księdze wieczystej z ujawnionymi w ewidencji, sąd prowadzący księgę dokonuje sprostowania na wniosek właściciela nieruchomości lub użytkownika wieczystego albo z urzędu, na podstawie informacji uzyskanej przez bezpośrednie sprawdzenie informacji w bazie danych ewi-

14 Dz.U. z 1964 r. nr 43 poz. 296, ze zm. Postępowanie wieczystoksięgowe regulują przede wszystkim art. 6261- 62613 k.p.c..

15 Uchwała SN, sygn. akt III CZP 104/96. W jej uzasadnieniu SN zajął stanowisko, że wpisy w dziale I-O mają charakter rozstrzygnięć merytorycznych, jednak w sposób usystematyzowany omówił pogląd przeciwny opierający się na wskazanym podziale.

16 *V.* art. 1 ust. 1 i 2 UKWH.

17 *Cf.* wyrok SN, sygn. akt III CZP 15/94; uchwała SN, sygn. akt III CZP 158/94, oraz zacytowane niżej orzeczenia sądów administracyjnych.

dencji lub zawiadomienia jednostki prowadzącej rejestr¹⁸. Wskazany przepis odnoszony jest w doktrynie do art. 62613 § 2 k.p.c., który przyznaje sądowi wieczystoksięgowemu kompetencję do dokonania z urzędu sprostowania usterek wpisu, które nie mogą wywołać niezgodności treści księgi wieczystej z rzeczywistym stanem prawnym. Zgodnie z dominującym poglądem, art. 27 UKWH stanowi względem art. 62613 § 2 k.p.c. *lex specialis*¹⁹.

Pewne wątpliwości wzbudza ograniczony katalog podmiotów uprawnionych do złożenia wniosku o sprostowanie na gruncie art. 27 UKWH. Należy jednak wskazać, że sąd wieczystoksięgowy może dokonać sprostowania z urzędu, zatem także na skutek zawiadomienia go o wadach oznaczenia przez podmioty niemające legitymacji do złożenia wniosku. Dlatego trudno przyjąć, że wskazany przepis chroni interesy uprawnionego z księgą w zakresie danych ujawnionych w dziale I-O.

Powyższe argumenty mają przemawiać za przyjęciem, że wpis w dziale I-O stanowi w istocie czynność techniczną, pozbawioną elementu materialnoprawnego rozstrzygnięcia o stanie prawnym nieruchomości, co nasuwa bardzo poważne wnioski procesowe. Nie jest zatem możliwe wytoczenie powództwa z art. 10 UKWH o uzgodnienie danych faktycznych ujawnionych w dziale I-O z rzeczywistym stanem prawnym²⁰, jako że go one nie tworzą. Kolejną konsekwencją jest przyjęcie, że w myśl art. 518 k.p.c. zaskarżenie takiego wpisu następuje w trybie zażalenia. Z tych samych przyczyn, nie jest możliwe wniesienie w sprawie o sprostowanie skargi kasacyjnej, skoro zgodnie z art. 5191 § 1 k.p.c. przysługuje ona jedynie od postanowień sądu drugiej instancji co do istoty sprawy²¹.

Należy wszakże wskazać, że w piśmiennictwie pojawiły się również głosy za przyjęciem zrelatywizowanego charakteru prawnego wpisów dotyczących oznaczenia nieruchomości w księdze wieczystej²². Wedle tego stanowiska mają one co do zasady charakter czynności technicznej i w tym zakresie powyższe uwagi zachowują aktualność. Jeżeli jednak ujawnienie danych faktycznych następuje jednocześnie z wpisem dotyczącym bezpośrednio prawa własności – na przykład w związku z wyodrębnieniem nowej nieruchomości albo scaleniem istniejących – to wówczas wpis stanowi nie tylko czynność techniczną, ale wywiera również skutek materialnoprawny. Podobny charakter mają te wadliwe wpisy w dziale I-O, z których treści wynika objęcie daną księgą wieczystą

18 Zgodnie z art. 27 ust. 4 UKWH, organy prowadzące ewidencje mają obowiązek zapewnić sądom wieczystoksięgowym prowadzącym księgi wieczyste w systemie informatycznym bezpłatny i bezpośredni dostęp do ewidencji za także za pośrednictwem systemu informatycznego.

19 Cf. S. Rudnicki, *Ustawa o księgach wieczystych i hipotece, Przepisy o postępowaniu w sprawach wieczystoksięgowych, Komentarz*, Warszawa 2009, s. 159 – 160.

20 *I*. wyrok SN, sygn. akt II CR 281/85.

21 *I*. postanowienie SN, sygn. akt II CKN 529/97.

22 Cf. P. Hoffmann, *Dane i informacje z ewidencji gruntów i budynków a księgi wieczyste*, „Rejent” nr 5, 2002, s. 99 i n.

stą odrębnej nieruchomości²³, poszczególnych działek ewidencyjnych²⁴ lub części innej nieruchomości²⁵.

We wskazanych przypadkach nie mają zastosowania opisane wyżej konsekwencje prawnoprocesowe. Będzie zatem możliwe wytoczenie powództwa o ustalenie treści księgi wieczystej z rzeczywistym stanem prawnym przez dokonanie odpowiedniej zmiany w dziale I-O²⁶. W tego typu wypadkach wpis zyskuje charakter rozstrzygnięcia merytorycznego w znaczeniu art. 518 k.p.c., zaś skarga kasacyjna będzie w tej sytuacji dopuszczalna na zasadach ogólnych²⁷. Omawiany pogląd znajduje jednak swe oparcie w przepisach cywilnego prawa materialnego, a nie regulacjach administracyjnoprawnej i postępowania cywilnego.

Wpis w dziale I-O a domniemanie prawne i rękojmia wiary publicznej ksiąg wieczystych

Wedle poglądu sformułowanego jeszcze na gruncie przepisów o księgach wieczystych zawartych w Dekrecie Prawo Rzeczowe²⁸, dotyczące praw ujawnionych domniemanie z art. 18 oraz rękojmia wiary publicznej ksiąg wieczystych z art. 20 i 23 nie obejmowały danych faktycznych wpisanych w oznaczeniu nieruchomości. Pewne wątpliwości budziło jednak literalne brzmienie art. 20 i 23 Dekretu. W obu przepisach posłużono się bowiem sformułowaniem „niezgodności treści księgi wieczystej z rzeczywistym stanem prawnym”, co mogło sugerować, że zakresem ich zastosowania objęto również dane faktyczne dotyczące nieruchomości.

Stefan Breyer wyraził w tym zakresie pogląd, że istnieją inne środki prawa cywilnego, które mogą chronić nabywcę nieruchomości w sytuacji niezgodności danych faktycznych ujawnionych w księdze wieczystej z rzeczywistością. Z kolei stosowanie do tego typu wypadków specyficznego instrumentarium wieczystoksięgowego uznał za nieadekwatne. Nie może przecież pomóc nabywcy w sytuacji, w której opisana w dziale I-O kamienica leży w gruzach albo rwący nurt rzeki uszczuplił powierzchnię nieruchomości.

23 *V. uchwała SN, sygn. akt III CZP 158/94 oraz aprobowana glosa A. Szpunara, Glosa do uchwały SN z dnia 27 grudnia 1994 r., III CZP 158/94*, „Rejent” nr 10, 1995, s. 89 i n.

24 *V. uchwała SN, sygn. akt III CZP 200/95.*

25 *V. postanowienie SN, sygn. akt II CKN 677/99, oraz postanowienie SN, sygn. akt V CSK 284/06.*

26 *V. uchwała SN, III CZP 200/95., oraz uchwała SN, sygn. akt III CZP 16/96.*

27 *V. postanowienie SN, sygn. akt I CKN 26/97.*

28 Dz.U. z 2001 r., nr 63, poz. 635). Dane ujęte w dziale I „Oznaczenie nieruchomości” określało rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 26 listopada 1946 r. o urzędzeniu i prowadzeniu ksiąg wieczystych (Dz.U. z 1946 r., nr 66, poz. 366).

Jego zdaniem należy wówczas odwołać się do pojęcia wady fizycznej rzeczy i odstąpić od umowy²⁹.

Podobne do wyżej omówionego stanowisko zajął Witold Prądzyński. Jego zdaniem, mechanizm rękojmi nie może dotyczyć danych faktycznych objętych księgą, np. tego, że nieruchomość jest niezabudowanym placem lub jeziorem. Z zakresu działania rękojmi autor wyłączył nawet budynki stanowiące przedmiot odrębnej własności, które zostały ujęte w oznaczeniu nieruchomości jako jej część składowa. Z drugiej strony uznał, że wskazana zasada doznaje wyjątku w zakresie konfiguracji nieruchomości wynikającej z opisu i planu objętych treścią księgi. Zdaniem autora, dane dotyczące obszaru nieruchomości określają przedmiot prawa, dlatego za zasadne uznał objęcie ich „osłoną” rękojmi³⁰.

Praktyka sądowa pokazała, że w rozciągnięciu działania domniemań i rękojmi na oznaczenie nieruchomości upatrywano przede wszystkim sposobu na stworzenie mechanizmu ochrony zakresu praw ujawnionych w księdze wieczystej, a zwłaszcza samego prawa własności. Doskonały przykład takiego myślenia stanowi postanowienie SN z dnia 18 listopada 1971 r.³¹. Zgodnie z zawartymi w uzasadnieniu ustaleniami, organy administracji przeprowadziły aktualizację pomiarów geodezyjnych nieruchomości objętych ewidencją. Na skutek popełnionych błędów, przebieg granic gospodarstwa rolnego oznaczono w ten sposób, że część zabudowań znalazła się poza nimi, co spotkało się ze sprzeciwem jego właściciela. SN orzekł, że sprostowanie oznaczenia nieruchomości w dziale I-O nie może prowadzić do zmiany jej stanu prawnego ujawnionego w księdze wieczystej, jeżeli nie wynika to z uzasadnionej podstawy prawnej, takiej jak prawomocne orzeczenia sądowe, decyzje administracyjne lub umowy. W przeciwnym wypadku prowadziłyby to do naruszenia zakresu praw ujawnionych w księdze wieczystej.

W głosie do tego postanowienia Breyer uznał stanowisko SN za dyskusyjne. Wskazał, że wpisy w dziale I-O księgi wieczystej nie są objęte domniemaniami i rękojmią, gdyż żaden opis nie będzie miał praktycznego znaczenia, jeżeli ujęte w nim budynki zostaną rozebrane albo powierzchnia ulegnie uszczupleniu na skutek oderwania części nieruchomości przez nurt rzeki. Zdaniem autora, przytoczony przez SN katalog podstaw prawnych odnosi się do samej własności nieruchomości, a nie ustalania jej powierzchni. W tym drugim zakresie wyłącznie miarodajne są dane ujawnione w ewidencji, które w razie niezgodności z działem I-O księgi wieczystej danej nieruchomości stanowią podstawę do sprostowania³².

29 S. Breyer, *Dział instrukcyjno-szkoleniowy. Wpisy w księgach wieczystych*, „Demokratyczny Przegląd Prawniczy” nr 9, 1948, s. 31 i n.

30 W. Prądzyński, *Rękojmia wiary publicznej ksiąg wieczystych*, „Nowe Prawo” nr 9, 1948, s. 221 i n.

31 Postanowienie SN, sygn. akt III CRN 338/71.

32 S. Breyer, *Glosa do postanowienia SN z dnia 18 listopada 1971 r.*, „Orzecznictwo Sądów Polskich” nr 1, 1973, poz. 5.

W UKWH kontrowersyjne sformułowanie o „niezgodności treści księgi” zastąpiono bardziej precyzyjnym pojęciem „stanu prawnego ujawnionego w księdze wieczystej”. Zmiana spotkała się z aprobatą doktryny. W szczególności Stanisław Rudnicki wskazał, że w ten sposób usunięto ostatecznie opisane wyżej wątpliwości, a nawet wyraził pogląd, że zmiana nie ma charakteru merytorycznego, gdyż rękojmia ze swej istoty może osłaniać wyłącznie stan prawny nieruchomości³³. Praktyka sądowa pokazała jednak, że nie rozstrzygnęło to ostatecznie kontrowersji w tym zakresie.

Istotę problemu doskonale obrazuje uzasadnienie wyroku SN z dnia 10 października 1985 r.³⁴ Zgodnie z ustalonym stanem faktycznym pierwotnie jednolita nieruchomość rolna z domem mieszkalnym została nieprawidłowo podzielona na dwie mniejsze w ten sposób, że wyznaczona linia podziału przechodziła środkiem pomieszczeń w budynku dzieląc go na równe połowy. Dla obu wyodrębnionych nieruchomości zostały założone księgi wieczyste, przy czym pierwsza według oznaczenia obejmowała niezabudowaną nieruchomość rolną, a druga nieruchomość rolną zabudowaną domem mieszkalnym. Następnie nieruchomości sprzedano, a nabywcy tej z nich, która miała obejmować dom wystąpili względem nabywcy drugiej z twierdzeniem, że budynek i grunt pod nim stanowi ich wyłączną własność ze względu na działanie rękojmiami. By je odeprzeć, nabywca drugiej z nieruchomości wystąpił do sądu z powództwem o uzgodnienie treści obu ksiąg wieczystych przez ujawnienie w nich okoliczności, że sporny dom jest objęty każdą z nich w 1/2. SN uznał, że treść oznaczenia nieruchomości w obu księgach wieczystych wskazująca na to, że dom jest objęty w całości jedną z nich nie podlega działaniu rękojmiami, bowiem tworzy jedynie stan faktyczny, a nie prawny. Z drugiej jednak strony wskazał, że w przedmiotowej sytuacji znalazła zastosowanie zasada *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet* oraz stwierdził, że powództwo o uzgodnienie jest niezasadne ze względu na niewykazanie interesu prawnego przez powoda.

SN przyjął podobny pogląd w uchwale z dnia 28 lutego 1989 r.³⁵, w której – udzielając odpowiedzi na pytanie prawne – zajął stanowisko, że rękojmia wiary publicznej ksiąg wieczystych nie obejmuje powierzchni nieruchomości. Tłem rozstrzygnięcia była sytuacja, w której małżeństwo nabyło nieruchomość składającą się wedle oznaczenia w księdze wieczystej z trzech działek geodezyjnych. Następnie osoba trzecia wystąpiła do sądu z wnioskiem o stwierdzenie, że na mocy ustawy o uregulowaniu własności gospodarstw rolnych³⁶ nabyła *ex lege* własność części przedmiotowej nieruchomości. SN uznał, że obszar należy do kategorii cech fizycznych nieruchomości, które nie tworzą jej stanu prawnego i służą jedynie indywidualizacji przedmiotu własności „w tym m. in. znaczeniu, że

33 S. Rudnicki, *Komentarz do ustawy o księgach wieczystych i hipotece*, Warszawa 2000, s. 33, cf. B. Jelonek-Jarco, *Rękojmia wiary publicznej ksiąg wieczystych*, Warszawa 2011, s. 93.

34 Wyrok SN, sygn. akt II CR 281/85.

35 Uchwała SN, sygn. akt III CZP 13/89.

36 *V.* art. 12 ustawy o uregulowaniu własności gospodarstw rolnych.

gdy chodzi o działanie rękojmi wiary publicznej ksiąg wieczystych przesądzą o tym, że dotyczy ona tej, a nie innej nieruchomości”. SN wskazał jednocześnie, że poszczególne działki ewidencyjne składające się na nieruchomość objętą księgą wieczystą nie mają samodzielnego bytu, dlatego nie podlegają działaniu rękojmi i domniemań i ich wyliczenie w dziale I-O nie chroni nabywcy.

Przytoczony pogląd spotkał się w doktrynie z różnymi opiniami. Elżbieta Skowrońska-Bocian, komentując pierwszą z uchwał, wskazała, że wyłączenie działania rękojmi w stosunku do powierzchni nieruchomości może prowadzić do tego, że nabywca w dobrej wierze stanie się właścicielem nieruchomości, której granice nie są jednoznacznie określone. Trudno zaś zgodzić się ze stanowiskiem, że powołując się na rękojmię można nabyć własność danej nieruchomości bez jej ścisłego oznaczenia, przez które autorka rozumie wyznaczenie na powierzchni gruntu przebiegu linii granicznych, co w konsekwencji determinuje także jej obszar³⁷. Z kolei Jerzy Ignatowicz wskazał, że ujawnione w dziale I-O dane faktyczne – jak obszar, położenie i sposób korzystania z nieruchomości – mają wyłącznie charakter informacyjny i nie łączą się z nimi żadne szczególne gwarancje, jakie zapewnia wpis prawa. Dlatego osoba trzecia – chociaż przez wzgląd na dobrą wiarę i odpłatność czynności prawnej nabywa na podstawie rękojmi prawo własności – nie może mieć pewności, że nieruchomość ma dokładnie taki obszar i położenie, jakie ujawniono w oznaczeniu w księdze wieczystej³⁸.

Ostatecznie w orzecznictwie i doktrynie przyjęło się stanowisko kompromisowe. W zależności od charakteru danych ujawnionych w oznaczeniu nieruchomości wyróżniono ich dwa rodzaje³⁹. Pierwszy z nich tworzą wpisy danych faktycznych, które ze swej istoty nie mają wpływu na kształtowanie stanu prawnego nieruchomości. Drugi rodzaj, dotyczący bezpośrednio praw w księdze ujawnionych, uznano za objęte działaniem rękojmi i domniemań. W praktyce wymagało to dokładnego rozgraniczenia w orzecznictwie obu rodzajów wpisów.

W uchwale z dnia 27 grudnia 1994 r⁴⁰, SN rozważał sytuację, w której dotychczas jednolitą nieruchomość podzielono na działki geodezyjne, a część z nich została potem wywłaszczona. Ponieważ jednak nie dokonano o tym odpowiednich wpisów w dziale I-O, dotychczasowi właściciele sprzedali nieruchomość zapewniając nabywców, że – zgodnie z wypisem z księgi wieczystej – należą do nich wszystkie wymienione w nim działki geo-

37 E. Skowrońska-Bocian, *Przegląd orzecznictwa SN z zakresu prawa rzeczowego za lata 1989-90*, „Przegląd Sądowy” nr 2, 1992, s. 64. Autorka wskazała, że uzasadnienie uchwały jest zbyt lakoniczne by można było sformułować pogląd co do prawidłowości rozstrzygnięcia sprawy, na tle której zapadła.

38 J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo rzeczowe*, Warszawa 2006, s. 340 – 341.

39 Cf. S. Rudnicki, *Komentarz...*, s. 37, B. Jelonek-Jarco, *op. cit.*, s. 95 oraz M. Boratyńska, *Położenie i obszar nieruchomości a rękojmia wiary publicznej ksiąg wieczystych cz. II*, „Nieruchomości” nr 8, 2000, s. 15 i n.

40 Uchwała SN, sygn. akt III CZP 158/94.

dezyjne. Następnie Skarb Państwa wystąpił z powództwem o uzgodnienie stanu prawnego ujawnionego w treści księgi wieczystej z rzeczywistym przez wpisanie aktualnych danych w oznaczeniu nieruchomości. SN uznał, że w przytoczonym stanie faktycznym, księga wieczysta, na skutek nieaktualnych danych w dziale I-O, obejmowała dwie odrębne nieruchomości powstałe na skutek wywłaszczenia. Dlatego wskazał, że spór dotyczy własności wywłaszczonej nieruchomości i rękojmia znajduje zastosowanie do oceny jej nabycia. Rozstrzygnięcie spotkało się z aprobatą Adama Szpunara, który w swej głosie wyraźnie podkreślił, że prowadzenie ksiąg wieczystych ma sens o tyle, o ile zachowana jest instytucja rękojmi. Z tego względu autor uznał za właściwe ściśle rozumienie pojęcia danych faktycznych, niekorzystających z jej dobrodziejstwa, a z uzasadnienia głosowanej uchwały ma wyraźnie wynikać taki kierunek wykładni art. 5 UKWH⁴¹.

Z kolei w uchwale z dnia 31 stycznia 1996 r.⁴², SN, udzielając odpowiedzi na pytanie prawne, zdecydował, że w sytuacji, w której część większych nieruchomości objęto dwiema księgami wieczystymi, to dopuszczalne jest, na podstawie art. 10 UKWH, uzgodnienie powstałego w ten sposób stanu prawnego jednej z ksiąg przez wykreślenie z niej wpisów dotyczących wyodrębnionych geodezyjnie działek. SN odstąpił tym samym od poglądu wyrażonego w omówionej wyżej uchwale z dnia 28 lutego 1989 r. Z uchwały z dnia 31 stycznia 1996 r. wynika, że tego typu wpis tworzy stan prawny nieruchomości. Rękojmia wiary publicznej znajduje zastosowanie do wymienionych w oznaczeniu nieruchomości działek geodezyjnych, z tym zastrzeżeniem, że ulega wyłączeniu w stosunku do tych z nich, które objęto więcej niż jedną księgą wieczystą⁴³. Podobny do powyższego pogląd, w stosunku do pomieszczeń stanowiących przynależność lokalu mieszkalnego, SN zajął w postanowieniu z dnia 17 listopada 2006 r.⁴⁴.

W tym miejscu należy szerzej odnieść się do kontrowersji dotyczącej znaczenia powierzchni nieruchomości. Warto zauważyć, że w nowszym orzecznictwie SN nie stosuje już w tym zakresie określenia „spór o powierzchnię”, zastępując go kryterium naruszenia cudzych praw przez treść wpisu w dziale I-O księgi wieczystej⁴⁵. Jak się wydaje, możliwe są wobec tego dwie sytuacje. Pierwsza dotyczy sprzecznych wartości liczbowych ujawnionych w oznaczeniu nieruchomości w księdze wieczystej na podstawie danych z ewidencji. Ich zmiana może nastąpić na skutek przeprowadzenia przez organ ewidencyjny nowych, dokładniejszych pomiarów, a następnie zawiadomieniu o jego ostatecznych wy-

41 A. Szpunar, *op. cit.*, s. 96.

42 Uchwała SN, sygn. akt III CZP 200/95.

43 K. uchwała SN, sygn. akt III CZP 70/03.

44 Postanowienie SN, sygn. akt IV CSK 284/06.

45 Dobry przykład tych tendencji stanowi postanowienie SN, sygn. akt I II CKN 677/99. SN w uzasadnieniu wskazał, że wpisy danych faktycznych w dziale I-O nie są objęte działaniem rękojmi, o ile nie godzą w prawo własności osoby wpisanej w dziale II tej księgi, a ujawnienie, że jedna z wchodzących w skład nieruchomości działek geodezyjnych stanowi drogę nie ma takiego charakteru.

nikach sądu wieczystoksięgowego. Rozpowszechniony zwyczaj kontraktowy wskazuje, że wartość nieruchomości ustala się przede wszystkim w oparciu o jej powierzchnię ujawnioną dziale I-O księgi wieczystej, dlatego naruszenie interesu właściciela będzie zazwyczaj polegało na wpisaniu mniejszych wartości niż dotychczas w nim ujęte⁴⁶. W wyroku SN z dnia 24 listopada 1997 r.⁴⁷ wskazano, że tego rodzaju wpisy nie tworzą stanu prawnego nieruchomości i mają charakter wyłącznie informacyjny. Dlatego w razie niezgodności z danymi zawartymi w ewidencji mogą być sprostowane na podstawie art. 27 UKWH także przez sąd wieczystoksięgowy.

W drugim ze wskazanych wypadków chodzi o spór dotyczący prawa własności części nieruchomości wyrażonej w jednostkach powierzchni. Ilustrację stanowi postanowienie z dnia 17 listopada 2006 r.⁴⁸. W uzasadnieniu SN wskazał, że dział I-O księgi wieczystej nie służy do ujawniania praw, lecz danych faktycznych dotyczących nieruchomości. Dlatego wpisy z tego działu nie są objęte domniemaniami i rękojnią, a w razie niezgodności z ewidencją mogą zostać sprostowane z urzędu na podstawie art. 27 UKWH. Jeżeli jednak wadliwość wpisu w dziale I-O jest tego rodzaju, że objęto nim część gruntu lub innej rzeczy, które nie należącą do uprawnionego z księgi wieczystej, lecz stanowią w rzeczywistości przedmiot cudzego prawa, to żądanie wykreślenia w dziale I-O dotyczy nie tylko sprostowania danych faktycznych, lecz zmierza do ustalenia zakresu prawa przysługującego uprawnionemu i odbywa się w trybie procesowym na podstawie art. 10 UKWH.

Należy wskazać, że Rudnicki, oceniając omówione wyżej tendencje w orzecznictwie, opowiedział się w wypadku drugiego rodzaju sporów za działaniem rękojmi tylko w odniesieniu do działek geodezyjnych składających się na daną nieruchomość⁴⁹. Autor konsekwentnie wskazał, że hipoteka ciąży na nieruchomości w jej granicach przestrzennych, oznaczonych w dziale I-O. Jeżeli do księgi wieczystej nie wpisano omyłkowo jednej z należących do nieruchomości działek geodezyjnych, to hipoteka ich nie obejmuje⁵⁰. W takiej sytuacji uprawniony z hipoteki ma interes prawny i będzie mógł wystąpić z powództwem z art. 10 UKWH.

46 Cf. wyrok WSA w Warszawie, sygn. akt IV SA/Wa 1455/10; wyrok NSA, sygn. akt I OSK 533/2007; wyrok WSA w Krakowie, sygn. akt III SA/Kr 740/2008; wyrok WSA w Krakowie wyrok NSA, sygn. akt III SA/Kr 970/2008. Przeciwna sytuacja może zaistnieć w wypadku pomiarów na potrzeby ustalenia wysokości należności podatkowych.

47 Wyrok SN wyrok NSA, sygn. akt II CKU 110/97, cf. postanowienie SN wyrok NSA, sygn. akt I CKN 26/97.

48 Postanowienie SN, II CKN 677/99.

49 S. Rudnicki, *Dwa problemy rękojmi wiary publicznej ksiąg wieczystych*, „Przegląd Sądowy”, nr 6, 2002, s. 8-9.

50 S. Rudnicki, *Komentarz...*, s. 329, oraz S. Rudnicki, *Ustawa o księgach wieczystych...*, s. 302 – 303. Cf. B. Jelonek-Jarco, *op. cit.*, s. 95, w zakresie działania rękojmi w stosunku do budynków stanowiących przedmiot odrębnej własności.

Z kolei Rafał Domański⁵¹ opowiedział się za pozbawieniem wpisów w dziale I-O jakiegokolwiek materialnoprawnego znaczenia. Wskazał, że nabywca powinien każdorazowo sprawdzić w ewidencji dane faktyczne opisujące nieruchomość i, choć nie jest on uprawniony do wystąpienia z wnioskiem o sprostowanie wpisu w dziale I-O, to jednak może osiągnąć ten skutek przez zawiadomienie sądu wieczystoksięgowego, który powinien podjąć działania z urzędu. Zatem – zdaniem autora – nabywca nie może działać w zaufaniu do danych faktycznych ujawnionych w księdze wieczystej.

Podsumowanie

W świetle omówionych wyżej poglądów orzecznictwa i doktryny, wydaje się uzasadnione postawienie tezy, że istotą sporu o prawny charakter danych faktycznych ujawnionych w dziale I-O jest kwestia tego, czy rękojnia chroni nabywcę jedynie w zakresie samego istnienia danego prawa oraz rzeczywistego braku uprawnienia ujawnionego w księdze, czy też swoim działaniem obejmuje również zakres tego prawa. Niezwykle istotna kwestia domniemań wieczystoksięgowych, których także dotyczy się wskazana kontrowersja, pozostaje niejako na marginesie omówionych wyżej poglądów.

W tym zakresie kluczowe jest ustalenie znaczenia pojęcia „stan prawny” użytego w art. 3 i 5 UKWH. Należy wskazać, że w literaturze i orzecznictwie brak jest prób jego dokładnego zdefiniowania⁵². Wydaje się jednak, że przebieg granic nieruchomości w przestrzeni – a zatem także jej położenie i powierzchnia – określają zakres praw ujawnionych w księdze wieczystej, przez co ich rola nie może zostać sprowadzona wyłącznie do identyfikacyjnej i informacyjnej funkcji. Za pomocą tych danych następuje współokreślanie pola prawnie dozwolonego działania uprawnionego z księgi wieczystej, wraz z jednoczesnym wskazaniem osobom trzecim zachowań, które będą stanowiły ingerencję w to prawo. Taki wniosek jest tym bardziej uzasadniony w świetle zasady ciążenia praw rzeczowych na całości nieruchomości, co wskazuje na objęcie wymienionych okoliczności zakresem pojęcia „stanu prawnego”.

W tym miejscu należy odnieść się do przytoczonych wyżej przykładów spalonej kamienicy i wyschniętego jeziora. Wydaje się, że odpowiedź na wskazaną przez Prądyńskiego kontrowersję stanowi zastosowane w art. 5 UKHW sformułowanie, iż treść księgi wieczystej „rozstrzyga na rzecz” nabywcy. Celem rękojmi jest bowiem dokładne rozgraniczenie zakresów nabytych odpłatnie i w dobrej wierze praw rzeczowych związanych z daną

51 R. Domański, *Czy istnieje możliwość nabycia nieruchomości gruntowej o cechach innych niż te, które wynikają z księgi wieczystej?*, „Rejent” nr 12, 2005, s. 61. Cf. R. Strzelczyk, *Prawo op.cit.*, s. 373. W prawie niemieckim podobny pogląd wyraził A. Wacke, *Münchener Kommentar. Sachenrecht*, t. 6, Monachium 2004, s. 296, *cit. per* B. Jelonek-Jarco, *op. cit.*, s. 93.

52 Cf. J. Ignatowicz, *op. cit.*, s. 338 i n. oraz S. Rudnicki, *Ustawa o księgach wieczystych...*, s. 22. Drugi z autorów lakonicznie stwierdza, że „stan prawny nieruchomości wynika z treści wpisów.” i przystępuje do omówienia poszczególnych praw, które można ujawnić w księdze wieczystej.

nieruchomością od tego typu praw innych podmiotów. Jeżeli zatem dany element stanu faktycznego nieruchomości nie istnieje (np. kamienica spłonęła, jezioro wyschło), to mechanizm rękojmi nie znajduje zastosowania ze względu na brak przedmiotu ewentualnego rozstrzygnięcia na rzecz nabywcy. Jakościowo inna jest sytuacja, w której wzmiankowany budynek, wedle treści księgi wieczystej, stanowi część składową gruntu, mimo że w rzeczywistości, na podstawie przepisów szczególnych, jest odrębną nieruchomością. W tym wypadku przedmiot prawa istnieje, dlatego konieczne jest ustalenie i rozgraniczenia sfery uprawnień względem niego, czyli jego „stanu prawnego”. Dlatego należy przyjąć, że rozstrzygająca będzie treść oznaczenia w dziale I-O, jako przypisująca własność budynku osobie ujawnionej w księdze jako właściciel nieruchomości, na której go posadowiono.

Kolejną kwestię stanowią domniemania wieczystoksięgowe. Zgodnie z art. 3 UKWH domniemywa się, że prawa jawne wpisane są zgodnie z rzeczywistym stanem prawnym, a wykreślone nie istnieją. Jak wynika z przepisu, domniemana te mają za przedmiot nie tylko samo istnienie prawa, ale obejmują także jego „stan”, czyli zakres, na który składają się również ewentualne obciążenia innymi prawami. Trudno za to przyjąć, by pojęcie „stanu prawnego” obejmowało swoim zakresem takie kwestie jak prawidłowość obliczenia ujawnionej w oznaczeniu nieruchomości powierzchni czy też samo istnienie budynków opisanych w dziale I-O. Tak samo jak w wypadku rękojmi, domniemanie dla swojego działania wymaga istnienia przedmiotu, który ma zostać nim objęty. Jeżeli opisane w księdze obiekty istnieją, wówczas domniemane pokryje kwestię ich własności i ewentualnych obciążeń. W przeciwnym wypadku rozgraniczanie uprawnień do przedmiotu nie byłoby możliwe ani potrzebne.

Rekapitułując powyższe rozważania, uprawnione wydaje się twierdzenie, że wpisy w dziale I-O księgi wieczystej mogą mieć dwojaki charakter. Gdy polegają wyłącznie na ujawnieniu danych faktycznych, które nie wyznaczają nawet pośrednio stanu prawnego nieruchomości, to zgodnie z art. 27 UKWH oraz art. 62613 § 2 k.p.c. podlegają sprostowaniu w trybie nieprocesowym, a sąd wieczystoksięgowy może tego dokonać także z urzędu. Odmienne kształtuje się sytuacja, gdy wpisy danych faktycznych są tego rodzaju, że wyznaczają zakres praw ujawnionych w pozostałych działach. Usunięcie niezgodności następuje wówczas w trybie procesowym, zaś sąd rozstrzygający sprawę – choć orzeka o nieprawidłowości dotyczącej wpisu prawa w dziale innym niż I-O – nakazuje jej usunięcie przez dokonanie odpowiednich zmian w treści oznaczenia nieruchomości.

SUMMARY

The legal nature and substantive consequences of the records in section ‘I- Identification of real estate’ in the mortgage register

The article deals with the controversies concerning the legal nature of the records in section ‘I- Identification of real estate’ in the mortgage register, which implicitly determine the reach of the rights disclosed in other sections, and may be of importance for both the legal presumptions pertaining to these rights and the principle of public credibility of the register. Having discussed the administrative regulation of the land and building register as well as procedural mechanisms for making records in section I of the mortgage register, the author continues to analyze the view of the doctrine on the legal importance of factual data in this section, divided according to their effect on the principle of public credibility and legal presumptions of the mortgage register.

KEYWORDS: mortgage register, section ‘I- Identification of a real estate’, land and building register, principle of public credibility of the mortgage register, legal presumptions of the mortgage register.

Poglądy doktryny prawa cywilnego i orzecznictwa na pojęcie błędu medycznego

Problematyka związana z pojęciem błędu medycznego, błędu lekarskiego, czy też błędu w sztuce lekarskiej od wielu lat stanowi jedną z osi dyskusji wśród przedstawicieli doktryny zajmujących się odpowiedzialnością cywilną. Nie pozostaje ona obojętna także dla przedstawicieli nauk medycznych, z którymi jest nierozzerwalnie związana. W przeszłości postrzeganie odpowiedzialności lekarza za błąd medyczny podlegało stopniowej ewolucji i choć wydaje się, że obecnie reprezentowany przez większość przedstawicieli jurysprudencji model jest optymalny, nadal występują rozbieżności w postrzeganiu samego problemu, a także klasyfikacji stanów faktycznych, które mogłyby zostać włączone w obręb jego pola semantycznego.

O tym, jak istotna dla świadomości społecznej jest prezentowana problematyka, świadczą badania¹ przeprowadzone na reprezentatywnej grupie 1094 dorosłych Polaków, wskazujące, iż co trzeci spośród badanych uważa, że spotkał się podczas leczenia z błędem czy też niezachowaniem należytej staranności w leczeniu. Jednocześnie większość (60% respondentów) wskazała, że w przypadku zaistnienia błędu medycznego lub niedbalstwa personelu w wyniku, którego ona sama lub osoba jej bliska doznałaby uszczerbku na zdrowiu, dochodziłaby odszkodowania na drodze postępowania sądowego. Nie jest to zadowalający wynik, co więcej, inne badania wskazują², że rocznie do polskich sądów wpływa ponad 2500 pozwów, w których pacjenci domagają się naprawienia szkody wynikłej z błędu lekarskiego, spośród nich jedynie 10% kończy się wyrokiem choćby w części uznającym żądania powoda. Ta ostatnia statystyka stanowi powód, dla którego tak istotne jest bliższe przyjrzenie się tej kategorii prawnej oraz próba usystematyzowania pojęć związanych z błędem medycznym, gdyż nie tylko w społeczeństwie, ale również środowisku prawniczym³ nie ma zgody, co do zakresu definicyjnego omawianej instytucji.

1 W. Derczyński, *Opinie o roszczeniach odszkodowawczych pacjentów*, „Prawo i Medycyna”, nr 8, t. 2, 2000.

2 A. Skrabucha, *Błąd lekarski w sądzie*, „Prawo i Medycyna”, nr 3, t. 12, 2010.

3 M. Legień, M. Kobek, *Problematyka błędu lekarskiego w ocenie sędziów i prokuratorów*, „Prawo

Rys historyczny instytucji błędu medycznego

Już w jednym z najstarszych źródeł prawa tzw. Kodeksie Hammurabiego pochodzącym z XVIII wieku p.n.e. mowa, że „Jeśli lekarz obywatelowi operację ciężką nożem z brązu wykonał i spowodował śmierć obywatela lub łuk brwiowy obywatela nożem z brązu otworzył i oka obywatela pozbawił, rękę mu utną”⁴. Nie tak daleko idące konsekwencje czekały lekarza, gdy w podobnym stanie faktycznym spowodował śmierć niewolnika – wówczas musiał jedynie naprawić jego właścicielowi doznaną przezeń szkodę i, w ramach restytucji naturalnej, świadczyć poszkodowanemu nowemu niewolnika. Z podobnym unormowaniem spotykamy się w Indiach, gdzie w zbiorze praw zwanych Księgą Praw Manu została uregulowana odpowiedzialność lekarza za popełnione błędy, a wysokość kar zależna była od przynależności kastowej, jak również w Egipcie, gdzie jednak stosowanie się do Księgi Tota, niezależnie od wyniku zabiegu, zwalniało lekarza z odpowiedzialności⁵. Wielką wagę do odpowiedzialności lekarza przywiązywali także starożytni Rzymianie. Doniosłą rolę odgrywała wśród nich ocena fachowości jego działania⁶. Z przywołanych przykładów wynika, że odpowiedzialność lekarza już od najdawniejszych czasów w leżała kręgu zainteresowań społeczeństw. Z samym pojęciem błędu (*Unkunst*) spotykać się można dopiero w *Constitutio Criminalis Carolina* z 1532 roku, gdzie działanie lekarza podlegało ocenie przez grupę specjalistów z dziedziny medycyny⁷.

Pamiętać należy jednak, że przez wieki uważano, że lekarz nie ponosi odpowiedzialności cywilnej za błąd medyczny, gdyż, jako że nie jest nieomylny, pewnych błędów nie będzie mógł uniknąć⁸. Poważniejsze dyskusje na temat błędu popełnionego przez lekarza skorelowane są z rozwojem medycyny w okresie XIX wieku. Wówczas to poznanie zasad anestezji i aseptyki oraz osiągnięcia nauk teoretycznych pozwoliły na objęcie leczeniem większej grupy chorób. Jeszcze w tym okresie pokutowało jednak pojmowanie medycyny jako sztuki (*ars medicum*), której uprawianie było możliwe, gdy postępowano zgodnie z regułami przyjętymi w danym cechu, dlatego też szeroko – zwłaszcza w doktrynie niemieckiej – posługiwano się pojęciem błędu w sztuce (*Kunstfehler*)⁹. Jednak to właśnie intensywny rozwój nauk medycznych od XIX w. doprowadził do dyskusji na temat odpowiedzialności lekarza za szkody wyrządzone przy leczeniu. Szybki postęp w tej dziedzinie zaowocował wiarą, że każde niepowodzenie w leczeniu musi być wynikiem

i Medycyna” nr 8, t. 2, 2000, s. 67 i nast.

4 Tekst *Kodeksu Hammurabiego* w tłumaczeniu M. Stępnia.

5 Z. Marek, *Błąd medyczny odpowiedzialność etyczno- deontologiczna i prawna lekarza*, Kraków 2007, s. 13.

6 M. Sośniak, *Cywilna odpowiedzialność lekarza*, Warszawa 1989, s. 64-65.

7 *Ibidem*, s. 65; Z. Marek, *op. cit.*, s. 14.

8 M. Nesterowicz, *Prawo medyczne*, Toruń 2010, s. 206.

9 K. Bączyk-Rozwadowska, *Błąd lekarski w świetle doktryny i orzecznictwa*, „Prawo i Medycyna”, nr 3/32, t. 10, 2008.

błędu lekarza, którego pojmowanie zwłaszcza w doktrynie niemieckiej obejmowało elementy obiektywnej sprzeczności działania lekarza z zasadami wiedzy medycznej oraz pierwiastki subiektywnego zawinienia (szerokie ujmowanie błędu lekarskiego)¹⁰.

W kierunku obiektywizacji odpowiedzialności

Z czasem doktryna oraz judykatura zaczęły dostrzegać, że w pracy lekarza istnieje pewien margines ryzyka, a zmiany w postrzeganiu jego odpowiedzialności doprowadziły do obiektywizacji pojęcia błędu medycznego, raczej asocjując go z uchybieniami regułom wykonywania zawodu czy ze sprzecznością działania z zasadami wiedzy medycznej¹¹. Współcześnie przyjmuje się wąski sposób pojmowania błędu medycznego, który dotyczy obiektywnej, niezależnej od cech konkretnej osoby sprzeczności zachowania lekarza z obowiązującymi regułami postępowania medycznego (*contra legem artis*). Doprowadziło to do oderwania subiektywnego elementu postępowania lekarza (winy) od omawianego pojęcia. Pełna obiektywizacja odpowiedzialności napotyka jednak określone trudności. Wszak nauka medycyny nie jest dana raz na zawsze, nie jest niezmienna, wręcz przeciwnie – ewoluje w niespotykanym wręcz tempie. Ocenia się¹², że cała nauka medycyny odnawia się średnio co 10 lat. Jest to pogląd wyrażony w latach osiemdziesiątych ubiegłego wieku, można więc postawić tezę, że w przeciągu owych 10 lat w niektórych gałęziach medycyny może zajść kilka nie tyle nawet zmian ewolucyjnych, co wręcz rewolucji w technikach leczenia czy diagnozy.

Najoczywistszą odpowiedzią na pytanie o powiązanie rozwoju medycyny z odpowiedzialnością cywilną lekarzy jest stwierdzenie, wedle którego przedstawiciele profesji medycznych powinni stosować się do środków powszechnie uznanych oraz odrzucić te, które wyszły z użycia. Jednak – tak jak w nauce prawa – również w naukach medycznych doktryna niejednokrotnie nie jest jednolita w swoich poglądach – zwłaszcza w stosunku do metod nowych, jednak już coraz powszechniej stosowanych. Poza tym rodzi się pytanie, jak traktować zabiegi tylko częściowo zarzucone, co do których część lekarzy przedstawia swoją negatywną opinię, a część trwa przy ich stosowaniu. Wydaje się zasadne, by w toku oceny decyzji podjętej przez lekarza bezwzględnie stosować miarę stanu wiedzy dostępnej mu w momencie podjęcia określonej decyzji. Przeciwna propozycja, według której sąd powinien podejmować się oceny działania lekarza w oparciu o stan wiedzy medycznej z momentu orzekania, byłaby wobec lekarza niesprawiedliwa zwłaszcza, gdy metoda zastosowana przez lekarza została w czasie trwania procesu zdyskredytowana. Argumentem przemawiającym za przyjęciem takiej perspektywy jest czas trwania postępowań w „sprawach lekarskich”. Średni okres docho-

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ Z. Marek, *op. cit.*, s. 15.

¹² M. Sośniak, *Cywilna odpowiedzialność lekarza*, Warszawa 1989, s. 71.

dzenia roszczeń w takich procesach sądowych, przy założeniu dwuinstancyjnego postępowania oraz nie przekazania sprawy do ponownego rozpatrzenia lub wniesienia skargi kasacyjnej, trwa średnio 4 lata. Gdy natomiast postępowanie dotyczy błędu medycznego, czas ten wydłuża się nawet do 10 lat¹³. Jest to okres, w którym może się zająć taka zmiana w medycynie, która doprowadzi do sytuacji, w której metoda zastosowana przez lekarza, będąca wówczas powszechnie w użyciu stanie się przestarzała, a wręcz może zacząć panować przekonanie o jej niebezpieczeństwie dla zdrowia i życia pacjentów.

Na pytanie, jak natomiast przedstawia się problematyka użycia nowatorskiej metody, której zastosowanie powiodło się, jednak w momencie podjęcia leczenia nie była powszechnie uznaną, odpowiedź znaleźć można w przepisach ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentystry oraz Kodeksu Etyki Lekarskiej dotyczących eksperymentu leczniczego (klinicznego). Podstawowy w przedmiotowym zakresie jest art. 21 ust. 2 Ulek stanowi, że:

Eksperymentem leczniczym jest wprowadzenie przez lekarza nowych lub tylko częściowo wypróbowanych metod diagnostycznych, leczniczych lub profilaktycznych w celu osiągnięcia bezpośredniej korzyści dla zdrowia osoby leczonej. Może on być przeprowadzony, jeżeli dotychczas stosowane metody medyczne nie są skuteczne lub jeżeli ich skuteczność nie jest wystarczająca.

Następne przepisy Ulek doprecyzowują kwestie związane z udzieleniem pisemnej zgody pacjenta na przeprowadzenie eksperymentu oraz wyrażeniu pozytywnej opinii komisji bioetycznej o projektowanym eksperymentie oraz związane z eksperymentem dokonywanym na kobiecie ciężarnej. Jednak przepisem mającym niebagatelne znaczenie dla odpowiedzialności cywilnej w tym wypadku jest art. 22 Ulek, który formułuje zasadę proporcjonalności zagrożenia do spodziewanych efektów, którą to zasadę doprecyzowują przepisy deontologiczne (art. 42 i 42a KEL), stawiające lekarzowi wymóg, że powinien być on przeświadczony, iż eksperyment przyniesie pacjentowi korzyści oraz że nie naraża go na ryzyko większe niż to, jakie grozi mu bez przeprowadzenia eksperymentalnego leczenia. Zgodzić należy się jednak z twierdzeniem, że w przypadku eksperymentów klinicznych, gdy stanowią one ostatnią szansę dla pacjenta na uratowanie życia, potencjalne ryzyko może być wyższe, a prawdopodobieństwo korzyści nawet niewielkie, jeśli inne metody i środki są nieskuteczne, a pacjentowi w niedługim czasie grozi śmierć¹⁴. Z uwag tych wynika, że działanie lekarza, które zadość czyni wszystkim wymogom określonym w Ulek i KEL, nie może być rozpatrywane, jako działanie w ramach błędu medycznego w zakresie wcześniej przytoczonym.

13 Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta.

14 M. Nesterowicz, *op. cit.*, s. 217.

Definiowanie błędu medycznego

Dotychczas nie została sformułowana normatywna definicja błędu medycznego. Nie jest to także pojęcie ustawowe, stąd też różni autorzy inaczej definiują omawianą instytucję. W literaturze można spotkać się nadal z określeniem „błąd sztuki lekarskiej”, jednak najszerzej rozpowszechnione są obecnie pojęcia błędu medycznego oraz lekarskiego, za stosowaniem których należy się opowiedzieć. W odniesieniu do samych prób definicyjnych, należy zauważyć, że doktryna oraz orzecznictwo znaczenie błędu medycznego ujmują nie tylko od strony pozytywnej, wskazując jego zakres, ale także negatywnej wymieniając, jakie stany faktyczne nie wchodzą w jego pole semantyczne.

Prób skonstruowania definicji po II wojnie światowej podjął się w Polsce SN. Nakreślił ją w dwóch wyrokach¹⁵. W pierwszym z nich (wyrok karny) SN podkreślił, że medycyna należy do nauk przyrodniczych i nie można jej ujmować, jako sztuki, a lekarza, jako *suigeneris* artysty. Do uprawiania medycyny nie są niezbędne specyficzne umiejętności i talenty, a jedynie wiedza i zdolności „rzemieślnicze” (jak w przypadku np. chirurgii, wymagającej niemałych zdolności manualnych). Drugi spośród wyżej przywołanych wyroków (cywilny) zawiera definicję omawianego pojęcia:

Błędem w sztuce lekarskiej jest czynność (zaniechanie) w zakresie diagnozy i terapii, niezgodna z nauką medycyny w zakresie dla lekarza dostępnym. Zaniedbania lekarza w zakresie otoczenia chorego opieką oraz w zakresie organizacji bezpieczeństwa higieny i opieki nad chorym nie są błędem w sztuce lekarskiej¹⁶.

W sprawie tej SN odrzucił traktowanie jako błędu lekarskiego dopuszczenie do przekroczenia dopuszczalnej dawki promieniowania RTG i uznał, że jest to zaniedbanie, które nie powinno się przytrafić lekarzowi, jednak nie znajduje ono oparcia w naruszeniu zasad wiedzy medycznej i tym samym nie może być traktowane w kategorii błędu, gdyż stwierdzenie zajścia w tym przypadku uchybienia nie wymaga nawet wiadomości specjalnych. Zważyć należy także na słuszne w mojej ocenie spostrzeżenie SN, który ograniczył pojęcie błędu medycznego do sytuacji, w których lekarz nie zastosuje się do wymagań wiedzy medycznej w zakresie dla niego dostępnym. Nie ulega wątpliwości, że celem Sądu nie było w ograniczenie wymogu dokształcania się lekarzy czy pogłębiania zdobytej wiedzy. Nie można jednak oczekiwać, że każdy lekarz zna wyniki każdego przeprowadzonego badania nawet w dziedzinie, w której się specjalizuje. Można, więc zgodzić się, że obowiązek fachowości ogranicza się do zastosowania tych metod, które są powszechnie znane i uznawane za sprawdzone w określonych wypadkach. Powołane orzeczenie prowadzi także do konkluzji, że z zakresu znaczeniowego pojęcia błędu me-

15 Wyrok SN, sygn. akt II K 811/53 oraz Wyrok SN, sygn. akt IV CR 39/54.

16 Wyrok SN, sygn. akt IV CR 39/54.

dycznego wyłączone są zaniedbania o charakterze technicznym lub organizacyjnym. Przytoczone orzeczenia, pomimo swojej leciwości, pozostają nadal aktualne w zakresie, w jakim definiują pojęcie błędu medycznego. W związku z powyższym, podkreślenia wymaga, że nie każde niepowodzenie w leczeniu prowadzić będzie do objęcia go zakresem definicji błędu medycznego, a jedynie takie, które jest wynikiem nie zastosowania się do aktualnych zasad wiedzy medycznej. Zgodzić się należy z konstatacją, że samo stwierdzenie zachodzenia błędu lekarskiego nie prowadzi do przypisania odpowiedzialności cywilnej lekarzowi ze względu na to, że odnosi się on jedynie do oceny obiektywnej sfery działania lekarza (bezprawności) w tym jego fachowości¹⁷. Aby skutecznie dochodzić od lekarza lub podmiotu prowadzącego działalność leczniczą odszkodowania, niezbędne jest wykazanie pozostałych przesłanek odpowiedzialności, tj. zawinienia lekarza, wystąpienia oraz wysokości szkody, a także zachodzenia związku przyczynowego.

Komentarza wymaga wspomniane wcześniej konstruowanie definicji negatywnych błędów medycznych, które ze swojej kazuistycznej natury są nadzwyczaj obszerne. Wielość stanów faktycznych, mogących posłużyć, jako przykłady dla zilustrowania omawianego rodzaju definicji, prowadzi do zaprezentowania tych najbardziej transparentnych. Pierwszym z nich jest podany powyżej przykład zaniedbania opieki chorego poprzez przekroczenie czasu naświetlania go promieniami RTG, uznane przez SN za zaniedbanie ze strony lekarza. Nie jest także błędem lekarskim spowodowanie na salę operacyjną nie tej pacjentki, która powinna być operowana, w wyniku, czego przeprowadzona została operacja usunięcia macicy na przypadkowej kobiecie¹⁸. SN stwierdził przypadek zaniedbania o charakterze organizacyjno-administracyjnym. Nie są również uważane za błędy medyczne tzw. *spongecases*, tj. pozostawienie w polu operacyjnym ciał obcych¹⁹ np. kompresów, tamponów, chust oraz narzędzi chirurgicznych (najbardziej spektakularny przypadek dotyczył pozostawienia w ranie pooperacyjnej szczypiec chirurgicznych mających 17 cm długości oraz 8 cm szerokości przy uchwycie²⁰). SN oraz doktryna²¹ w takich przypadkach kwalifikuje działanie lekarza jako niedopełnienie obowiązku staranności i ostrożności ciężącej nie tylko na lekarzu, jako profesjonalście. Niekiedy sądy kwalifikują takie wypadki, jako winę w organizacji szpitala²². Zgodzić się należy natomiast, że oceny takich wypadków należy dokonywać *ad casum*, gdyż może zdarzyć się sytuacja, w której pozostawienie ciała obcego w organizmie będzie pokłosiem nieodpowiedniego jego używania, czego konsekwencją może być np. ułamanie jego fragmentu i pozostawienie w powłokach skóry²³.

17 M. Sośniak, *op. cit.*, s. 63.

18 Wyrok SN, sygn. akt C 584/52, LEX 308493.

19 K. Bączyk-Rozwadowska, *op. cit.*

20 M. Nesterowicz, *op. cit.*, s. 203.

21 *Ibidem* s. 204, K. Bączyk-Rozwadowska, *op. cit.*

22 Wyrok SO we Wrocławiu, sygn. akt I C 708/96.

23 K. Bączyk-Rozwadowska, *op. cit.*

Na marginesie podkreślić należy, że przypadki pozostawienia ciał obcych w organizmie stanowią domniemane niedbalstwo lekarza. W orzeczeniu SN²⁴ odnoszącym się do odpowiedzialności za pozostawione w ranie ciało obce (kompres gazowy) wskazuje także na to, że błędem lekarskim nie jest również niezachowanie zasad aseptyki, stwierdzając:

Nie można, bowiem zaliczyć do błędów w sztuce lekarskiej zaniedbania polegającego na naruszeniu obowiązku stosowania przy dokonywaniu operacji elementarnych zasad aseptyki, której zachowanie jest kardynalnym obowiązkiem całego personelu zatrudnionego przy przeprowadzaniu zabiegów chirurgicznych, a przy tym nie wymaga posiadania specjalnych wiadomości ani nie może nasuwać przy jej stosowaniu najmniejszych wątpliwości tak natury praktycznej, jak i teoretycznej, podobnie jak nie stanowiłoby błędu w sztuce lekarskiej podanie pacjentowi trucizny zamiast lekarstwa²⁵.

Nie są także błędami medycznymi omyłki o charakterze technicznym lub organizacyjnym np. dokonanie transfuzji nieodpowiedniej grupy krwi czy niewłaściwe umiejscowienie zastrzyku²⁶. Doktryna²⁷ wymienia także inne przypadki, które nie powinny zostać zaliczone do błędów medycznych, takie jak: niedokładne lub niewystarczające pouczenie chorego, co do dawkowania leku, omyłkowa zamiana zdjęć RTG pacjentów czy przekroczenie obowiązującego lekarza lub personelu medycznego regulaminu szpitala. Wyliczenie to nie ma charakteru enumeratywnego, daje on jednak obraz tego, jakie czynności nie są uznawane za błąd medyczny i mogą być podstawą do wyciągania wniosków podczas oceny konkretnego stanu faktycznego.

Klasyfikacje błędów medycznych

Doktryna wypracowała dwa zasadnicze podziały błędów medycznych. Pierwszy z nich – szerzej uznawany²⁸ – za kryterium podziału przyjmuje czynności, które doprowadziły do powstania błędu. W ramach tego podziału wyróżnia się błąd diagnostyczny, terapeutyczny oraz mający mniejsze znaczenie błąd rokowań. Drugi podział, odnoszący się do kryterium przedmiotowo-podmiotowego, tj. dotyczący osób dokonujących czynności oraz jednocześnie ich rodzaju, został przyjęty np. przez Zdzisława Marka²⁹. Wyróżnia on błędy decyzyjne, wykonawcze, organizacyjne oraz opiniodawcze. Zgodzić

24 Wyrok SN, sygn. akt I CR 435/66.

25 Wyrok SN, sygn. akt I CR 435/66.

26 K. Bączyk-Rozwadowska, *op. cit.*

27 *Ibidem*, M. Nesterowicz, *op. cit.*, s. 207.

28 M. Nesterowicz, *op. cit.* s. 208 i nast., M. Sośniak, *op. cit.*, s. 78 i nast.

29 Z. Marek, *op. cit.*, s. 77 i nast.

należy się z tym, że klasyfikacje te nie mają charakteru dychotomicznego i w dużym zakresie się pokrywają³⁰. W dalszej części publikacji przybliżony zostanie pierwszy podział, który wydaje się lepiej oddawać ideę błędu medycznego i tylko krótka wzmianka nakreśli, jakie wypadki wchodzą w zakres poszczególnych elementów podziału w ramach drugiej z wyżej wymienionych propozycji.

Błąd diagnostyczny jest stosunkowo często spotykany w praktyce leczniczej, zwłaszcza w takich gałęziach medycyny jak chirurgia, ginekologia, urologia, kardiologia czy onkologia³¹. Błąd popełniony na etapie diagnozy prowadzić będzie do błędnego leczenia, a także prognozy oznacza to, że jego skutki są bardzo daleko idące i mogą prowadzić do szczególnie ciężkich szkód. Ten rodzaj błędu może zajść w przypadku, gdy lekarz oprze swoją diagnozę na mylnych przesłankach i może polegać na nierozpoznananiu rzeczywistej choroby, rozpoznaniu innej (błąd negatywny) albo na rozpoznaniu, że pacjent cierpi na określoną chorobę, podczas gdy jest on zdrowy (błąd pozytywny)³². W literaturze spotkać można się ze stwierdzeniem³³, że błąd diagnostyczny jest, co do zasady spowodowany niezachowaniem należytej staranności przez lekarza, a tym samym zawiniony.

Przykładów błędów diagnostycznych w orzecznictwie jest, niestety, bardzo wiele. Aby lepiej nakreślić tę problematykę, przedstawione zostaną dwa przypadki, które pojawiły się w orzecznictwie. Pierwszy spośród nich to przykład typowego błędu diagnostycznego, natomiast drugi jest interesującym przypadkiem, w którym błąd diagnostyczny nie doprowadził do nieodpowiedniego leczenia czy cierpienia fizycznych, ale jego efektem była krzywda i cierpienia psychiczne pacjentki. Wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach³⁴ zapadł w oparciu o następujący stan faktyczny: na Oddział Chirurgii Ogólnej Szpitala Górniczego w Z. zgłosił się powód, wobec którego przeprowadzono typowe dla jego objawów (dolegliwości ze strony dolnego odcinka przewodu pokarmowego) badania, natomiast w celu potwierdzenia postawionej diagnozy dokonano biopsji bańki odbytnicy do badań histopatologicznych, która okazała się wolna od zmian patologicznych. Jednak sekretarka medyczna, wprowadzając ten wynik do bazy danych, dopisała także rozpoznanie dotyczące innego pacjenta – rak drobnokomórkowy. Na podstawie diagnozy zawartej w komputerowej bazie danych przeprowadzono u pacjenta operację wycięcia dolnego odcinka jelita grubego wraz z bańką odbytu oraz zwieraczami odbytu. Sąd Okręgowy stwierdził, że w wyniku popełnionego błędu diagnostycznego została przeprowadzona oczywiście zbędna, bardzo poważna operacja. W toku postępowania biegli orzekli, że nie była to operacja nagła, że był czas na odbycie wymaganych konsultacji, a wyniki znajdujące się w bazie danych nie dość, że się wzajemnie wykluczały, to jeszcze

30 K. Bączyk-Rozwadowska, *op. cit.*

31 M. Nesterowicz, *op. cit.*, s. 210, K. Bączyk-Rozwadowska, *op. cit.*

32 M. Nesterowicz, *op. cit.*, s. 209.

33 *Ibidem.*

34 Wyrok SO w Katowicach, sygn. akt II C 911/01/5.

mogły zostać potraktowane jedynie jako wyniki wstępne, wymagające dalszych badań. Sąd, biorąc pod uwagę całokształt sprawy, w tym wiek powoda (34 lata), potrzebę dokonania stomii oraz idące za tym konsekwencje społeczne oraz reperkusje psychiczne, jakie wywarł zabieg na młodym, sprawnym wcześniej człowieku, zasądził na jego rzecz kwotę 300 000 zł zadośćuczynienia oraz 700 zł renty miesięcznej. Zgodzić należy się z glosą³⁵ do przytoczonego orzeczenia aprobującą przedmiotowy wyrok: lekarze wykazali się rażącym wręcz brakiem staranności i przezorności, na co nałożył się błąd techniczny sekretarki medycznej, który jednak nie może w żadnym wypadku usprawiedliwiać tak drastycznych kroków podjętych przez lekarzy. Warto podkreślić także, że nawet, jeżeli okazałoby się, że diagnoza była poprawna w przedmiotowej sprawie, to według oceny Krajowego Konsultanta ds. Patomorfologii zakres operacji był zdecydowanie zbyt szeroki.

Drugi wyrok – tym razem SN³⁶ – dotyczy zupełnie innego przypadku. W przedmiotowej sprawie powódka domagała się zadośćuczynienia za cierpienia psychiczne związane z błędem diagnostycznym. W ciągu niecałego miesiąca miała ona przeprowadzane dwa zabiegi wyłyżeczkowania macicy w celu usunięcia resztek doczesnych po poronieniu. Pierwszy zabieg, jak się okazało, nie doprowadził do całkowitego usunięcia resztek doczesnych, co nastąpiło dopiero w trakcie drugiego zabiegu. Jednakże przed jego dokonaniem, w wyniku badania USG, została u powódki stwierdzona dobrze rozwijająca się około sześciotygodniowa ciąża. Błąd diagnostyczny polegał na orzeczeniu o wystąpieniu ciąży jedynie na podstawie badania USG – które według opinii biegłych mogło mieć jedynie charakter wstępny – oraz wdrożenia leczenia mającego na celu podtrzymanie ciąży *de facto* nieistniejącej. Stopień nekrotyzacji resztek doczesnych usuniętych podczas drugiego zabiegu był wystarczającym dowodem, na to, że w dniu badania ultrasonograficznego powódka nie mogła być w ciąży. Sam pierwszy zabieg nie był przeprowadzony nieprofesjonalnie, gdyż przeprowadza się go bez kontroli wzrokowej i nie można w związku z tym wykluczyć, że jakaś część endometrium pozostanie nieusunięta – jest to ryzyko związane z zabiegiem. Powódka podnosiła, że cierpienia psychiczne związane były z fałszywą nadzieją na urodzenie dziecka po tym, jak pierwsze straciła. SN uznał, że rozchwianie emocjonalne i cierpienia psychiczne spowodowane udzielaniem pacjentce w wyniku błędów diagnostycznych, sprzecznych informacji o stanie zdrowia i podejmowaniem wykluczających się wzajemnie metod leczniczych mogą być uznane za wywołanie rozstroju zdrowia, pomimo ich przemijającego charakteru i daje podstawę do przyznania powódce zadośćuczynienia.

Drugim rodzajem błędu jest błąd terapeutyczny, zachodzący w przypadku wyboru niewłaściwej metody lub wadliwego sposobu leczenia (np. zapisanie nieodpowiedniego leku lub brak pouczenia o jego stosowaniu, zaniechanie skierowania chorego do szpitala

35 M. Nesterowicz, Glosa do wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 12 grudnia 2003 roku, sygn. akt II C 911/01/5.

36 Wyrok SN, sygn. akt V CKN 909/00.

lub wykonanie zabiegu nieuzasadnionego z punktu widzenia medycznego), niewłaściwie przeprowadzonej operacji, poszerzenia pola operacyjnego bez uzasadnienia, podjęcie zabiegu pomimo przeciwwskazań lekarskich, zastosowanie zarzuconej metody leczniczej (przykładem może być stosowanie przy porodzie zabiegu Kristellera³⁷) etc³⁸. Część doktryny³⁹ wyróżnia w ramach błędu terapeutycznego błąd operacyjny (jest to związane z ich wagą), które grożą najdalej idącymi powikłaniami.

Również i w tym wypadku orzecznictwo jest bardzo bogate w przykłady błędów terapeutycznych. Dwa, które posłużą za ilustrację dla omawianej kategorii, należą do gałęzi medycyny, w jakich błędy zdarzają się stosunkowo często i w wielu przypadkach ich skutki są bardzo daleko idące – tj. położnictwie i chirurgii.

Pierwsza sprawa⁴⁰ dotyczyła decyzji lekarza o dalszym prowadzeniu porodu siłami natury, podczas gdy zaszły przesłanki dokonania zabiegu cesarskiego cięcia. Cięża, której dotyczy przedmiotowe orzeczenie, nie była w momencie przyjmowania ciężarnej do szpitala obciążona żadnymi wadami rozwojowymi. Jednak w trakcie trwania akcji porodowej kardiotorakografia (tj. badanie akcji serca płodu) z wskazywała na rosnącą potrzebę gotowości operacyjnej w celu przeciwdziałania przedłużającemu się porodowi. Po około siedmiu godzinach od rozpoczęcia porodu kardiotorakografia miała już charakter patologiczny. Pomimo to, prowadząca poród lekarz nie zdecydowała się na zabieg cesarskiego cięcia, co doprowadziło do przedłużenia akcji porodowej o dalsze dwie i pół godziny. Aby lepiej zrozumieć, jakie reperkusje miała ta decyzja lekarza prowadzącego, warto przytoczyć fragment orzeczenia opisujący to, w jakim stanie znajduje się powód:

Po urodzeniu u małoletniego powoda stwierdzono ciężką postać okołoporodowej encefalopatii niedotlenieniowo-niedokrwiennej. Jako następstwo tej encefalopatii rozpoznano u małoletniego mózgowe porażenie dziecięce. Silniejsze nasilenie porażenia w lewej połowie ciała powoduje trwałą asymetrię ułożenia ciała małoletniego. Dziecko ma też bardzo znaczne małowłowie, co świadczy o bardzo dużym uszkodzeniu mózgu. Główka małoletniego powoda jest zniekształcona, z wybitnie zmniejszoną częścią czołową. Dziecko ma też uszkodzoną drogę wzrokową. Nie skupia wzroku ani na twarzach rodziców, ani na przedmiotach. Potrafi jedynie różnicować jasność i ciemność. Nie rozwinął mowy czynnej (mówienia) i biernej (rozumienie mowy). Reaguje jedynie na intonację głosu i dotyk. Nie wykonuje prawie żadnych samodzielnych ruchów. Ułożony na plecach, leży ze zgiętymi kończynami górnymi i dolnymi, skręcony w lewą stronę⁴¹.

37 Wyrok SO w Katowicach, sygn. akt II C 844/01/5.

38 M. Nesterowicz, *op. cit.*, s. 212-213.

39 M. Sośniak, *op. cit.*, s. 93 i nast.

40 Wyrok SA w Lublinie, sygn. akt I ACa 576/01.

41 *Ibidem*.

Lekarka nie przeniosła akcji porodowej do ośrodka mającego większe możliwości diagnostyczne zgodnie z zaleceniami trójstopniowej opieki położniczej i to pomimo wystąpienia w pierwszej fazie porodu objawów jednoznacznie świadczących o zagrażającej wewnątrzmacicznej zamarłowicy płodu wynikającej z jego niedotlenienia. Według powołanych w sprawie biegłych, przebieg zabiegu nie był zgodny z zasadami wiedzy medycznej i w związku z tym może zostać zakwalifikowany jako błąd lekarski. Na marginesie przedmiotowego orzeczenia została podniesiona również kwestia wadliwej organizacji oddziału położniczego, co również miało wpływ na powstanie i wysokość szkody małoletniego. Sąd Apelacyjny nie miał wątpliwości, co do odpowiedzialności pozwanego – zwłaszcza, że z zebranego materiału dowodowego wyraźnie wynikało rażące niedbalstwo lekarza – i zasądził 200 000 zł zadośćuczynienia, 22 000 skapitalizowanej renty oraz 1000 zł renty miesięcznie. Omówiony wyrok pokazuje, jak daleko idące są niejednokrotnie decyzje, które podejmuje lekarz i jakim zaufaniem pacjenci muszą go obdarzyć.

Drugie orzeczenie⁴² wydane przez Sąd Okręgowy w Bydgoszczy dotyczy zabiegu dokonania oczywiście zbędnej operacji amputacji obu piersi pacjentki. W sprawie tej powódka rozpoznała u siebie zgrubienia prawej piersi. Zaniepokojona tym faktem, zgłosiła się do szpitala, gdzie dokonano badania USG i pobrano wycinek do dalszych badań, których wynikiem było rozpoznanie gruczolaka-włókniaka i dysplazji łagodnej sutka prawego. Lekarz prowadzący poinformował pacjentkę, że wynik ten jednoznacznie wskazuje na nowotwór i tylko szybka amputacja piersi da jej szansę wyleczenia. Obiecał jednak, że skonsultuje się z lekarzem onkologiem, czego nie uczynił, jednocześnie wprowadzając pacjentkę w błąd, co do tego faktu. Po przeprowadzeniu pierwszej amputacji, dokonana została w niedługim czasie druga. Diagnozę o przerzutach nowotworu do piersi lewej ten sam lekarz postawił w oparciu jedynie o badanie palpacyjne. Prawdziwy stan zdrowia powódki wyszedł na jaw, gdy starała się ona o rentę inwalidzką. Otrzymała wówczas negatywną decyzję, a z jej uzasadnienia dowiedziała się, że nigdy nie chorowała na nowotwór. W wyniku przebytej operacji oraz treści otrzymanej decyzji, powódka przeszła załamanie nerwowe, miała też myśli samobójcze. Związane to było z szokiem – powódka przez trzy lata żyła w przeświadczeniu, że ta trudna dla niej, jako kobiety, operacja, pomimo że ją zeszpeciła, to także uratowała życie. Stan psychiczny powódki był tym gorszy, że w tym okresie odszedł od niej mąż. Forma leczenia podjęta przez lekarza była w ocenie sądu zbyt radykalna i przedwcześnie podjęta, na stopień winy wpłyną także brak konsultacji z lekarzem onkologiem oraz okłamanie pacjentki, co do faktu jej odbycia. Również przedstawienie pacjentce amputacji jako jedynego środka leczenia nie pozostaje bez znaczenia w niniejszym stanie faktycznym. Powódka uległa trwałemu i nieodwracalnemu zeszpeceniu, gdyż sposób przeprowadzenia operacji uniemożliwia rekonstrukcję piersi, a jej wiek (24 lata) pogłębił poczucie doznanej krzywdy. Podstawą

42 Wyrok SO w Bydgoszczy, sygn. akt I C 1150/98.

podjęcia decyzji o amputacji stała się błędna diagnoza, a metoda wybrana przez lekarza była także zbyt daleko idąca i drastyczna, dlatego też sąd zasądził na rzecz powódki 150 000 zł zadośćuczynienia.

Ostatnim rodzajem błędów medycznych według prezentowanego podziału jest błąd rokowań (prognozy). Literatura jest w tym przedmiocie dość skąpa, a przecież ten rodzaj błędu może mieć bardzo doniosłe konsekwencje. Co prawda oddziaływanie błędu prognozy jest ukierunkowane na psychikę pacjenta, nie zaś na fizyczne naruszenie czynności organizmu, nie ulega jednak wątpliwości, że również ten aspekt zdrowia pacjenta podlega szczególnej ochronie znajdującej wyraz w instytucji zadośćuczynienia. Doktryna wskazuje, że występuje on np. w przypadku wydawania zaświadczeń o niezdolności do pracy, w których to wypadkach lekarz, zamiast orzec trwałą niezdolność do pracy, ogranicza jej zakres do określonego przedziału czasu⁴³. Innym przykładem może być wystąpienie błędu rokowań wraz z błędem diagnostycznym, co prowadzić może do zaniechania leczenia i w związku z tym powstania szkody⁴⁴. Wskazać jednak należy niepewność dotyczącą wyrokowania w takich przypadkach. Ryzyko pomyłki jest dość duże, gdyż niejednokrotnie uzależnione od organizmu, a pewność wzrasta wraz z przybliżaniem się do pewnych skrajnych granic stanu zdrowia chorego. Także i przebieg poszczególnych schorzeń bywa często różny w zależności od osobistych cech organizmu i niejednokrotnie odbiega od podręcznikowego. Błąd rokowań wiąże się nie tylko z daniem fałszywej nadziei na wyzdrowienie, która potem w zetknięciu się z drugą opinią lekarską bądź postępem choroby może prowadzić do zaburzeń psychicznych, załamania czy myśli samobójczych. Życie przez wiele miesięcy z przeświadczeniem, że niedługo, że de facto w każdej chwili, można umrzeć, a następnie szok związany z nową diagnozą, diagnozą postawioną w momencie, gdy już domniemany chory pożegnał się z życiem może prowadzić do niemałych perturbacji w psychice pacjenta. W ramach drugiego z wyżej wymienionych podziałów pierwszym typem błędu jest błąd decyzyjny. Kategoria ta obejmuje według omawianej klasyfikacji te stany faktyczne, gdzie lekarz nie postawił prawidłowego rozpoznania, u którego podstaw leży brak zebrania odpowiedniego wywiadu z pacjentem, niedbałe przeprowadzenie badań nieprzeprowadzenie badań pomocniczych, czy złe odczytanie wyników, czego konsekwencją jest najczęściej błędna terapia⁴⁵. Ta kategoria obejmuje te stany faktyczne, które wchodziły w zakres wyżej wymienionych błędów diagnostycznych i terapeutycznych. Błędem wykonawczym jest natomiast niewłaściwe wykonanie prawidłowych zaleceń medycznych. Dotyczy on różnej kategorii osób pracujących w służbie zdrowia tak lekarzy, jak również i diagnostów laboratoryjnych, pielęgniarek, położnych, czy instrumentariuszek asystujących przy operacjach. Może on polegać na wykonaniu nieodpowiednich badań, niewłaściwym ozna-

43 M. Sośniak, *op. cit.*, s. 89.

44 M. Nesterowicz, *op. cit.*, s. 212.

45 Z. Marek, *op. cit.*, s. 77-78.

czeniu grupy krwi, podaniu niewłaściwego leku, czy też jego nieodpowiedniej dawki⁴⁶. Marek wskazuje także błąd organizacyjny⁴⁷, dotyczący nieodpowiedniej organizacji lecznictwa. Autor wyróżnia trzy kategorie błędu organizacyjnego. Pierwsza dotyczy nieprawidłowego kierowania jednostkami prowadzącymi działalność leczniczą i kierowników mniejszych zespołów (kierowników laboratoriów, ordynatorów). Druga – przypadków związanych z nieprawidłowym przechowywaniem leków, niewłaściwym ich oznaczaniem, czy też brakiem staranności o zachowanie sterylności narzędzi chirurgicznych lub opatrunków. Do zakresu tego rodzaju błędu zalicza także pozostawienie ciała obcego w polu operacyjnym (Sąd Okręgowy we Wrocławiu⁴⁸, najbliższy przedmiotowej tezie, użył nie tyle pojęcia błędu w organizacji, co „winy organizacji szpitala”, jednak pamiętać należy, że pozostawienie ciała obcego w organizmie, z czym Marek się zgadza, należy traktować nie jako błąd medyczny, a zaniedbanie, niedochowanie należytej staranności, w związku, z czym w warstwie pojęciowej Autora występuje pewien dysonans). Trzecia kategoria dotyczy najwyższych szczebli decyzyjnych związanych z organizacją służby zdrowia dotykając problemów takich jak np. niedobory leków, nieodpowiednia organizacja pomocy ofiarom katastrof, klęsk żywiołowych, czy też zła organizacja pomocy w trakcie epidemii. Zgodzić należy się jednak z opinią wyrażoną w doktrynie⁴⁹, że błąd organizacyjny nie może być zaliczony do typowych błędów medycznych, co jest konsekwencją przyjęcia wąskiej definicji błędu lekarskiego, który obejmuje działanie niezgodne z wiedzą medyczną. Ostatni – czwarty – element przedstawionego podziału to błąd opiniodawczy, który związany jest z wydawaniem wszelkiego rodzaju zaświadczeń czy opinii np. zaświadczenia o braku przeciwwskazań do podjęcia określonego rodzaju pracy, o możliwości prowadzenia pojazdu lub posiadania broni⁵⁰. Zakres stanów faktycznych, które obejmuje przedstawiona kategoria, jest więc bardzo szeroki.

Podsumowanie

Mając na uwadze, jak bardzo rozbudowany jest podział błędów medycznych, nie należy zapominać, że kategoria, do której przyporządkowany zostałby określony przypadek, nie ma znaczenia dla odpowiedzialności cywilnej lekarza. Jak zostało wspomniane na wstępie, błąd medyczny opisuje jedynie bezprawność czynu odnoszącą się do niezastosowania się do zasad, jakimi rządzi się medycyna. Przedstawione powyżej podziały mogą jednak w sposób istotny usystematyzować ogrom potencjalnych stanów faktycznych oraz ułatwić i pewnie zakwalifikować określone działanie lub zaniechanie ze strony lekarza.

46 *Ibidem* s. 81 i nast.

47 *Ibidem* s. 91 i nast.

48 Wyrok SO we Wrocławiu, sygn. akt I C 708/96.

49 K. Bączyk-Rozwadowska, *op. cit.*

50 Z. Marek, *op. cit.*, s. 101 i nast.

Potrzebę usystematyzowania wiedzy z przedmiotowego zakresu znajduje także potwierdzenie we wspomnianym na wstępie braku jednolitego rozumienia omawianej problematyki także w organach wymiaru sprawiedliwości. Z przeprowadzonych wśród sędziów i prokuratorów (grupa 24 sędziów i 54 prokuratorów o zróżnicowanym stażu) badań⁵¹ wynika, że nie ma jednomyślności, co do rozumienia nawet samego pojęcia błędu medycznego. Na pytanie dotyczące definicji pojawiały się odpowiedzi m.in., że jest to „działanie zawinione” (prokurator prokuratury rejonowej, siedem lat stażu), z powyższych zaś wywodów wynika, że błąd medyczny to kategoria o charakterze *stricte* obiektywnym, natomiast 83,3% respondentów wskazało jako przykład błędu medycznego pozostawienie w polu operacyjnym ciała obcego, co – jak zostało wskazane – w doktrynie oraz orzecznictwie jest szeroko ujmowane jako niedbalstwo. Powyższe badania wskazują na potrzebę dalszego upowszechniania wiedzy dotyczącej szkód powstałych w toku leczenia, jak również ich kompensacji także w środowiskach prawniczych. O rosnącym znaczeniu omawianej problematyki świadczą też zmiany w przepisach ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta, wprowadzające alternatywne metody dochodzenia rekompensaty za szkody wynikające z tzw. zdarzeń medycznych⁵².

SUMMARY

The doctrine of civil law and the ruling concepts on the notion of medical malpractice

The objective of this paper is to present medical malpractice in cases related to civil liability. The article outlines the evolution of the perception of a physician's civil liability, and against this background presents the concept and various divisions of medical malpractice represented in Polish jurisprudence. The doctrine of civil law is nowadays consensus on the fact that the concept of medical malpractice includes behaviour associated with an offense against the principles of medical knowledge. But it is not commonplace knowledge even among lawyers and medical malpractice often becomes a collective term to describe the fault of members of medical staff or negligence. Not only is this issue important to law and medical communities but also to public opinion that expresses a growing interest in this subject. It may not come as a surprise, after all, that physicians are treated as professionals of public trust, thus entrusted with a patient's fate as well as with trust of the family, they are obligated to perform their duties with accordance to current medical knowledge.

KEYWORDS: medical malpractice, civil liability, negligence

51 M. Legień, M. Kobek, *Problematyka błędu lekarskiego w ocenie sędziów i prokuratorów*, „Prawo i Medycyna” nr 8, t. 2, 2000, s. 68.

52 Na temat wprowadzonych rozwiązań *cf.* m.in. M. Białkowski, *Zmiany w ustawie o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta*, „Przegląd Prawniczy UAM” nr 1, 2012, s. 137 i nast. wraz z przywołaną tam literaturą.

Zapłodnienie post mortem nasieniem zmarłego męża jako przykład medycznie wspomaganey prokreacji

Medycznie wspomaganą prokreacją jest zagadnieniem kontrowersyjnym, znajdującym się na pograniczu nowoczesnej medycyny, techniki, bioetyki i prawa. Jej szybki rozwój spowodowany został nie tylko postępem nauki, ale także coraz większym znaczeniem, jakie zaczyna ona odgrywać w życiu społecznym. Lekarze są zdania, że w najbliższym czasie liczba małżeństw mających trudności z rozrodem będzie wzrastać. Obecnie, według danych szacunkowych, niepłodność dotyczy od 10 do 18% par w wieku reprodukcyjnym. Problem ten został zauważony także przez Światową Organizację Zdrowia, która określiła niepłodność jako chorobę społeczną.

Pojęcie niepłodności nie jest jednolite. Dotyczy szerokiego zakresu zaburzeń i dlatego sama procedura ich zdiagnozowania niejednokrotnie może trwać bardzo długo¹. Przyczyny tego zjawiska leżą w równym stopniu po stronie kobiety, jak i mężczyzny, jednakże u 15% diagnozowanych małżeństw nie udaje się ich jednoznacznie ustalić². Należy zaznaczyć, że pojęcia niepłodności i bezpłodności nie są tożsame. O ile problematyka niepłodności obejmuje przypadki, w których niemożność zajścia kobiety w ciążę jest czasowa, to bezpłodność jest trwałą niemożliwością posiadania potomstwa np. z powodu braku jajników (u płci żeńskiej) lub jąder (u płci męskiej)³.

Medycznie wspomaganą prokreacją (oznaczana także angielskim skrótem MAP od Medically Assisted Procreation) jest zbiorczą nazwą procesów terapeutycznych i nie-terapeutycznych. Procesy te polegają na „przywróceniu” stanu płodności przez leczenie chirurgiczne i hormonalne lub na procedurach niepowodujących płodności osoby,

1 L. Pawelczyk, A. Sokalska, *Medyczne aspekty niepłodności oraz technik wspomaganego rozrodu*, [w:] *Dawne życia. Problemy wspomagania rozrodu człowieka*, red. J. Gadzinowski, Poznań 2003, s. 11-23, *cit. per.* A. Trzeciakowska, *Psychologiczne konsekwencje zastosowania technik wspomaganey medycznie prokreacji na powstałą rodzinę*, [w:] *Prawne, medyczne i psychologiczne aspekty wspomaganey prokreacji*, red. J. Haberkowicz, M. Łączkowska, Poznań 2005, s. 64-69.

2 A. Trzeciakowska, *op. cit.*, s. 64.

3 M. Gajda, *Gdy natura odmawia rodzicielstwa*.

a jedynie usuwających stan bezdzietności⁴. W sytuacjach, gdy zabiegi medyczne nie służą przywracaniu płodności, MAP polega na sztucznym zapłodnieniu żeńskich komórek jajowych męskimi plemnikami oraz na podejmowaniu dalszych działań, które umożliwiają rozwój wytworzonej w ten sposób zygoty⁵. Usuwanie stanu bezdzietności, medycznie wspomagana prokreacja może nie tylko umożliwić posiadanie potomstwa niepełnym rodzicom (kiedy kobieta nie jest w stanie począć i urodzić dziecka lub gdy mężczyzna nie jest w stanie zapłodnić kobiety), ale także zapobiega przenoszeniu chorób genetycznych w drodze prokreacji, jeżeli taka okoliczność jest powodem braku dzieci. Jednocześnie MAP może być także czysto technicznym środkiem, który umożliwi posiadanie potomstwa parom homoseksualnym⁶. W takich sytuacjach medycznie wspomagana prokreacja jest więc terapią paliatywną, ponieważ usuwa skutek jakim jest brak możliwości posiadania potomstwa. Należy podkreślić, że istnieje szereg argumentów uzasadniających pozytywną ocenę moralną wspomaganą prokreacji, a także jej moralną i prawną dopuszczalność. Jednocześnie powszechne są tezy, które przemawiają przeciw dopuszczalności wspomaganą prokreacji czy to w ogóle czy tylko w odniesieniu do jej konkretnych rodzajów⁷. Omawiane zagadnienie w odniesieniu do zapłodnienia pozaustrojowego, zwłaszcza na gruncie prawa europejskiego, szczegółowo omawia Oktawian Nawrot⁸.

Podstawowe formy medycznie wspomaganą prokreacji według Wiesława Langa dzieli się według kryterium medycznego i kryterium społecznego. Z punktu widzenia kryterium medycznego wyróżnia się trzy jej rodzaje: sztuczne zapłodnienie wewnątrzustrojowe, sztuczne zapłodnienie zewnątrzustrojowe (tzw. zapłodnienie *in vitro*) i transfer embrionu z macicy ciężarnej kobiety (dawcy embrionu) do macicy innej kobiety. Gdy podstawą podziału jest kryterium społeczne, wyróżnia się: sztuczne zapłodnienie heterologiczne, homologiczne, zastępcze macierzyństwo i sztuczne zapłodnienie postmortalne⁹. W zależności od konkretnego rodzaju medycznie wspomaganą prokreacji oraz podmiotów uczestniczących w tej procedurze, zachodzić mogą różne, nieraz skomplikowane relacje pomiędzy nimi. Szczegółowo zganienie to analizują Marek Safjan¹⁰ oraz Tadeusz Smyczyński¹¹.

4 A. Górski, *Medycznie wspomagana prokreacja*, [w:] *Leksykon Prawa medycznego*, red. A. Górski, Warszawa 2012, s. 99–102, s. 99.

5 W. Lang, *Wstępna charakterystyka prawnych aspektów medycznie wspomaganą prokreacji*, [w:] *Prawne problemy ludzkiej prokreacji*, red. W. Lang, Toruń 2002, s. 271–280.

6 *Ibidem*.

7 *V. Ibidem*, s. 272–278.

8 O. Nawrot, *Ludzka biogeneza w standardach bioetycznych Rady Europy*, Warszawa 2011, s. 151–217.

9 W. Lang, *Wstępna charakterystyka...*, s. 271–272.

10 M. Safjan, *Prawo wobec ingerencji w naturę ludzkiej prokreacji*, Warszawa 1990.

11 T. Smyczyński, *Aksjologiczne i prawne podstawy dopuszczalności wspomaganą prokreacji ludzkiej*, [w:] *op. cit.* red. J. Haberk, M. Łączkowska, s. 92–109.

W niniejszej pracy rozpatrywane są przede wszystkim problemy dotyczące zapłodnienia kobiety nasieniem jej zmarłego męża. Omówienie tego rodzaju zapłodnienia wydaje się celowe tym bardziej, że stanowi ono zagadnienie zarówno wieloaspektowe, jak i złożone, a ponadto rzadko poruszane w literaturze polskiej. Zapłodnienie post mortem jest szerokim pojęciem, w obrębie którego najczęściej wyróżnić można kilka rodzajów sztucznego zapłodnienia kobiety nasieniem jej zmarłego męża, konkubenta lub partnera¹². Do najpowszechniejszych jego odmian należą inseminacja oraz zapłodnienie in vitro. Zaznaczyć należy, że pojęcie to obejmuje także sytuacje, w których mężczyzna nie oddał spermy samodzielnie do określonych instytucji zajmujących się jej przechowywaniem, a wyniku różnych zdarzeń czy wypadków doszło u niego do śmierci mózgu, zaawansowanej śpiączki z minimalnymi szansami na przebudzenie czy innych podobnych stanów, w których życie jego organizmu jest sztucznie przedłużane. W takich sytuacjach rodzina (żona) może prosić o wydobycie spermy w celu jej przechowania i następnie poddania się sztucznemu unasiennieniu¹³.

Mogą również zaistnieć sytuacje, w których to kobieta poniesie śmierć, a jej mąż będzie pragnął potomstwa. W tym przypadku embrion powstały z komórek rozrodczych ojca i zmarłej matki będący w fazie przedimplantacyjnej zostanie umieszczony w ciele matki zastępczej. Konieczne jest tu jednak posiadanie gamet zmarłej matki dziecka.

Wydaje się, że pojęcie zapłodnienia post mortem pod względem pochodzenia nasienia, można uznać za podobne do pojęcia zapłodnienia homologicznego. Jest tak w sytuacji, gdy np. zmarły był albo mężem, albo łączył go bliski kontakt i więź emocjonalna z kobietą, która poddaje się zabiegowi sztucznego, postmortalnego zapłodnienia.

W 1983 roku miał miejsce bardzo znany w krajach anglosaskich przypadek związany ze śmiercią Mario i Elsy Rios, którzy zmarli w wypadku samolotowym pozostawiając dwa preembriony w Klinice w Melbourne zajmującej się zapłodnieniami in vitro. Spowodowało to szeroką debatę na temat, czy takie preembriony powinny być zniszczone czy zaimplantowane innej bezpłodnej parze. Powstało także wiele kwestii związanych z problemem spadku, który w omawianej sprawie był znaczący oraz jego dziedziczenia w przypadku narodzenia się dziecka z tych preembrionów¹⁴. Początkowo wydawało się, że preembriony zostaną zniszczone. Ostatecznie jednak Parlament australijski

12 Hecht v Superior Court 16 Cal. App. 4th 836 [20 Cal. Rptr. 2d 275] (June 1993), w tym stanie faktycznym mężczyzna pozostawił swoje zamrożone nasienie w banku spermy i wyraził zgodę na użycie go po swojej śmierci w celu inseminacji swojej partnerki. Gdy zaszła taka okoliczność, Sąd Apelacyjny zezwolił na taką procedurę.

13 C. Strong, J. R. Gingrich, W. H. Kutteh, *Ethics of postmortem sperm retrieval. Ethics of sperm retrieval after death or persistent vegetative state*, „Human reproduction” nr 4, 2000, s. 737–745, s. 739.

14 T. H. Maugh II, *Legacy of Dead L.A. Couple: OK Granted to Implant 2 Disputed Frozen Embryos*, „Los Angeles times”, 4 grudnia 1987.

stanu Victoria uchwalił przepisy chroniące embriony i umożliwiające ich przekazywanie innym parom. Obecnie te konkretne preembriony są zamrożone¹⁵.

Dylematy prawne i etyczne związane z możliwością zapłodnienia postmortalnego występują w zagranicznej literaturze prawniczej już od ponad 40 lat. W 1962 r. profesor prawa na Uniwersytecie Harvarda, Walter Barton Leach, przewidział upowszechnienie banków spermy stworzonych w celu ochrony nasienia astronautów przed niekorzystnym na nie wpływem promieniowania w kosmosie i związane z tym zagrożenie dla uznanej przez prawo spadkowe krajów *common law* Zasady Przeciw Wieczności¹⁶. Z uwagi na to, że sperma może być przechowywana nieskończenie długo, wdowy astronautów mogły urodzić ich dzieci po upływie 21 lat. Z powodu tak długiego okresu, zapisy występujące w amerykańskim prawie spadkowym podlegały unieważnieniu. Piętnaście lat po przewidzeniu tego przez Leacha, australijska gazeta poinformowała o wdowie, która urodziła dziecko, używając uprzednio zamrożonej spermy zmarłego męża¹⁷.

Pierwszy przypadek ciąży powstałej w wyniku wydobycia spermy z mężczyzny po jego śmierci (funkcje życiowe organizmu podtrzymywała aparatura medyczna) miał natomiast miejsce w 1998 r.¹⁸, a w marcu 1999 r. odbył się poród¹⁹.

Jak już wspomniano, zapłodnienie post mortem często ma miejsce, gdy mężczyźni decydują się oddać spermę do odpowiedniej instytucji na przechowanie, a następnie umierają z powodu różnych okoliczności. Niejednokrotnie bodźcem do oddania spermy jest konieczność poddania się zabiegom zagrażającym zdrowiu nasienia, np. chemioterapii lub leczeniu promieniowaniem, a także w przypadku wyjazdu na misje wojskowe czy inne działania objęte szczególnym ryzykiem „uszkodzenia” nasienia.

W przypadku zapłodnienia postmortalnego dochodzi do pierwotnego już konfliktu wielu wartości. Dziecko bowiem od początku jest pozbawione jednego z rodziców. Uwidaczniają się problemy związane z jego pochodzeniem, kłopot stanowią zasady dziedziczenia, zwłaszcza, że w takiej sytuacji dziecko może urodzić się wiele lat od otwarcia spadku. Kolejne pytania rodzi kwestia zgody mężczyzny na pośmiertne odebranie z odpowiedniej instytucji i użycie jego gamet w celu zapłodnienia kobiety. W takiej sytu-

15 R. J. Devettere, *Practical decision making in health care ethics : cases and concepts*, Washington 2010, s. 247.

16 Ang. Rule against perpetuities – jest to zasada, która ma za zadanie powstrzymać spadkodawcę od umieszczenia w testamencie takich kryteriów i kwalifikacji (rozrządzeń), że testament ten kontroluje lub wywiera wpływ na masę spadkową długo po śmierci spadkodawcy tj. 21 lat plus okres ciąży w przypadkach narodzin pogrobowców. Często zwane jest to konceptem „martwej ręki”. W. B. Leach, *Perpetuities in the Atomic Age: The Sperm Bank and the Fertile Decedent*, „American Bar Association Journal” nr 10, 1962, s. 942–944, s. 942–943, *cit. per.* K. S. Knaplund, *Post-mortem Conception and a father's last will*, „Arizona Law Review”, nr 46, 2004, s. 91–114, s. 92.

17 C. Sappideen, *Life After Death-Sperm Banks, Wills and Perpetuities*, „Australian Law Journal”, nr 4, 1979, s. 311, *cit. per.* K. S. Knaplund, *op. cit.*, s. 92.

18 J. Allen, *Woman Pregnant by sperm from Corpse*, 15 lipca 1998.

19 L. Lota, *Baby Born from Dead Father's Sperm*, „Associated Press” 26 marca 1999.

acji zachodzi wątpliwość, gdzie taka zgoda musiałaby się znaleźć, aby można rozważać jej ewentualną ważność. Wszystko to bardzo komplikuje sytuację nie tylko na gruncie etycznym, ale i prawnym. Uregulowanie omawianego zagadnienia wymusiłoby stworzenie nowych, specjalnych konstrukcji, a nawet fikcji nie zawsze zgodnych z już obowiązującymi normami prawnymi.

Zdecydowanie najostrzejsza krytyka postmortalnej sztucznej inseminacji i postmortalnego zapłodnienia pozaustrojowego wypływa z etyki. Jednakże głównych wątpliwości w tym przypadku nie budzą techniki zapłodnienia, będące przedmiotem osobnej debaty, ale moralna dopuszczalność sytuacji, w której urodzone w ten sposób dziecko jest pozbawione normalnej, modelowej rodziny. Na pewno nie jest to w pełni zgodne z fundamentalną zasadą dobra dziecka. Należy w tym miejscu podkreślić, że przyjście na świat dziecka mającego tylko jednego rodzica, nie jest czymś niezwykłym. Zostawiając na uboczu szereg sytuacji losowych, często zdarza się, że rodzic chce sam wychowywać dziecko i osiąga ten cel w inny sposób. Takie zdarzenia coraz rzadziej są krytykowane z pobudek światopoglądowych i moralnych, nie są także zabronione z punktu widzenia prawa. Samo dobro dziecka jest często i niejednokrotnie w większym stopniu zagrożone przez inne okoliczności, które nie mają związku z medycznie wspomaganą prokreacją (rozpad małżeństwa, porzucanie dzieci przez rodziców, narkomania lub alkoholizm rodziców, brak środków wystarczających na utrzymywanie dzieci)²⁰.

Wydaje się, że przełomową kwestią dotyczącą dopuszczalności zapłodnienia post mortem jest odpowiedź na pytanie, czy prawo może uregulować powstanie zdarzenia, które od razu, ale tylko teoretycznie, jak to zostało wyżej udowodnione, stawia jego podmioty w gorszej sytuacji, niż ma to miejsce według powszechnie uznanych wzorców. Ponieważ regulacje prawne tworzą określone standardy, nie ingerując w ich dalszy, często losowy przebieg, wymagałoby to niejako obniżenia tych standardów od początku. Istotny w tej dyskusji jest wniosek, że w rozważanych przypadkach skutki faktyczne, niezależnie od norm prawnych, mogą być jednakowe.

Problematyka dopuszczalności zapłodnienia postmortalnego jest bardzo zróżnicowana na świecie. Generalnie dozwoleństwo bądź zabronienie takich działań pozostaje w kompetencji samostanowienia przez państwa. Brak jest wiążących aktów prawnych na szczeblach europejskim oraz międzynarodowym, które określałyby jakie państwa-strony muszą przyjąć rozwiązanie w tej kwestii. Jediną wzmianką dotyczącą zapłodnienia post mortem jest zasada 7 pkt 4 raportu z 1989 r. zatytułowanego „Zasady zastosowania technik wspomaganej prokreacji”²¹. Zgodnie z nią „Sztuczne zapłodnienie nasieniem zmarłego męża bądź partnera nie jest dozwolone”. Jest to jedyny dokument kompleksowo uwzględniający zagadnienia związane ze wspomaganą prokreacją, który został opraco-

20 W. Lang, *Wstępna charakterystyka...*, s. 277.

21 Raport został przygotowany przez Komitet Ekspertów do spraw postępu w naukach biomedycznych działających przy Radzie Europy w 1989 roku.

wany w ramach Rady Europy. Nie jest on wiążący, a tylko wyznacza wspólne w tamtych czasach zasady²².

Nie można także skonstruować bezwzględnego prawa do „posiadania” potomstwa, z którego można by potem wywodzić dalsze rozważania na temat dopuszczalności zapłodnienia post mortem zarówno na podstawie przepisów prawa międzynarodowego jak i krajowego²³. W kontekście całego problemu medycznie wspomaganej prokreacji, za dobro szczególnie chronione i uniwersalne dla wspomnianych porządków prawnych należy uznać zasadę dobra dziecka²⁴. Potwierdzają to wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu, zgodnie z którym „prawa dziecka przeważają nad prawem do dziecka”²⁵ oraz art. 3 pkt 1 Konwencji o prawach dziecka, który stanowi, że we wszystkich działaniach dotyczących dzieci, podejmowanych przez publiczne lub prywatne instytucje opieki społecznej, sądy, władze administracyjne lub ciała ustawodawcze, kwestią nadrzędną będzie najlepsze zabezpieczenie interesów dziecka²⁶.

W Polsce dopuszczalność zapłodnienia post mortem nie została uregulowana przez prawo. Przepisy w tej kwestii, jaki i innych związanych z medycznie wspomaganą prokreacją milczą, zatem jest to działalność niezakazana i nienakazana. Należy przyjąć za Langiem, że:

Sfera zachowań prawnie nie unormowanych, nie nakazanych, nie zakazanych i nie dozwolonych na podstawie specjalnych przepisów prawnych nie stanowi wbrew pozorom całkowitej pustki prawnej. Działania ludzkie w tym obszarze są prawnie dozwolone, zgodnie z zasadą, że wszystko co nie jest zakazane jest dozwolone. Jest to tzw. dozwolenie słabe, które nie kreuje prawa podmiotowego²⁷.

Niewątpliwie dopuszczalność zapłodnienia post mortem poważnie narusza utarte już zasady dobra rodziny i dobra dziecka.

Problemy, jakie stwarza uregulowanie zapłodnienia post mortem, mogą dotyczyć różnych podmiotów i zagadnień. Szczegółowo analizuje to Joanna Ostojka²⁸. Z punktu widzenia tak narodzonego dziecka pojawiają się pytania o ustalenie jego pochodzenia, nazwiska oraz cały szereg kwestii związanych z dziedziczeniem. Z kolei zmarłego ojca dotyczy problema-

22 A. N. Schulz, *Uregulowania prawne wspomaganej medycznie prokreacji w wybranych krajach europejskich*, [w:] *op. cit.*, red. J. Haberko, M. Łączkowska, s. 110–130.

23 K. M. Łączkowska, *Czy istnieje prawo do posiadania dziecka?*, [w:] *op. cit.*, red. J. Haberko, M. Łączkowska, s. 70–79.

24 *Ibidem*, s. 73.

25 Sprawa Fretté przeciwko Francji, skarga nr 36515/97, wyrok z dnia 26 lutego 2002 roku.

26 Dz. U. 1991, nr 120, poz 526.

27 W. Lang, *Zarys analitycznej teorii uprawnienia*, „Studia Prawnicze” nr 3–4, 1985, s. 157–185.

28 J. Ostojka, *Sytuacja prawna dziecka urodzonego w drodze postmortalnej implantacji embrionu in vitro*, „Prawo i medycyna” nr 2, 2012, s. 32–46.

tyka udzielenia przez niego zgody i jej potencjalnej ważności w kwestii użycia jego gamet. Dalej pojawiają się pytania o własność zdeponowanego nasienia i ewentualne związane z tym dyspozycje. Wszystko to wymaga od prawa wielu nowych rozwiązań oraz ingerencji w stare, sprawdzone już regulacje. W zależności od stanu faktycznego ustalenie ojcostwa dziecka urodzonego w wyniku zapłodnienia postmortalnego może powodować wiele komplikacji w polskim porządku prawnym. Przede wszystkim bardzo trudno wyobrazić sobie sytuację, w której działa domniemanie z art. 62 § 1 k.r.o. Zgodnie z nim dziecko musiałoby urodzić się w przeciągu trzystu dni od ustania małżeństwa, czyli od chwili śmierci lub uznania jego ojca za zmarłego. Takie zdarzenie wydaje się, zwłaszcza w dzisiejszych czasach, teoretycznie możliwe, jednak mało prawdopodobne. Dużo więcej wątpliwości nastroczać mogą okoliczności, w których życie ojca jest sztucznie podtrzymywane przez aparaturę medyczną. Diagnozy lekarskie nie rokują żadnych szans na poprawę jego stanu, a żona (rodzina) zgłasza prośbę o wydobywanie jego nasienia i zamrożenia w celu ewentualnego późniejszego użycia. Tutaj pojawia się jeszcze szereg zagadnień dotyczących wymogów i ważności wyraźnie wyrażonej lub wyinterpretowanej zgody ojca. Zgodnie z art. 72 § 1 k.r.o. „Jeżeli nie zachodzi domniemanie, że ojcem dziecka jest mąż jego matki, albo gdy domniemanie takie zostało obalone, ustalenie ojcostwa może nastąpić przez uznanie ojcostwa albo na mocy orzeczenia sądu”. Przepis ten będzie dotyczył także sytuacji, gdy biologicznym ojcem dziecka będzie zmarły konkubent lub partner matki. Misroslaw Nesterowicz twierdzi, że „w takim przypadku matka może wystąpić z powództwem o ustalenie ojcostwa zmarłego męża (konkubenta, partnera), a sąd powinien takie ojcostwo ustalić”. Argumentuje to podkreślając, że dawca jest biologicznym ojcem dziecka, a brakuje przepisu prawnego, który by takie ojcostwo prawne wyłączał. W analizowanej sytuacji, zgodnie z art. 84 § 2 k.r.o., powództwo byłoby wytoczone przeciwko kuratorowi ustanowionemu przez sąd opiekuńczy²⁹. Jest to niezależne od tego czy dziecko urodzi się w czasie trzystudniowego okresu od ustania małżeństwa, w którym działa domniemanie pochodzenia od męża matki. W przypadku przekroczenia tego terminu, to „aktualny byłby postulat przyznania mu (dziecku) prawa do ustalenia swego genetycznego pochodzenia, bez dalszych konsekwencji prawnych tego faktu”³⁰. Rozwiązuje to jednocześnie ewentualne problemy z nazwiskiem dziecka, ponieważ sąd, zgodnie z określonymi przepisami (art. 89 § 1 k.r.o.), nada je dziecku w wyroku ustalającym ojcostwo (art. 89 § 2). W sytuacji, gdy nazwiska dziecka nie ustalono, nosi ono nazwisko matki (art. 89 § 3). Jeżeli matka małoletniego dziecka zawarłaby małżeństwo z mężczyzną, który nie jest ojcem dziecka, to istnieje możliwość nadania mu nazwiska jakie nosi albo nosiłoby ich wspólne dziecko (art. 90).

29 M. Nesterowicz, *Problemy prawne inseminacji post mortem*, „Prawo i Medycyna” nr 4, 2002, s. 31–34. Autor zaznacza jednak sporność tego problemu w polskiej doktrynie prawa.

30 A. Dyoniak, *Status prawny dziecka pochodzącego z postmortalnej inseminacji albo postmortalnej implantacji embrionu*, [w:] *Wspomagana prokreacja ludzka. Zagadnienia legislacyjne*, red. T. Smyczyński, Poznań 1996, s. 46.

Szereg wątpliwości dotyczy zagadnień związanych z dziedziczeniem. Obecnie brak jest w prawie polskim przepisów nie tylko regulujących problematykę dziedziczenia dziecka urodzonego w wyniku zapłodnienia post mortem, ale także przepisów, z których można by wyinterpretować jakąkolwiek konstrukcję pasującą do zaistniałej sytuacji. Należy zaznaczyć, że omawiany problem bardzo mocno narusza funkcjonowanie polskiego prawa spadkowego, ponieważ może stworzyć niepewność co do podmiotów objętych dziedziczeniem, a także wpłynąć bardzo niekorzystnie na procedurę z tym związaną, rozciągając ją na lata. Zgodnie z art. 927 § 1 k.c. osoba musi żyć w chwili otwarcia spadku. Dziecko zaś w chwili otwarcia spadku musi być już poczęte, a gdy urodzi się żywe, może zostać spadkobiercą (art. 927 § 2). Wobec powyższych, jeżeli nie ma zastosowania art. 62 k.r.o., czyli jeżeli dziecko urodziło się po okresie trzystu dni od ustania małżeństwa, to nie domniemywa się, że pochodzi ono od zmarłego męża matki. W takiej sytuacji należy zgodzić się z twierdzeniem Nesterowicza, że dziecko poczęte w wyniku zapłodnienia post mortem jest pozbawione prawa do dziedziczenia po zmarłym ojcu³¹. Jednakże jeżeli w stosunku do dziecka poczętego w wyniku zapłodnienia postmortalnego działa domniemanie ojcostwa (art. 62 k.r.o.) to wydaje się, że należałoby dopuścić możliwość dziedziczenia przez takie dziecko, pomimo sprzeczności z literalną wykładnią art. 927 k.c.³².

Podsumowując ten wywód, należy stwierdzić, że w sytuacji, gdy dziecko urodziło się w okresie objętym domniemaniem pochodzenia z małżeństwa (62 § 1 k.r.o.) to ewentualny zabieg postmortalnego zapłodnienia³³, w wyniku którego zostało ono poczęte, nie ma wpływu na fakt, że jest to dziecko zmarłego męża matki. W takiej sytuacji zastosowanie mają wszelkie konsekwencje prawne tego faktu, także na gruncie prawa spadkowego³⁴. Natomiast gdy dziecko urodziło się po okresie objętym omawianym domniemaniem, to nie może być ono uważane w świetle prawa za dziecko zmarłego męża matki i nie będą miały zastosowania wobec niego wspomniane wyżej konsekwencje prawne³⁵. Będzie ono dzieckiem pozamałżeńskim. Wspomnieć należy jednak o przytoczonym wcześniej postulatcie Andrzeja Dyoniaka, aby takiemu dziecku przyznać prawo do ustalenia swego genetycznego pochodzenia, jednakże już bez odpowiednich następstw prawnych tego faktu.

31 M. Nesterowicz, *Problemy...*, s. 34.

32 J. Ostojka, *op. cit.*, s. 40; tak również A. Dyoniak, *op. cit.*, s. 41; M. Safjan, *op. cit.*, s. 307.

33 V. A. Dyoniak, *op. cit.*, s. 39–46. Autor szczegółowo analizuje różnice i podobieństwa statusu prawnego dziecka poczętego w wyniku postmortalnej inseminacji oraz postmortalnej implantacji embrionu. Są to rodzaje ogólnego pojęcia, jakim jest zapłodnienie postmortalne.

34 Mogą pojawić się także przypadki, w których matka podda się zabiegowi sztucznego zapłodnienia nasieniem innego dawcy, a nie jej zmarłego męża. W takiej sytuacji, jeżeli działać będzie domniemanie, że pochodzi ono z małżeństwa, to konsekwencje prawne mogą być identyczne. Jest to jednak oddzielny problem, niezwiązany z pojęciem zapłodnienia post mortem.

35 A. Dyoniak, *op. cit.*, s. 45–46.

Kolejną kwestią, której nie można pominąć w trakcie omawiania problematyki zapłodnienia post mortem, jest zgoda zmarłego ojca na użycie jego nasienia. Niewątpliwie takie rozwiązanie pozwala stwierdzić, że chciał on mieć potomstwo i godził się na podjęcie szeregu czynności zmierzających do urodzenia jego dziecka. Wydaje się, że jest to konieczne w celu możliwie największego uetycznienia całej omawianej procedury. Bez wątpienia największe znaczenie należy przyznać zgodzie jasnej i wyraźnej, która jest zawarta na piśmie albo złożona ustnie w obecności określonej osoby i następnie udokumentowana. Pozwala to uniknąć szeregu wątpliwości i przeprowadzania ewentualnego dalszego postępowania w celu uzyskania odpowiedzi na pytanie czy zmarły wyraziłby zgodę. W piśmiennictwie pojawiają się także próby odpowiedzi na pytanie, czy zgoda taka mogła być dorozumiana, złożona w obecności rodziny albo czy można by ją wyinterpretować z zachowania zmarłego. Jednocześnie podkreśla się, że jeżeli zmarły nigdy nie rozmawiał na ten temat z przyjaciółmi lub rodziną, to nie można spekulować w kwestii użycia jego nasienia³⁶.

W prawie polskim nie ma przepisów, na podstawie których można by rozważać zgodę zmarłego na użycie jego nasienia w celu postmortalnego zapłodnienia wskazanej przez niego osoby. Chociaż taka zgoda zawarta np. w testamentie nie wydaje się być bardzo kontrowersyjna, to jednak Nesterowicz twierdzi, że „w razie śmierci dawcy nasienia zgoda na jego użycie traci moc”³⁷.

Jeszcze jeden problem stwarza charakter prawny zdeponowanego nasienia. Czy można traktować je jako rzecz, czy nie? Czy może wejść do masy spadkowej i w jakim charakterze?

Z powodu braku rozstrzygnięcia tych kwestii na gruncie polskim, celowe wydaje się przedstawienie dwóch wyroków, w których zagraniczne sądy udzielały odpowiedzi na postawione powyżej pytania.

W wyroku z 1 sierpnia 1984 r. francuski Tribunal de Grande Instance de Creteil uwzględnił powództwo wniesione przez Mme Parpalaix traktując próbkę ze spermą jako depozyt podlegający zwrotowi do jej rąk jako spadkobierczyni. Sąd stwierdził, że takie czynności jak przechowywanie i wydanie nasienia po śmierci dawcy oraz sztuczne zapłodnienie wdowy nie są regulowane przez przepisy prawne bądź regulaminy i nie są niedozwolone. Wskazane rozwiązanie nie narusza, zdaniem sądu, praw naturalnych, ponieważ prokreacja jest jednym z celów małżeństwa³⁸. Jednakże po tym orzeczeniu francuski bank spermy CECOS, w którym było zdeponowane sporne nasienie, wprowadził

36 C. Strong, J. R. Gingrich, W. H. Kutteh, *op. cit.*, 743.

37 M. Nesterowicz, *op. cit.*, s. 34; tak też J. Ostojka *op. cit.*, s. 35–36 zaznaczając, że nie ma „jasnej koncepcji jurystycznej co do stosunku prawnego łączącego dawcę z oddanym przez niego materiałem genetycznym”. Wskazuje ona, że jest to prawo inne niż prawo własności, które należy do szerszej kategorii dóbr osobistych. Autorka powołuje się na Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilization and Embryology z 1984.

38 *Ibidem*, s. 31–32.

do umów depozytu klauzulę stanowiącą, że przechowywane nasienie może być odebrane tylko przez składającego, który jest obecny i wyraża swoją wolę³⁹.

Sąd Apelacyjny Kalifornii w sprawie *Deborah E. Hecht Superior Court of State of California* (1993) stwierdził, iż „sperma ze względu na swoją naturę jest szczególnym rodzajem własności i wchodzi do spadku”⁴⁰. Dalsza część wyroku dotyczyła dopuszczalności postmortalnej inseminacji i brzmiała:

1) dawca nasienia zdeponowanego w banku spermy ma prawo decydować o użyciu nasienia do reprodukcji, stanowi bowiem ono jego własność; 2) porządek publiczny nie zabrania sztucznej inseminacji niezamężnej kobiety, z którą dawca pozostawał w wolnym związku; 3) sztuczna inseminacja post mortem nie narusza porządku publicznego⁴¹.

Jak przedstawiono powyżej, uregulowanie dopuszczalności zapłodnienia postmortalnego wymaga rozwiązania bardzo wielu dylematów etycznych oraz prawnych. Polski ustawodawca nie wypowiada się w tej kwestii. Praktyka, poza jednym wyrokiem, który nie dotyczy wprost omawianego problemu⁴², nie dostarczyła jasnej odpowiedzi na dopuszczalność i ewentualne dalsze problemy powstałe w wyniku postmortalnego zapłodnienia, narodzin i sytuacji prawnej takiego dziecka.

Głosy w debacie na temat dopuszczenia zapłodnienia post mortem są podzielone. Na jej niekorzyść mogą świadczyć argumenty, według których postmortalne zapłodnienie stanie się instrumentem wykorzystywanym dla osiągnięcia celów innych niż dobro tak narodzonego dziecka, pomijania przez prawo naturalnego porządku rzeczy w odniesieniu do życia ludzkiego⁴³, moralna niedopuszczalność i „zaspokojenie egoistycznego interesu kobiety

39 *Ibidem*, s. 32.

40 *Ibidem*, s. 34.

41 *Ibidem*.

42 Wyrok SA w Lublinie, sygn. akt I ACa 308/09; teza: „Wdowa, która po śmierci męża na skutek wypadku samochodowego zaprzestała pracy ze względu na urodzenie dzieci, nie może żądać odszkodowania za znaczne pogorszenie sytuacji życiowej (art. 446 par. 3 k.c.) gdyż dzieci nie zostały przez śmierć jej męża pozbawione opieki finansowej czy osobistej, skoro zostały poczęte poprzez zapłodnienie in vitro dopiero po śmierci męża.” M. Nesterowicz zaznacza, że w zależności od poglądu na rozumienie embrionu można by traktować go jako nasciturusa, ponieważ fakt implantacji jest tylko konsekwencją poczęcia in vitro. Przy takim zdefiniowaniu embrionu i stanie faktycznym zaistniałym w tej sprawie, nie można by zarzucić powódce, że dokonała transferu embrionu in utero pomimo znacznego pogorszenia jej sytuacji życiowej. Mogłaby argumentować to brakiem swojej zgody na „opuszczenie” embrionów. M. Nesterowicz zauważa jednak, że „przy braku szczegółowych unormowań prawnych żaden sąd takiego zapatrywania nie przyjmie”. M. Nesterowicz, *Głosa do wyroku z dnia 19 lipca 2009 r. ACa 308/09*, [w:] *Prawo medyczne. Komentarze i glosy do orzeczeń sądowych*, Warszawa 2012, s. 401.

43 T. Smoczyński, *Aksjologiczne i prawne...*, s. 92–109.

nie liczącej się z dobrem dziecka⁴⁴ oraz wspomniane już dylematy wynikające z istniejącego prawa cywilnego, rodzinnego i spadkowego. Nesterowicz twierdzi, że inseminacja post mortem jest sprzeczna z zasadami współżycia społecznego (art. 58 § 2 k.c.) oraz że „nie służy z pewnością realizacji funkcji prokreacyjnej małżeństwa ani zasady dobra dziecka tak poczętego”⁴⁵. Jednakże pojawiają się także opinie usprawiedliwiające dopuszczalność zapłodnienia post mortem. Niewątpliwie narodziny dziecka są dobrem bardzo wysoko cenionym i mogą zdarzyć się przypadki, w których akceptowalność opisywanej metody rozrodu będzie uzasadniona. Należy mieć na uwadze całokształt szczególnej sytuacji życiowej kobiety, która chce poddać się takiemu zapłodnieniu oraz brak innych możliwości zrealizowania tego celu. W tym miejscu wydaje się zasadne podkreślenie, że również adopcja nie jest w stanie zastąpić medycznie wspomaganą prokreację⁴⁶. Zwłaszcza w sytuacji, w której zasadniczą kwestią jest, aby genetycznym ojcem dziecka był mężczyzna związany w sposób emocjonalny z kobietą poddającą się zabiegowi postmortalnego zapłodnienia.

Wydaje się, że prawo jako system gwarantujący minimum standardów zachowania ludzkiego mogłoby dopuścić zapłodnienie post mortem. Rozstrzygnięcie, czy skorzystać z tego uprawnienia, powinno należeć do ludzi, aby, zgodnie z wyznawanym przez siebie systemem wartości i moralną oceną takiego postępowania, mogli podjąć odpowiednią dla siebie decyzję. Obecnie trudno jest określić jakiej liczby dzieci taka regulacja mogłaby dotyczyć, jednakże praktyka wskazuje, że przypadki takich narodzin mają miejsce.

SUMMARY

Postmortem conception of a dead husband's semen as a particular example of medically assisted procreation

The paper covers issues concerned with the postmortem conception of a dead husband's semen as a particular example of medically assisted procreation. For this purpose it examines the possible varieties of postmortem conception with legal and factual circumstances of entities who are participating in such a procedure. Ethical aspects and questions which arise from allowing or prohibiting postmortem conception are also described. The paper presents important issues which postmortem conception causes in many areas of law, including an understanding of the principle of the best interests of the child. The paper then explains the legal situation of a child born as a result of postmortem conception under Polish law. It contains important foreign and Polish case law and cites the most important opinions of experts in the discussed topic.

KEYWORDS: medical law, post mortem conception, medically assisted procreation, ethics, the principle of the best interests of the child

44 M. Safjan, *op. cit.*, s. 214–215; A. Dyoniak, *op. cit.*, s. 43.

45 M. Nesterowicz, *Prawo medyczne*, Toruń 2010, s. 311.

46 V. W. Lang, *Wstępna charakterystyka...*, s. 277.

Art. 162 kodeksu postępowania cywilnego – zastosowanie, funkcje i znaczenie w procesie cywilnym

Wprowadzenie

Celem każdego postępowania cywilnego jest konkretyzacja i urzeczywistnienie określonej normy prawa materialnego. Na proces ten składa się ciąg uporządkowanych, sformalizowanych i celowych czynności sądu o wysokiej złożoności. Jak każdy przejaw aktywności ludzkiej, także i działalność sądu w procesie cywilnym, choć zasadniczo jest przecież zgodna z prawem, może być jednak dotknięta różnego rodzaju błędami – także co do zgodności z obowiązującymi przepisami procedury. Mając na uwadze tę okoliczność, ustawodawca powinien tworzyć stosowne warunki do bezwzględnej, możliwie najszybszej eliminacji popełnionych w trakcie postępowania uchybień. Takie rozwiązania mają pozytywny efekt na wielu płaszczyznach: nie tylko porządkują i przyspieszają pracę wymiaru sprawiedliwości, polepszając przy tym jej rezultaty, ale też wpływają na postrzeganie oraz ocenę działalności sądów przez społeczeństwo.

Jedną z instytucji nakierowanych na osiągnięcie wskazanych wyżej celów jest art. 162 k.p.c.¹, który stanowi:

Strony mogą w toku posiedzenia, a jeżeli nie były obecne, na najbliższym posiedzeniu zwrócić uwagę sądu na uchybienie przepisom postępowania, wnosząc o wpisanie zastrzeżenia do protokołu. Stronie, która zastrzeżenia nie zgłosiła, nie przysługuje prawo powoływania się na takie uchybienia w dalszym toku postępowania, chyba że chodzi o przepisy postępowania, których naruszenie sąd powinien wziąć pod rozwagę z urzędu, albo że strona uprawdopodobni, że nie zgłosiła zastrzeżeń bez swojej winy².

1 Dz. U. z 1964 r. nr 43, poz. 296 ze zm.

2 *Ibidem*.

Już pobieżna lektura przepisu pozwala dostrzec znaczącą rolę tego środka ochrony procesowej. Zmusza on strony, aby od razu sygnalizowały sądowi o spostrzeżonych uchybieniach, których ich zdaniem się dopuścił, a przez to do lojalnej postawy wobec sądu. Zapobiega to przewlekłości postępowania i celowemu podnoszeniu zarzutów dopiero w środkach odwoławczych. Jednocześnie przepis chroni stronę, która nie poczyni stosownych zastrzeżeń z powodu nieobecności albo bez własnej winy. Postępowanie cywilne jest zatem przyspieszone, a przy tym podwyższa się jego skuteczność.

Ze względu na doniosłą rolę art. 162 k.p.c. w postępowaniu cywilnym, w niniejszym opracowaniu pragnę omówić przedmiotowy przepis kolejno w płaszczyznach ewolucji unormowań w nim zawartych, zastosowania oraz funkcji, jakie spełnia w postępowaniu cywilnym. Szeroka analiza zagadnienia ma umożliwić dogłębne zrozumienie znaczenia art. 162 k.p.c. dla polskiego procesu cywilnego i sformułowanie wniosków.

Ewolucja instytucji prawnej zawartej w art. 162 kodeksu postępowania cywilnego w polskim postępowaniu cywilnym

Twórcą omawianej instytucji procesowej był ustawodawca francuski, który chciał zapobiec częstej, niełojalnej wobec sądu praktyce profesjonalnych pełnomocników stron. Polegała ona na celowym odwlekaniu zgłaszania sądowi dostrzeżonych uchybień poświadczonych przez ten organ, tak, aby w razie niekorzystnego dla siebie rozstrzygnięcia, zgłosić je w postępowaniu odwoławczym. Nowy środek ochrony procesowej okazał się mechanizmem na tyle udanym, że został następnie recypowany przez prawo procesowe włoskie, niemieckie i austriackie, a z procesu austriackiego trafił do ustawodawstwa polskiego³. W ustawie kodeks postępowania cywilnego z 1930 r.⁴ stosowne regulacje zawarł to w art. 179, który otrzymał brzmienie:

Strony mogą w toku posiedzenia wytknąć obrazę przepisów postępowania, żądając wpisania odpowiedniego zastrzeżenia do protokołu. Stronie, która zastrzeżenia nie zgłosiła, nie służy prawo czynienia w tym względzie zarzutów, chyba że pogwałcone zostały istotne przepisy postępowania.

Ustawodawca dążył zatem do usuwania uchybień procesowych sądu zaraz po ich dostrzeżeniu przez strony. Wzorem ustawodawcy francuskiego zamierzał także skończyć z praktyką celowego pomijania tych uchybień sądu przez strony, co miało na celu zapewnienie możliwości wniesienia środków odwoławczych opartych na dostrzeżonych uchy-

3 Szerzej na temat początków tej instytucji: P. Osovy, *Uchybienie procesowe sądu (uwagi na temat aktualności i przydatności art. 162 k.p.c.)*, „Przegląd Sądowy”, nr 7-8, 2005, s. 101.

4 Dz. U. z 1930 nr 83, poz. 651 ze zm., dalej jako d. k.p.c.

bieniach, niepotrzebnie przedłużających postępowanie⁵. Strona, która dostrzegła „obrazę przepisów postępowania” powinna zatem zgłosić stosowne zastrzeżenie do protokołu pod rygorem utraty prawa do powołania się na wytknięte uchybienie w postępowaniu odwoławczym.

Niefortunna redakcja art. 179 d. k.p.c. przyczyniła się do znacznego utrudnienia realizacji celu założonego przez ustawodawcę. Poprzez użycie zwrotu „chyba że pogwałcone zostały istotne przepisy postępowania”, prawodawca znacznie ograniczył stosowanie przepisu w praktyce. Błąd tkwił w stworzeniu możliwości wyłączenia zastosowania tej regulacji w przypadkach, w których występowało naruszenie istotnych przepisów postępowania, podczas gdy nie wskazał w żaden sposób, jakie konkretnie przepisy należy przez to rozumieć. Starania ówczesnej judykatury⁶ i doktryny⁷ nakierowane na wyjaśnienie tego problematycznego zapisu nie przyniosły zadowalających rezultatów. Praktyka polegała na tym, że strona, która (przypadkiem bądź celowo) nie wytknęła uchybienia sądu do protokołu, mogła zawsze oprzeć środek odwoławczy na tym uchybieniu, powołując się na istotność przepisu, którego uchybienie dotyczyło. Próba zapewnienia odpowiedniej elastyczności⁸ przy zastosowaniu art. 179 d. k.p.c. miała zatem negatywne konsekwencje, przyczyniła się bowiem do poważnego obniżenia walorów praktycznych przepisu i nagminnego obchodzenia zawartej w nim prekluzji.

Dokonując nowelizacji k.p.c. w 1950 r.⁹ (zmiany polegały m. in. na zastąpieniu trójinstancyjnego systemu odwoławczego z apelacją i kasacją systemem dwuinstancyjnym z rewizją), ustawodawca postanowił utrzymać w mocy omawianą instytucję – zmieniła się jedynie numeracja przepisu – z art. 179 na art. 173 k.p.c. Na tym etapie, mimo niewątpliwej sposobności usunięcia, nie zmieniono w ogóle jego treści.

Istotne *novum* dla tej instytucji przyniósł dopiero nowy kodeks postępowania cywilnego. W ustawie z 1964 r. omawiana regulacja została zawarta w art. 162. Oprócz drobnej zmiany redakcyjnej – w miejsce słowa „wytknąć” wprowadzono zwrot „zwrócić uwagę” – ustawodawca ustalił wyraźnie zakres prekluzji, m. in. eliminując problematyczny zwrot „istotne przepisy postępowania”. Paradoksalnie, mimo usunięcia tej trudnej frazy, przepis nadal nie mógł być stosowany zgodnie z intencją ustawodawcy. W związku ze

5 B. Bładowski, *Zastrzeżenia stron wnoszone do protokołu rozprawy*, „Nowe Prawo”, nr 3, 1981, s. 62; E. Obara, *Zastrzeżenia wnoszone do protokołu posiedzenia*, „Przegląd Sądowy”, nr 1, 2008, s. 143; P. Osowy, *op. cit.*, s. 102;

6 Szerzej o ówczesnym orzecznictwie dot. istotności przepisów postępowania: K. Weitz, *O znaczeniu zastrzeżeń stron zgłaszanych do protokołu rozprawy na podstawie art. 162 k.p.c.*, „Palestra” nr 1-2, 2006, s. 217-218.

7 Szerzej o rozważaniach doktryny dot. istotności przepisów postępowania: P. Osowy, *ibidem*, s. 102-105.

8 P. Osowy, *op. cit.*, s. 103, gdzie autor wskazuje wprost na niestaranną recepcję przepisu z prawa austriackiego.

9 Dz. U. z 1950 r. nr 38, poz. 349.

znacznymi zmianami w treści przedmiotowej regulacji szybko pojawił się inny problem. Wykrystalizowała się bowiem sprzeczność między normą z art. 162 k.p.c., a rozwiązaniami przyjętymi przez ustawodawcę w art. 368 pkt 5 k.p.c., regulującymi podstawy rewizji¹⁰.

Ustawodawca zastąpił apelację rewizją już przy nowelizacji d. k.p.c. w 1950 r. Rozwiązanie to kontynuowano także w k.p.c. z 1964 r. Oprócz nazwy zasadniczo zmienił się także charakter tego środka zaskarżenia merytorycznych orzeczeń sądowych: zamiast modelu pełnego wprowadzono model ograniczony – art. 368 k.p.c. w pierwotnym, zasadniczym brzmieniu (aż do 1 lipca 1996 r.) wskazywał enumeratywnie przyczyny, z powodu których można było zaskarżyć merytoryczne orzeczenie sądu pierwszej instancji¹¹.

Art. 368 k.p.c. w punkcie 5 (w pierwotnym brzmieniu) wskazywał jako podstawę rewizji „inne uchybienia procesowe, jeżeli mogły one wpłynąć na wynik sprawy”. Umożliwiał tym samym stronom późniejsze powracanie do uchybień procesowych sądu ze względu na zakres kognicji sądu drugiej instancji (dodatkowo sprzyjała temu obowiązująca wówczas zasada prawdy obiektywnej, zgodnie z którą „postępowanie cywilne ma w każdym wypadku doprowadzić do wydania orzeczenia zgodnego z rzeczywistym stanem rzeczy, z faktycznym układem stosunków społecznych będących przedmiotem badania sądu”¹²), czemu z kolei miał zapobiegać art. 162 k.p.c.¹³. Przepis ten znów został w znacznej mierze wyłączony z zastosowania, do tego stopnia, że jego rola stała się wręcz marginalna¹⁴ (zaliczony nawet do rzędu „martwych norm polskiej procedury cywilnej”¹⁵).

Przepis art. 162 k.p.c. od momentu wejścia w życie do dnia dzisiejszego nie został znowelizowany i zmieniony. Paradoksalnie przez kolejną zmianę kontekstu normatywnego, wprowadzoną ustawą z dnia 1 marca 1996 r. o zmianie Kodeksu postępowania cywilnego, rozporządzeń Prezydenta Rzeczypospolitej – Prawo upadłościowe i Prawo o postępowaniu układowym, Kodeksu postępowania administracyjnego, ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych oraz niektórych innych ustaw¹⁶, rola omawianego przepisu zdecydowanie wzrosła¹⁷. Rewizja została zastąpiona apelacją pełną, a ustawodawca położył nacisk także na wzmocnienie zasady kontradyktoryjności oraz pobudzenie aktywności stron. Nowy system skupia się na koncentracji materiału dowodowego

10 P. Osowy, *op. cit.*, s. 101-102 i 116.

11 T. Ereciński, *Apelacja w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 2010, s. 46.

12 W. Siedlecki, *Wstęp*, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, red. Z. Resich, W. Siedlecki 1969, tom I, s. 17.

13 P. Osowy, *op. cit.*, s. 101; K. Kołakowski, komentarz do art. 162 k.p.c., [w:] *Komentarz do kodeksu postępowania cywilnego*, red. K. Kołakowski, s. 820.

14 J. Gudowski, *Komentarz do art. 162 k.p.c.*, [w:] *Komentarz do kodeksu postępowania cywilnego*, red. T. Ereciński, t. I, Warszawa 2007, s. 728.

15 W. Knoppek, *Rozprawa w postępowaniu cywilnym*, „Palestra”, nr 12, 1973, s. 89–90.

16 Dz. U. z 1996 r. nr 43, poz. 189.

17 P. Osowy, *op. cit.*, s. 101; J. Gudowski, *op. cit.*, s. 728.

i zmusza strony do współdziałania z sądem w urzeczywistnianiu sprawnego i szybkiego postępowania cywilnego¹⁸.

W stanie prawnym powstałym z dniem 1 lipca 1996 r. nie ma już przeszkód, aby art. 162 k.p.c. znalazł pełne zastosowanie i w każdym przypadku wypełniał przypisane mu przez ustawodawcę funkcje.

Zakres zastosowania art. 162 k.p.c.

Przedmiotowy przepis zmusza strony postępowania, aby natychmiast informowały sąd rozstrzygający ich sprawę o uchybieniach, które ich zdaniem popełnił. Jeśli zwrócenie uwagi nie przyniesie rezultatu (w postaci usunięcia rzekomej wadliwości), to następuje wpisanie zastrzeżenia do protokołu. Wpis jest dowodem podniesienia przez stronę danej kwestii. W braku stosownego zastrzeżenia strona niejako zrzeka się prawa do późniejszego powoływania się na dane uchybienie sądu (prekluzja). Powyższe kwestie wymagają bardziej szczegółowego omówienia.

Wniosek o wpisanie dostrzeżonego przez stronę uchybienia sądu nie zawsze jest konieczny. Może bowiem zdarzyć się tak, że sąd zgodzi się ze stroną i od razu usunie rzekome uchybienie – zastrzeżenie do protokołu w tej kwestii staje się bezprzedmiotowe, gdyż wadliwość już nie istnieje (przynajmniej z punktu widzenia strony). Potrzeba wnioskowania o wpisanie zastrzeżenia do protokołu pojawia się zatem tylko wtedy, gdy istnieją rozbieżne oceny strony i sądu co do uchybienia albo wtedy, gdy to uchybienie nie może zostać usunięte od razu i wymaga czynności przeprowadzonych także po rozprawie¹⁹. Jeśli strona zgłosi taki wniosek, to powinien on zostać uwzględniony. W razie odmowy strona może z kolei żądać sprostowania lub uzupełnienia protokołu na podstawie art. 160 k.p.c. w terminach tam określonych²⁰. Strony obecne na posiedzeniu sądu powinny zgłosić wniosek od razu, jeszcze na tym posiedzeniu. W razie nieobecności zgłoszenie powinno nastąpić na najbliższym posiedzeniu. Strona niezgłaszająca zastrzeżenia bez swojej winy nie traci prawa do złożenia stosownego wniosku, który w takim przypadku można zgłosić aż do momentu zamknięcia rozprawy w sądzie pierwszej instancji – strona musi jednak jednocześnie uprawdopodobnić brak winy²¹. Strona nie traci jednak prawa do powołania się na takie uchybienie sądu w środku odwoławczym, jeśli bez swojej winy nie była w stanie złożyć stosownego wniosku w trakcie postępowania przed sądem pierwszej instancji (prekluzja w takim przypadku nie obowiązuje).

Przepisy ogólne o przywracaniu terminów zawarte w art. 168-169 k.p.c. nie mają tu zastosowania, ponieważ omawiana instytucja zawiera szczególne uregulowanie ekskul-

18 E. Obara, *op. cit.*, s. 144.

19 E. Obara, *op. cit.*, s. 147; P. Osowy, *op. cit.*, s. 109.

20 B. Bładowski, *op. cit.*, s. 64,

21 E. Obara, *op. cit.*, s. 149.

pacji, a przywrócenie terminu na zasadach ogólnych jest niedopuszczalne w wypadkach, w których usunięcie ujemnych skutków niedotrzymania terminu może być osiągnięte na innej drodze, w prostszy sposób²².

Jeśli strona nie podniesienie zarzutu oznacza to zazwyczaj, że nie dostrzegła uchybienia, bądź nie odczuła w związku z nim ujemnych skutków. Uchybienie takie doznaje tym samym sanacji, a czynność sądu jest traktowana jako od początku wolna od wad²³. Przez pojęcie „strona” należy tu rozumieć również interwenientów²⁴.

W orzecznictwie i doktrynie zgodnie przyjmuje się, że skutkiem braku stosownego zarzutu co do uchybienia sądu i zastrzeżenia w protokole jest bezpowrotna utrata tego zarzutu w dalszym toku postępowania (dotyczy to więc postępowań zażaleniowego, apelacyjnego i kasacyjnego)²⁵. Nie dotyczy to jednak sytuacji, w których sąd powinien wziąć dane naruszenie pod uwagę z urzędu²⁶. Do tej grupy uchybień należą wadliwości powodujące nieważność postępowania (art. 379 i 1099 k.p.c.) oraz nie wywołujące tego skutku nieprawidłowości wskazane w art. 202 k.p.c.²⁷. Takie rozwiązanie ma zapobiec sanowaniu najcięższych uchybień sądu za pomocą prekluzji z art. 162 k.p.c., co miałyby poważne konsekwencje dla prawidłowości działania wymiaru sprawiedliwości – postępowanie mogłoby się toczyć mimo istnienia przesłanek jego nieważności.

Sporna jest natomiast kwestia treści zastrzeżenia wpisanego do protokołu. Brakuje mianowicie zgody co do tego, czy w zarzucie strona powinna precyzyjnie oznaczyć uchybienie wskazując na naruszone przepisy. W tej kwestii zarysowały się dwa odmienne stanowiska. Pierwsze z nich, reprezentowane przez Bogdana Bładowskiego²⁸ i Marię Jędrzejewską²⁹ jest bardzo rygorystyczne. Według tego poglądu, strona jest zawsze zobowiązana do wskazania konkretnych przepisów postępowania, których naruszenia dopuścił się sąd. Podobne stanowisko przyjął Knoppek³⁰. Bardziej zrównoważone zdanie na ten temat, zakładające – co wydaje się słuszne – że należy wymagać wskazania w zastrzeżeniu konkretnych naruszonych przez sąd przepisów jedynie od pełnomocników

22 B. Bładowski, *op. cit.*, s. 65-66, pogląd ten powtarza E. Obara, *op. cit.*, s. 149.

23 K. Kołakowski, *op. cit.*, s. 820; wyrok SN, sygn. akt, I PKN 580/00.

24 A. Zieliński, *Komentarz do art. 162 k.p.c.*, [w:] *Komentarz do kodeksu postępowania cywilnego*, red. A. Zieliński, 2010, s. 302.

25 Jak trafnie zauważa Osowy, (*op. cit.*, s. 115): „chodzi tu oczywiście nie o zrzeczenie się «przestrzegania przepisów», bo ich przestrzegania nigdy (naprzód) nie można się zrzec (mimo ewentualnego zrzeczenia się sąd i tak byłby obowiązany do ich przestrzegania), ale o zrzeczenie się uwzględniania albo dochodzenia uchybienia przepisom, które właśnie nastąpiło”.

26 J. Gudowski, *op. cit.*, s. 728, K. Knoppek, *Glosa do wyroku SN III CK 90/04*, „Orzecznictwo Sądów Polskich”, nr 6, 2006 r., poz. 69, s. 323.

27 E. Obara, *op. cit.*, s. 148-149.

28 B. Bładowski, *op. cit.*, s.

29 M. Jędrzejewska, *Komentarz do art. 162*, [w:] *Komentarz do kodeksu postępowania cywilnego*, red. T. Ereciński, t. I, s. 323.

30 K. Knoppek, *op. cit.*, s. 324.

profesjonalnych, a od stron nie będących profesjonalistami tylko w miarę możliwości, wyrazili m. in. Piotr Osowy, Ewelina Obara, Kołakowski i Jacek Gudowski³¹. Tego typu wymogi skierowane do osób nie będących profesjonalistami i bez stosownej pomocy są zwyczajnie niemożliwe do spełnienia, a wręcz krzywdzące. Sąd powinien pouczyć strony działające bez profesjonalnej pomocy o treści art. 162 k.p.c., a następnie egzekwować ten przepis w miarę możliwości intelektualnych stron, zmuszając je tym samym do zachowania czujności i staranności w możliwym dla nich zakresie. Egzekwowanie art. 162 k.p.c. w takich przypadkach nadal będzie zapewne trudne (czasami niemożliwe), ale stosowne pouczenie o groźbie prekluzji powinno mobilizować strony do zwiększonego wysiłku i lojalnej współpracy z sądem oraz pobudzać ich aktywność oraz czujność.

Kolejną istotną kwestią jest rozróżnienie, które uchybienia sądu mogą zostać objęte prekluzją z art. 162 k.p.c., a zatem powinny zostać przez strony wskazane sądowi z żądaniem zmiany, bądź (w razie odmowy) wpisu do protokołu. W tej kwestii szczegółowo wypowiedział się SN w uchwale z dnia 27 października 2005 r.³². Co do zasady strony powinny zwracać uwagę sądu na wszelkie uchybienia, które w przyszłości mogłyby się stać podstawą skutecznego zarzutu apelacyjnego. Jest to związane wprost z rolą art. 162 k.p.c. polegającą na umożliwieniu natychmiastowego usuwania dostrzeżonych wadliwości postępowania, a przez to zapewnienia mu prawidłowego przebiegu. SN uznał również, że przepis znajdzie zastosowanie także wobec wydawanych przez sąd w trakcie postępowania postanowień. Następnie podzielił postanowienia, które potencjalnie mogłyby zostać objęte zakresem zastosowania art. 162 k.p.c. na trzy grupy. Pierwsza grupa obejmuje postanowienia zaskarżalne zażaleniem, w drugiej umieszczono takie, które nie podlegają odrębnemu zaskarżeniu zażaleniem, ale wiążą sąd, który je wydał (art. 359 k.p.c.), a do trzeciej zaliczono takie postanowienia niezaskarżalne i niewiążące sądu. Mogą zatem być zmienione stosownie do okoliczności. W uchwale wyjaśniono, że nie można objąć rygiorem z art. 162 k.p.c. postanowień należących do pierwszej i drugiej grupy. Pierwsza grupa posiada bowiem swój własny, odrębny tryb zaskarżania, druga grupa natomiast została wyłączona ze względu na fakt związania sądu własnym postanowieniem – w danych okolicznościach i tak nie mogłoby ono zostać zmienione³³. Biorąc pod uwagę trzecią grupę postanowień podkreśla się, że skoro są to postanowienia niezaskarżalne i niewiążące sądu, to związany z nimi błąd można od razu naprawić. Z kolei omawiana w opracowaniu instytucja pozwala na szybką i sprawną likwidację po-

31 Kolejno: P. Osowy, *op. cit.*, s. 115; E. Obara, *op. cit.*, s. 148; K. Kołakowski, *op. cit.*, s. 821; J. Gudowski, *op. cit.*, s. 731,

32 Uchwała SN, sygn. akt III CZP 55/05. Można chyba bez większej przesady powiedzieć, że uchwała ta stanowi kanon w kwestiach wykładni i zastosowania art. 162 k.p.c. w obecnym kontekście normatywnym.

33 Postanowienia z drugiej grupy mogą być jednak zaskarżone w apelacji nawet, jeśli strona wcześniej nie zwróciła uwagi na popełnione przy wydawaniu tych postanowień uchybienia w trybie art. 162 k.p.c. – tak uchwała SN, sygn. akt III CZP 50/08.

wstałych uchybień, zapobiegając przeciąganiu procesu do postępowania odwoławczego. Zastosowanie instytucji wyrażonej w art. 162 k.p.c. do tej grupy postanowień wydaje się zatem w pełni uzasadnione. Powyższa wykładnia dokonana przez SN jest zasadniczo w pełni aprobowana w doktrynie³⁴.

Karol Weitz zwrócił również uwagę na okoliczność, gdzie taka interpretacja art. 162 k.p.c. pozwala ponadto zharmonizować pełnione przezeń funkcję m. in. z przepisami dotyczącymi zażaleń (art. 394 i nast. k.p.c.) oraz z przepisem art. 380 k.p.c., który znajduje zastosowanie w postępowaniu apelacyjnym. Zgodnie z tym przepisem „sąd drugiej instancji na wniosek strony rozpoznaje również te postanowienia sądu pierwszej instancji, które nie podlegały zaskarżeniu w drodze zażalenia, a miały wpływ rozstrzygnięcie sprawy”³⁵. Regulacja ta pozwala na zaskarżanie postanowień, które mogły mieć wpływ na wynik sprawy, a na które nie można było wpłynąć przez wniesienie zażalenia, aczkolwiek nie jest to samoistny środek odwoławczy (można go wykorzystać jedynie razem z wniesieniem apelacji, zwalczając orzeczenie oparte na zaskarżanym postanowieniu)³⁶. Na podstawie przedstawionych wyżej rozważań można mówić o uzupełniającym się, spójnym systemie zaskarżania wszystkich grup postanowień wypadkowych sądu pierwszej instancji, wyróżnionych przez SN, jeśli przy ich wydawaniu doszło do uchybień. Pierwsza grupa jest zaskarżana zażaleniem, druga może być zaskarżona na mocy art. 380 k.p.c.³⁷, na trzecią można zwrócić uwagę sądu stosując art. 162 k.p.c., przy czym zgłoszenie takiego zastrzeżenia jest warunkiem koniecznym dla dalszego opierania się na takim uchybieniu sądu w środku odwoławczym (oczywiście tylko w razie nieuwzględnienia zastrzeżeń stron w postępowaniu w pierwszej instancji) także na mocy art. 380 k.p.c.

Sąd nie musi reagować na wniosek strony inaczej, niż uwzględnieniem uwagi co do uchybienia albo wpisaniem zastrzeżenia do protokołu. W szczególności zbędne są dodatkowe postanowienia w tym przedmiocie³⁸. W razie nieuwzględnienia wniosku, strona, która zgłosiła zastrzeżenie do protokołu, może podnieść dane uchybienie jako zarzut w środku odwoławczym, pozostawiając rozstrzygnięcie sądowi wyższej instancji³⁹.

Należy podkreślić, że dla zastosowania prekluzji z art. 162 k.p.c., warunkiem koniecznym jest zakomunikowanie stronom podjęcia czynności przez wydanie zarządzenia bądź postanowienia. Nie może dojść przecież do paradoksalnej sytuacji, w której strona zo-

34 K. Weitz, *op. cit.*, s. 222-223 oraz wymienionych tam autorów.

35 T. Ereciński, *op. cit.*, s. 150.

36 *Ibidem*, s. 152.

37 Należy jednak uprawdopodobnić możliwy wpływ takiego postanowienia na wynik sprawy, *cf.* T. Erecińskiego, *op. cit.*, s. 151-154.

38 Kwestia bezsporna w doktrynie, tak m. in. B. Bładowski, *op. cit.*, s. 64.

39 Wpis zastrzeżenia do protokołu ma zatem nie tylko znaczenie dowodowe, ale także kontrolne, ponieważ sąd wyższej instancji, rozpatrując środek odwoławczy, będzie się opierał w znacznej mierze na protokole.

staje pozbawiona możliwości powołania się na uchybienie, skoro w ogóle nie wiedziała o czynności sądu. Żądanie poczynienia przez stronę stosownych zastrzeżeń byłoby w takim przypadku żądaniem niemożliwego, a prekluzja zostałaby zwrócona przeciwko stronie, która nie miała sposobności jej zapobiec⁴⁰.

Podobnie w wyroku z dnia 24 września 2009 r.⁴¹. SN zajął stanowisko, że strona nie traci prawa do powoływania się na uchybienie sądu polegające na pominięciu wniosku o przeprowadzenie dowodu, jeżeli nie zostało wydane postanowienie oddalające ten wniosek. Nie dochodzi bowiem do ogłoszenia stanowiska sądu, które mogłoby zostać przez stronę zweryfikowane, a następnie na żądanie strony poddane stosownej kontroli, prowadzącej do zmiany stanowiska sądu albo wpisania zastrzeżenia do protokołu. Zmuszałoby to strony do czynienia wyprzedzających uwag i zastrzeżeń na nie popełnione jeszcze uchybienia.

Omawiana instytucja znajduje pełne zastosowanie przed sądem pierwszej instancji. W doktrynie nie ma zgody co do zastosowania przepisu w postępowaniu przed sądem odwoławczym. Przeciwno możliwości stosowania art. 162 k.p.c. w postępowaniu przed sądem drugiej instancji wypowiedzieli się Bładowski i Osowy. Autorzy wskazują, że przeciwko zastosowaniu przepisu w postępowaniu odwoławczym przemawia zakres prekluzji przepisu. Za koniecznością stosowania przepisu także w postępowaniu odwoławczym opowiadają się Obara i Andrzej Zieliński⁴², którzy podnoszą, że art. 162 k.p.c. może być stosowany także w postępowaniu odwoławczym, gdyż nie ma żadnego przepisu wyłączającego w nim zastosowanie tej regulacji. Zastosowanie art. 162 k.p.c. w postępowaniu apelacyjnym jest zasadne także zdaniem Knoppka⁴³.

Bezsporna jest natomiast kwestia zastosowania art. 162 k.p.c. także w postępowaniach odrębnych i w postępowaniu nieprocesowym, do czego upoważnia art. 13 par. 2 k.p.c.

Również bezspornie dopuszcza się stosowanie rygoru prekluzji z art. 162 k.p.c. w drodze analogii do art. 239 k.p.c., przewidującego możliwość zwrócenia uwagi sądowi na uchybienia, które popełnił sędzia wyznaczony i sąd wezwany. Jest to rozumowanie uzasadnione, ponieważ oba przepisy mają tę samą *ratio legis*, spełniają więc analogiczne funkcje⁴⁴. Podobne unormowanie występuje także w art. 315 k.p.c., ale tutaj ustawa nie wskazuje żadnego ograniczenia terminem.

Weitz i Knoppek⁴⁵ słusznie podkreślają znaczną wagę prekluzji z omawianej instytucji – opieszała bądź nieostrożna strona traci bowiem możliwość powoływania się na każdy rodzaj uchybienia, chociażby miało ono wpływ na wynik sprawy.

40 Wyrok SN, sygn. akt II CSK 286/09.

41 Wyrok SN, sygn. akt IV CSK 185/09.

42 Kolejno: B. Bładowski, *op. cit.*, s. 63; P. Osowy, *op. cit.*, s. 107, gdzie autor powołuje się także na zdanie T. Erecińskiego; E. Obara, *op. cit.*, s. 144; A. Zieliński, *op. cit.*, s. 303.

43 K. Knoppek, *op. cit.*, s. 323.

44 M. in.: E. Obara, *ibidem*, s. 149-150; J. Gudowski, *op. cit.*, s. 728.

45 K. Weitz, *op. cit.*, s. 223, K. Knoppek, *op. cit.*, s. 323.

Na koniec rozważań o zastosowaniu przepisu można, tytułem przykładu, wymienić następujące uchybienia sądu, które wymagają zwrócenia na nie uwagi przez strony: niedopuszczenie przez sąd dowodu zgłoszonego przez stronę⁴⁶, nie doręczenie lub spóźnione doręczenie odpisu pozwu, skierowanie pisma procesowego do pełnomocnika reprezentującego Skarb Państwa zamiast doręczenia go zgodnie z art. 133 par. 2 *in fine* k.p.c., nie pouczenie stron zgodnie z przepisami k.p.c., a więc naruszenie art. 5 i 212 k.p.c., przesłuchanie przedstawiciela ustawowego strony w charakterze świadka, wydanie orzeczenia na podstawie materiału dowodowego zebranego w uprzednim nieważnym postępowaniu, nie wykazanie przymiotu spadkobiercy przy podmiotowej zmianie stron⁴⁷.

Rola art. 162 k.p.c. w postępowaniu cywilnym

Art. 162 k.p.c. wyraża takie zasady prawa cywilnego procesowego jak zasada współdziałania podmiotów postępowania, koncentracji materiału dowodowego, ekonomii procesowej i formalizmu procesowego⁴⁸. Pełni on wiele istotnych funkcji, zmierzających do zapewnienia sprawności, prawidłowości, szybkości i uporządkowania toczącego się postępowania cywilnego⁴⁹. Instytucja ta wzmacnia także lojalność stron wobec sądu i kontradiktoryjność postępowania, pobudza aktywność stron oraz sprzyja zasadzie koncentracji materiału dowodowego⁵⁰.

Przepis zmusza strony do wzmożonej aktywności. Wymaga bowiem od nich, aby wspierały sąd w przeprowadzeniu prawidłowego procesu poprzez zgłaszanie dostrzeżonych uchybień, co pozwala na natychmiastowe usunięcie wadliwości postępowania. Zapobiega się tym samym zbędnemu angażowaniu sądu odwoławczego w naprawę błędów, które można na bieżąco niwelować, co znacznie przyspiesza postępowanie i porządkuje je. Profesjonalni pełnomocnicy powinni traktować korzystanie z tego narzędzia jako swój obowiązek⁵¹.

Z kolei poprzez zapobieganie zbędnemu zaskarżaniu orzeczeń art. 162 k.p.c. bez wątpienia przyczynia się także do ich stabilności⁵².

Cele te spełniane są także w postępowaniu odwoławczym, bowiem sąd ten poprzez

46 Na temat zastosowania art. 162 k.p.c. wobec postanowień dowodowych v. bardzo ciekawe opracowanie A. Jarochoy, *Czy oddalenie wniosku dowodowego stanowi uchybienie przepisom postępowania uzasadniające żądanie wpisania zastrzeżenia do protokołu na podstawie art. 162 k.p.c.?*, „Polski Proces Cywilny”, nr 2, 2011 r., s. 99.

47 Przykłady wymienione za P. Osowym, *op. cit.*, s. 108-109.

48 P. Osowy, *ibidem*, s. 108.

49 Uchwała SN, sygn. akt III CZP 55/05.

50 J. Gudowski, *op. cit.*, s. 728.

51 B. Bładowski, *op. cit.*, s. 66.

52 *Ibidem*, s. 66.

wgląd do protokołu i rozważenie podniesionego zarzutu może sprawniej i łatwiej ocenić, czy w istocie doszło do uchybienia. Protokół sądowy staje się przecież z chwilą podpisania przez przewodniczącego i protokolanta dokumentem urzędowym, który jest dowodem tego, co zostało w nim zaświadczone. Obara twierdzi wręcz, że „w konsekwencji można przyjąć, że zgłoszenie zastrzeżenia do protokołu posiedzenia stanowi najlepszy środek umożliwiający sądowi wyższej instancji stwierdzenie, czy zachowane zostały formalności procesowe”⁵³.

Ponadto, kierując w stronę niesumiennych stron ostrze prekluzji, art. 162 k.p.c. nie pozwala na celowe odwlekanie podniesienia stosownych uwag wobec sądu do postępowania odwoławczego, na wypadek niekorzystnego orzeczenia merytorycznego w sądzie pierwszej instancji. Spełnione są zatem także funkcje zapobiegawcza i represyjna⁵⁴. Słusznie bowiem ustawodawca dyscyplinuje strony i sankcjonuje przy tym ich nielojalne wobec pozostałych uczestników procesu i sądu zachowanie. Tym samym zapobiega się przecież wydłużaniu procesu i niewłaściwym praktykom w postępowaniu.

Zdaniem Osowego, art. 162 k.p.c. spełnia w systemie procesu cywilnego podwójną rolę – profilaktyczną, ponieważ zmierza do zwrócenia uwagi sądu na zaszłe nieprawidłowości i umożliwia ich natychmiastową naprawę, oraz ustalającą, gdyż pozwala na stwierdzenie powstałych wadliwości. Ma przy tym zapobiegać potrzebie wdrażania dodatkowych dochodzeń, np. w celu uzupełniania lub prostowania protokołu⁵⁵. Podobny pogląd został również wyrażony przez Obarę⁵⁶. Dodatkowo podkreśla ona, że rolą przepisu jest naprawianie uchybień wskazanych przez stronę tak, aby nie prowadziły do niepożądanych skutków, jak np. nieważność postępowania.

Art. 162 k.p.c. stanowi więc ważne i skuteczne narzędzie służące urzeczywistnianiu prawidłowego i sprawnego przebiegu każdego postępowania cywilnego. Dla odegrania swojej roli potrzebuje jednak stałego miejsca w praktyce sądowej.

Podsumowanie

Nie ulega wątpliwości, że każde uchybienie przepisom postępowania przez sąd może bezpośrednio – a także pośrednio – wpłynąć na wykonanie jego podstawowego obowiązku: konkretyzacji i realizacji określonej normy prawa materialnego. Wielokrotnie nieuchronną konsekwencją takich uchybień jest ponadto cały ciąg nieprawidłowości – dalszych uchybień wynikających z pierwotnego. Niezbędne jest zatem istnienie stosownych narzędzi służących możliwie szybkiemu usuwaniu wszelkich wadliwości dotyczących postępowania.

⁵³ E. Obara, *op. cit.*, s. 147.

⁵⁴ P. Osowy, *op. cit.*, s. 101.

⁵⁵ *Ibidem*, s. 117.

⁵⁶ E. Obara, *op. cit.*, s. 150.

Taką instytucją jest z pewnością art. 162 k.p.c. Ma ona długą historię w naszym prawie. Omawiany środek ochrony procesowej nie zawsze mógł znaleźć pełne zastosowanie – dopiero ostatnia zmiana kontekstu normatywnego zapewniła mu „nowe życie”. W judykaturze i doktrynie podkreśla się rosnące zainteresowanie tym przepisem i coraz większy wpływ tej regulacji na praktykę⁵⁷. Podkreśla się również doniosłą rolę, jaką pełni w procesie.

Nadal jednak nie wykorzystuje się w pełni potencjału zawartego w art. 162 k.p.c. Strony, szczególnie profesjonalści, często czynią swoistą koncesję na rzecz sądu, wielokrotnie przymykając oczy na uchybienia tego organu w postępowaniu. Z kolei sądy odwoławcze pobłażliwie traktują zgłaszane zarzuty, a w przypadku niezgłoszenia stosownych uwag w trakcie procesu przed sądem pierwszej instancji, na wyrost usprawiedliwiają braki zastrzeżeń w protokole⁵⁸. Ponadto zwrócenie uwagi sądu na uchybienie w trybie art. 162 k.p.c. jest często traktowane jako nietakt⁵⁹ – zupełnie bezzasadnie.

W ostatnim czasie ustawodawca bez wątpienia przywiązuje znacznie większą uwagę do właściwego funkcjonowania oraz wyważenia zasady kontrydiktoryjności i odpowiedniego pobudzania aktywności stron, czego wyrazem jest chociażby ostatnia duża nowelizacja k.p.c.⁶⁰, mocą której wiele norm związanych z prekluzją (np. art. 47912 par. 2, art. 47914 par. 2, art. 495 par. 3, art. 5055 k.p.c.) zostało „przeniesionych” i zmodyfikowanych – są teraz ogólnie wyrażone w przepisach art. 207 i art. 217 k.p.c.⁶¹. Jednocześnie znowelizowano art. 212 k.p.c., co miało z kolei na celu pewne złagodzenie reguł funkcjonowania omawianej zasady. Zmiany te mogą mieć również pozytywny wpływ na stosowanie w praktyce art. 162 k.p.c., ze względu na wspólny w tym zakresie cel przedstawionej instytucji i dokonywanych przez ustawodawcę zmian. Ewolucja kontekstu normatywnego może się zatem po raz kolejny przyczynić do wzmocnienia pozycji art. 162 k.p.c. w polskim procesie cywilnym.

Do wzmocnienia stosowania tego przepisu mogą się także przyczynić sądy – w pierwszej instancji poprzez obiektywne podejście do zgłaszanych uwag i rzetelne zapisywanie ewentualnych zastrzeżeń, w drugiej instancji poprzez konsekwentne egzekwowanie skutków prekluzji przewidzianych przez art. 162 k.p.c.⁶². Niezbędne w tej kwestii jest także poważne traktowanie omawianej instytucji przez profesjonalnych pełnomocników.

57 Uchwała SN, sygn. akt III CZP 55/05; J. Gudowski, *op. cit.*, s. 728; K. Kołakowski, *op. cit.*, s. 820.

58 P. Osowy, *op. cit.*, s. 109.

59 E. Obara, *op. cit.*, s. 150-151.

60 Dz. U. nr 233, poz. 1381.

61 J. Gudowski, *op. cit.*, s. 728.

62 E. Obara, *op. cit.*, s. 151.

**Article 162 of the Polish Civil Procedure Code – application,
functions and its role in the civil process**

The paper aims to analyse article 162 of the Polish Civil Procedure Code. Pursuant to the article mentioned, parties are not only allowed but also obliged to notify the court of all procedural errors it has made. The purpose of this legal institution is to hasten and organize civil procedure. This paper illustrates the history of subject regulation. Subsequently, it focuses on the application and role of article 162 of the Polish Civil Procedure Code in current civil procedure. After analysing those matters, the conclusion is presented that the regulation provided by article 162 is inappropriate to the correct shaping of current civil procedure. The instant removal of all procedural errors that the court makes is essential to appropriate procedure in many ways.

KEYWORDS: civil procedure, article 162 of the Polish Civil Procedure Code, procedural errors

Zasada kontradyktoryjności a ewolucja i współczesny kształt postępowania cywilnego – zarys problematyki

Zasady prawa są jednym z podstawowych elementów każdego porządku prawnego. Rozumie się przez nie „wiązące prawnie normy, które są elementami danego systemu, ale które zajmują w tym systemie pozycję nadrzędną względem innych norm i którym wyznacza się w tym systemie szczególne role”¹. Wskazuje się przy tym, że ich podstawowe funkcje to wyznaczanie kierunków tworzenia prawa, kierunków interpretacji przepisów prawnych, określanie sposobów wykorzystania zakresu swobody pozostawionemu organowi stosującemu prawo². Zasady prawne są traktowane jako zagadnienie nieodzowne dla właściwej znajomości i stosowania prawa.

Tematyka zasad prawnych jest przedmiotem poważnego zainteresowania doktryny również w dziedzinie postępowania cywilnego. Ważę zasad doceniali i podkreślali najwybitniejsi polscy procesualiści – Franciszek Ksawery Fierich, Edward Waśkowski, Marian Waligórski, Stanisław Gołąb, Jerzy Jodłowski, Zbigniew Resich, Władysław Siedlecki, Witold Broniewicz³. Także współcześnie bogata literatura przedmiotu świadczy o żywym zainteresowaniu doktryny tą tematyką⁴. Bogate pole badawcze przyczynia się do różnorodnego ujęcia problematyki – opracowania niekiedy obejmują problem zasad prawnych w ogóle, czasem rozważają kwestie dotyczące kilku z nich, innym razem są to prace skupiające się na wybranej zasadzie prawnej.

W tematyce dotyczącej zasad postępowania cywilnego wyróżnia się pojęcie zasad naczelnych tego postępowania. Rangę zasady naczelnej uzyskują jedynie zasady

1 S. Wronkowska, *Podstawowe pojęcia prawa i prawoznawstwa*, 2005, s. 109-111.

2 *Ibidem*, s. 110-111.

3 J. Gudowski, *O kilku naczelnych zasadach procesu cywilnego – wczoraj, dziś, jutro*, [w:] *Prawo prywatne czasu przemian, księga pamiątkowa dedykowana profesorowi Stanisławowi Sołtyśnińskiemu*, red. A. Nowicka, 2005, s. 1015.

4 Nawet w podręcznikach dotyczących postępowania cywilnego można znaleźć bogate listy opracowań dotyczących tego przedmiotu, jedynie tytułem przykładu odsyłam do zestawienia przedstawionego w: *Postępowanie cywilne*, red. E. Marszałkowska-Krześ, 2011, s. 50.

będące ideami przewodnimi, założeniami stanowiącymi podstawy całego postępowania cywilnego, odnoszące się zatem do wszystkich jego instytucji oraz wskazujące sposoby i metody realizacji funkcji tego postępowania⁵. Do zasad naczelných postępowania cywilnego zalicza się między innymi tę stanowiącą przedmiot niniejszego opracowania – zasadę kontrydiktoryjności.

W ogólnym ujęciu stanowi ona, że to na stronach spoczywa ciężar przytoczenia okoliczności faktycznych i dowodów na ich poparcie. Rola sądu ogranicza się do oceny przedstawionego materiału i rozstrzygnięcia sprawy.

Wybór nie jest przypadkowy – poniższe rozważania mają na celu ukazanie znacznego wpływu tej zasady na kształt polskiego postępowania cywilnego, a także wskazanie jej miejsca i roli w procesie. Badanie ewolucji zasady kontrydiktoryjności i analiza jej współczesnego kształtu powinna ukazać ogromne znaczenie realizacji przedmiotowej zasady dla praktyki i sprawności wymiaru sprawiedliwości w sprawach cywilnych. Podjęte działania mają także pomóc w sformułowaniu wniosków, a także postulatów *de lege ferenda*.

Pełne i właściwe zrozumienie zasady kontrydiktoryjności można uzyskać jedynie wtedy, gdy zasady inne, pozostające z kontrydiktoryjnością w nierozzerwalnym i głębokim związku, omówione zostaną co najmniej w stopniu podstawowym. Dlatego też w toku wywodu zostaną zaprezentowane skrótowo one same oraz zależności zachodzące pomiędzy nimi a zasadą będącą tematem opracowania.

Historia i ewolucja zasady kontrydiktoryjności w postępowaniu cywilnym

Potrzebę wyróżnienia i konieczność stosowania w postępowaniu cywilnym zasady kontrydiktoryjności w polskiej doktrynie dostrzegano już pod koniec XIX w. Warto zauważyć, że pierwsze opracowania na jej temat pojawiły się wśród przedstawicieli polskiej nauki pod zaborami jeszcze na długo przed powstaniem pierwszego polskiego kodeksu postępowania cywilnego z 29 listopada 1930 r.⁶, którego tekst jednolity ogłoszono dnia 1 grudnia 1932 r.⁷ (dalej jako k.p.c. z 1930 r.). Chodzi tu o teksty autorstwa Antoniego Okolskiego i Karola Lutostańskiego⁸. Co ciekawe, autorzy zajęli w nich niemalże prze-

5 J. Jodłowski, Z. Resich, J. Lapierre, T. Misiuk-Jodłowska, K. Weitz, *Postępowanie cywilne*, Warszawa 2010, s. 128.

6 Dz. U. z 1930 r. nr 83, poz. 651.

7 Dz. U. z 1932 r. nr 112, poz. 934.

8 A. Okolski, *Forma kontrydiktoryjna w ustawodawstwie postępowania sądowego cywilnego z dnia 20 listopada 1864 r.*, 1880; K. Lutostański, *Z badań nad pierwiastkiem prywatnym i publicznym w procesie cywilnym*, 1907, *Cit. per.*: W. Broniewicz, *Zasada kontrydiktoryjności procesu cywilnego w poglądach nauki polskiej 1880–1980*, [w:] *Studia z prawa postępowania cywilnego, księga pamiątkowa ku czci Zbigniewa Resicha*, 1985 r., s. 39 i 41.

ciwstawne stanowiska – dostrzegając różne wady i zalety badanej zasady, wyprowadzili odmienne wnioski co do jej znaczenia.

Okolski postrzegał kontradiktoryjność jako „element” zasady rozporządzalności (dyspozycyjności), którą uważał za zasadę w ścisłym tego słowa znaczeniu. Twierdził, że możliwość rozporządzania swoimi prawami w procesie przyjmowała właśnie „formę kontradiktoryjną”. Istotę tej „formy” dostrzegał w obciążeniu stron przygotowaniem materiału faktycznego i ograniczeniu roli sędziego do sformułowania oceny prawnej. Stosunek Okolskiego do kontradiktoryjności był pozytywny, a jako jej zalety wskazywał umożliwienie zachowania bezstronności sędziemu, uwolnienie go od zbędnej pracy i przyspieszenie postępowania⁹.

Również Lutostański istotę „systemu dyspozycyjno-kontradiktoryjnego” utożsamiał z obowiązkiem dostarczenia materiału dowodowego przez strony i niejako bierną rolę sędziego. W swojej pracy skupił się jednak na porównaniu kontradiktoryjności i systemu oficjalno-śledczego, ewidentnie faworyzując ten drugi, a przy tym wiążąc go wyrażnie z zasadą prawdy materialnej¹⁰.

Żaden z wskazanych autorów nie mógł spodziewać się, że w ciągu następnych dziesięcioleci wizje procesu cywilnego zarysowane w ich przeciwstawnych stanowiskach będą się ścierać tak intensywnie i staną się przedmiotem weryfikacji przez doktrynę i praktykę. Przez następne sto lat trwała intensywna fluktuacja polskiego postępowania cywilnego, oscylującego pomiędzy procesem opartym w przeważającej mierze na kontradiktoryjności i prawdzie formalnej, a tym opartym na zasadach im odwrotnych – śledczej i prawdy materialnej.

Kolejny etap w historii rozwoju omawianej zasady rozpoczyna się wkrótce po odzyskaniu przez Polskę niepodległości – podjęto wtedy wysiłki mające na celu utworzenie nowego polskiego prawa, jednoczącego naród i pozwalającego należycie funkcjonować społeczeństwu i państwu. Starania te dotyczyły również płaszczyzny procedury cywilnej. Przed Komisją Kodyfikacyjną RP i doktryną stały znaczne trudności. Różnorodność systemów prawnych zaborców, a także wynikające stąd odmienności w mentalności i praktyce, niewspółmierny poziom doktryny w różnych zaborach¹¹ – to jedynie główne problemy przy tworzeniu prawa po odzyskaniu niepodległości.

Mimo wymienionych przeszkód wysiłki polskich kodyfikatorów przyniosły owoc – kodeks postępowania cywilnego z 1930 r., – „dzieło wybitne, akt prawny spójny, nowoczesny, oryginalny i użyteczny”¹². Ustawę oparto na zasadach prawdy formalnej i pełnej kontradiktoryjności¹³. Jedynie zupełnie wyjątkowo w kodeksie pojawiały się elementy ofi-

⁹ W. Broniewicz, *op. cit.*, s. 40.

¹⁰ *Ibidem*, s. 41-45.

¹¹ J. Gudowski, *op. cit.*, s. 1016.

¹² *Ibidem*.

¹³ K. Knoppek, *Zmierzch zasady prawdy obiektywnej w procesie cywilnym*, „Palestra” nr 1-2, 2005, s. 9.

cialno-śledcze, jak np. art. 244, 266, 282, 304, 315 i 323 k.p.c. z 1930 r., przyznające sądowi inicjatywę dowodową i upoważniające sąd do powoływania biegłych, zarządzania oględzin albo dowodu z przesłuchania świadków i dowodu z dokumentów. W minimalnym zakresie możliwe było także dochodzenie do prawdy materialnej (jednakże tylko co do faktów nie mających znaczenia dla okoliczności sprawy)¹⁴. Trzeba jednak zauważyć, że nieliczne elementy oficjalno-śledcze oraz skromne przejawy prawdy materialnej w k.p.c. z 1930 r. były wyraźnie traktowane jako odstępstwa od zasady ogólnej, czemu wyraz dał także SN, formułując tezę, w myśl której przepisy przewidujące aktywność sądu w procesie są tylko wyjątkami od reguły, a proces polega na wspieraniu go przez strony – nie na czynności inkwizycyjnej sądu¹⁵. W literaturze¹⁶ dotyczącej zasady kontradiktoryjności wymieniano zalety, jakie ze sobą niesie: najlepiej prowadzi do odkrycia prawdy, odpowiada prywatnemu charakterowi praw znajdujących obronę w procesie cywilnym¹⁷, pobudza strony do aktywności w procesie, a tym samym ma wpływ wychowawczy na obywateli¹⁸.

Równocześnie zauważono jednak, że kontradiktoryjność działa najlepiej, a jej zalety wyrażają się w sposób najpełniejszy w takim postępowaniu, w którym panuje rzeczywistość, a nie tylko formalna równość stron. Faktyczną równość utożsamiano z przymusem adwokackim – uważano, że fachowe wsparcie specjalistów pomoże wyrównać realną pozycję stron¹⁹. W tym miejscu warto zauważyć, że pojawiły się również głosy, że zupełna kontradiktoryjność nie jest rozwiązaniem idealnym. Zaczęto bowiem dostrzegać problem konieczności interwencji sądu w skrajnych przypadkach (np. procesu fikcyjnego), której to kompetencji sąd nie posiadał²⁰. Uważano za konieczne uzupełnienie procesu domieszką śledczą, umożliwiającą sądowi w odpowiednim zakresie pomoc stronom w ustaleniu istotnych okoliczności sprawy²¹.

Warto jednak zdać sobie sprawę z tego, że mimo pewnych niedociągnięć i potrzeby wprowadzenia nieznacznych korekt, k.p.c. z 1930 r. funkcjonował wyjątkowo sprawnie, zapewne właśnie dzięki znacznej przewadze zasad prawdy formalnej i kontradiktoryjności²². Przedstawiony stan rzeczy nie trwał jednak długo.

14 A. Jakubecki, *Kontradiktoryjność a poznanie prawdy w procesie cywilnym w świetle zmian kodeksu postępowania cywilnego*, „Przegląd Sądowy” nr 10, 1998, s. 64-65.

15 Orzeczenie SN, sygn. akt C III 1217/34.

16 Wiele uwagi tej zasadzie poświęcił w okresie międzywojennym E. Waśkowski, v. *System procesu cywilnego*, 1932, a także *Podręcznik procesu cywilnego*, 1933.

17 W. Broniewicz, *op. cit.*, s. 45.

18 W. Siedlecki, *Zasada kontradiktoryjna i śledcza w polskim procesie cywilnym*, „Państwo i Prawo” nr 2, 1953, s. 233.

19 A. Jakubecki, *op. cit.*, s. 64.

20 W. Siedlecki, *op. cit.*, s. 234. Wskazuje on na stanowisko E. Waśkowskiego, a dalej S. Gołąba, wspominającego nawet o kryzysie wymiaru sprawiedliwości.

21 Z. Resich, *Zasada dyspozycyjności i kontradiktoryjności w procesie cywilnym PRL*, „Państwo i Prawo” nr 7-8, s. 60.

22 K. Knoppek, *op. cit.*, s. 9.

Wraz z końcem drugiej wojny światowej w Polsce doszło do zmiany ustroju państwa. Ówczesne władze rozpoczęły budowę ustroju socjalistycznego, co musiało bezpośrednio wpłynąć na kształt systemu prawnego. Doszło do fundamentalnych zmian jego podstaw – przede wszystkim ideologicznych – a co za tym idzie, również pełnionych przezeń funkcji. Stopniowo przeobrażało się całe prawo, także postępowanie cywilne. Gruntownej przebudowie towarzyszyła rewizja fundamentalnych zasad procesu, między innymi zasady kontrydiktoryjności.

Szczególnie początkowy okres socjalizmu zdominowała ideologia. Liczni autorzy mocno podkreślali diametralne różnice pomiędzy systemem socjalistycznym i burżuazyjnym, poddając szczegółowej krytyce założenia i rozwiązania tego drugiego²³. W literaturze niezwykle precyzyjnie odgraniczono oba systemy prawne. W ustroju „burżuazyjnym” upatrywano fasadowości. Formalną równość stron opisywano z ogromnym dystansem. Nieraz w piśmiennictwie nazywano ją właściwie kłamstwem – próbą ukrycia przez klasę posiadającą ochrony swojej pozycji, środkiem szykanowania mas pracujących. Wprost wskazywano, że ze względu na faktyczną nierówność stron uzyskanie sprawiedliwości okazuje się zwyczajnie niemożliwe. Wyraźnie podkreślano, że państwo również jest zainteresowane utrzymaniem obecnych stosunków społecznych i ochroną kapitalistów. Cały system ochrony prawnej był więc w ocenie wielu przedstawicieli doktryny socjalistycznej nakierowany jedynie na ochronę interesów klasy posiadającej i utrzymanie w tajemnicy opisanego wyżej mechanizmu. W omawianym okresie ze znacznym dystansem podchodzono do teorii i doktryny państw zachodnich, często wykazując przy tym ich całkowitą zawodność²⁴. Według doktryny socjalistycznej nie do zaakceptowania były też funkcje przypisywane procesowi, w tym zasadzie kontrydiktoryjności, w procesie burżuazyjnym.

W opozycji do obarczonego – w ocenie licznych autorów – poważnymi wadami i fałszem „procesu burżuazyjnego”²⁵, stawiano proces socjalistyczny, będący remedium na wszystkie „bólczki” tego pierwszego. Zmieniono cele wymiaru sprawiedliwości, który – uzyskując funkcję społeczną²⁶ – miał od tej pory brać aktywny udział w poszukiwaniu prawdy, realizując socjalistyczną praworządność. Czynna rola sądu powinna umożliwić mu wyjście ze schematu dogmatycznego podejścia do interesów stron, pozwolić ustalić prawdę materialną, a tym samym zadbać o interes mas pracujących, interes narodu²⁷. Wielu autorów wskazywało, że dopiero w systemie socjalistycznym sąd jest w stanie wymierzyć sprawiedliwość, o czym nie może być mowy w wypaczonym procesie burżuazyj-

23 Cf. W. Siedlecki, *op. cit.*, s. 231-240; Z. Resich, *op. cit.*, s. 56-60.

24 W. Siedlecki, *op. cit.*, s. 235.

25 Mianem tym określano postępowanie cywilne w kształcie obowiązującym w krajach o ustroju opartym o wolny rynek.

26 Z. Resich, *op. cit.*, s. 60.

27 W. Siedlecki odwołuje się tu do poglądów A. Wyszyńskiego, v. W. Siedlecki, *op. cit.*, s. 238.

nym, którego pryncypia spotkały się – słusznie – z krytycznymi opiniami przedstawicieli doktryny socjalistycznej.

Jak zostało wspomniane, z nieprzychylnymi ocenami spotkała się również zasada kontrydiktoryjności. Nakreślony wyżej kontekst historyczny jest konieczny dla lepszego zrozumienia ewolucji zasady sporności w tym czasie. W okresie PRL została ona bowiem dotknięta poważnymi zmianami. Zasadniczo przebiegały one dwutorowo: w sposób bezpośredni, przez usiłowanie „wpasowania” tej zasady w rzeczywistość socjalistyczną przez doktrynę i judykaturę oraz w sposób pośredni, przez wprowadzenie zasady prawdy obiektywnej jako głównej zasady polskiego procesu cywilnego.

W celu „wpasowania” zasady kontrydiktoryjności w nową rzeczywistość powoli nadawano jej odmienne, zgodne między innymi z zasadą prawdy obiektywnej znaczenie. Co interesujące, początkowo jednolite (przynajmniej w ogólności) poglądy na ten temat w późniejszym okresie uległy poważnemu zróżnicowaniu²⁸, co zostanie wskazane w dalszej części opracowania.

Pierwotnie, w latach pięćdziesiątych i na początku lat sześćdziesiątych XX wieku, kontrydiktoryjność łączono z zasadą oficjalno-śledczą, usiłując pogodzić znacznie wzbogacone uprawnienia sądu i oryginalną nowość procesu socjalistycznego – udział prokuratora z obciążeniem stron obowiązkiem czynnego wspierania procesu. Wydaje się, że większy nacisk na zasadę śledczą i prawdy obiektywnej kładł Władysław Siedlecki, a nieco bardziej umiarkowane stanowisko w tej mierze zajął Zbigniew Resich. Warto odnotować, że pierwszy z autorów mocno rozwinął tę tematykę, w przyszłości opowiadając się za zasadą współdziałania uczestników procesu, o czym dalej.

Siedlecki w swoim wywodzie na pierwszy plan wysuwa postulat, by w socjalistycznym procesie cywilnym połączyć w sposób harmonijny prawa i obowiązki zarówno stron, jak i sądu, tak aby niejako wspólnym wysiłkiem ustalić materiał faktyczny dla jego prawnej oceny²⁹. Autor ten mocno podkreśla rolę sądu w przyczynianiu się do wyjaśnienia sprawy. Stanowczo opowiada się za prawdą materialną i obowiązkiem sądu dążenia do jej wykrycia, mocno opierając się przy tym na ideologii socjalistycznej³⁰. Jego poglądy trafnie podsumowuje niniejszy cytat:

działalność procesowa stron – jak stwierdza nauka radziecka – jest koniecznym elementem radzieckiego procesu cywilnego, tak jak koniecznym elementem jest tu aktywność sądu i prokuratora, stanowiąca ingerencję w walkę i współzawodnictwo stron. W ten sposób – jak mówi A. F. Klejnman – radziecka zasada

28 J. Jodłowski, *Zasady naczelnego socjalistycznego postępowania cywilnego*, [w:] *Wstęp do systemu prawa procesowego cywilnego*, red. J. Jodłowski, 1974, s. 59-60.

29 W. Siedlecki, *op. cit.*, s. 236-240

30 *Ibidem*, s. 236-237.

sporności, różniąc się zasadniczo od burżuazyjnej, tak zwanej „czystej” sporności, rozwija potężny środek w rękach państwa dla ustalenia prawdy materialnej, ochrony interesów państwa i mas pracujących oraz wyrobienia dyscypliny socjalistycznej³¹.

Również przedstawione przez Siedleckiego postulaty i kierunki wykładni wyraźnie mają na celu wcielenie przedstawionych poglądów w życie. Zapatrywania te doprowadzą ostatecznie Siedleckiego do zupełnie nowego spojrzenia na tę problematykę i promowania nowej zasady procesowej³².

Resich prezentuje podobne stanowisko, jednak wydaje się ono łagodniejsze, wyważone nieco bardziej na korzyść zasady kontrydiktoryjności. Przestrzega on między innymi, „aby do naszego procesu nie przeniknęły w sposób przesadny elementy śledcze”³³. Również omawiając konkretne punkty przyszłych zmian procesu cywilnego cechuje się ostrożnością – jak pisze:

zaprojektowane przepisy nadałyby zasadzie sporności nową treść, polegającą na tym, że regułą byłaby w zakresie ustalania zakresu potrzebnego materiału procesowego inicjatywa stron oraz obowiązek pomocy sądu w jej pobudzaniu, nadaniu właściwego kierunku i zapewnieniu prawidłowej ochrony, działanie zaś sądu z urzędu byłoby wyjątkiem³⁴.

Zarysowane przez wymienionych autorów i innych przedstawicieli doktryny zalecenia, a także całkiem odmienna od zachodnich wizja socjalistycznego procesu cywilnego, wymagały jednak nowych rozwiązań. W ocenie ówczesnej doktryny szybko stało się bowiem oczywiste, że k.p.c. z 1930 r., „obciążony teoriami burżuazyjnymi”, nie zdoła utrzymać się w nowej rzeczywistości, do której nie przystaje.

Podążając za głównymi kierunkami sformułowanymi w doktrynie oraz realizując naczelne pryncypia PRL, w dniu 17 listopada 1964 r. uchwalono nowy kodeks postępowania cywilnego, który wszedł w życie dnia 1 stycznia 1965 r. (dalej: k.p.c. z 1964 r.)³⁵. Realizował on w pełni wcześniejsze postulaty – był oparty w całości na zasadzie tzw. prawdy obiektywnej, która jednocześnie urosła do rangi „zasady zasad”³⁶. Ujmując rzecz skrótowo, można powiedzieć, że była to zasada prawdy materialnej, według której celem procesu jest dążenie do wykrycia prawdy, aczkolwiek całkowicie owładnięta ideologią.

31 *Ibidem*, s. 239.

32 V. W. Siedlecki, *Zasada kontrydiktoryjności (sporności), czy zasada współdziałania podmiotów postępowania cywilnego*, „Państwo i Prawo” nr 5, 1975.

33 Z. Resich, *op. cit.*, 60.

34 *Ibidem*, s. 64.

35 Dz. U. z 1964 r. nr 43 poz. 296.

36 J. Gudowski, *op. cit.*, s. 1019.

Objawiało się to bezwzględny dążeniem do wykrycia obiektywnej prawdy i zdecydowanym odgraniczaniem procesu socjalistycznego od burżuazyjnego³⁷.

W niedługim czasie po wejściu w życie nowego kodeksu, rozważania nad treścią zasady kontradiktoryjności osiągnęły nowy poziom. W latach siedemdziesiątych XX w. doszło do znacznych rozbieżności w doktrynie. W analizowanym okresie największe znaczenie miał rozdzwitek w rozumieniu zasady sporności, który powstał pomiędzy Siedleckim i Jerzym Jodłowskim. Pierwszy z autorów, co zostało już zauważone, stał się zwolennikiem nowej zasady procesowej, a mianowicie współdziałania podmiotów postępowania. Rozwijając swoje wcześniejsze wywody, mając na uwadze „harmonijne połączenie praw” uczestników postępowania oraz współpracę uczestników i sądu w dążeniu do wykrycia prawdy, uznał, że obecnie zamiast kontradiktoryjności lepiej mówić właśnie o zasadzie współdziałania podmiotów postępowania. Nie negował przy tym samego sporu, ale również wpisywał go w nowy kontekst – strony pozostają bowiem w sporze, ale współpracują z sądem. Autor jednocześnie podkreślał, że pomoc sądu ma jedynie charakter pomocniczy i uzupełniający³⁸. Stanowisko to poddał krytyce Jodłowski³⁹. Stanowczo negował możliwość współpracy podmiotów postępowania, zarzucał takiemu rozumieniu nadawanie „sielankowego” charakteru polskiemu procesowi cywilnemu i zniekształcanie jego obrazu. Zarzucał nowo sformułowanej zasadzie negowanie samych podstaw postępowania spornego. Był zdecydowanym przeciwnikiem wypaczania sporności, ujmowania jej w sposób zbyt krańcowy przez położenie nadmiernego nacisku na rolę sądu w dochodzeniu do prawdy. Sam rozumiał socjalistyczną kontradiktoryjność jako:

wyraz realizacji uprawnień stron (a zarazem ich obowiązków i ciężarów procesowych) w zakresie wskazywania stosunków i okoliczności faktycznych, które są między nimi sporne, z których wywodzą swoje prawa i na których opierają swoje żądania i zarzuty, powoływania dowodów, wypowiedzania się co do twierdzeń, zarzutów i wniosków strony przeciwnej i dowodów przez nie przedstawionych, a także materiału procesowego gromadzonego przez sąd z urzędu⁴⁰.

Jednakże największe znaczenie dla kształtu zasady kontradiktoryjności w procesie socjalistycznym miał inny czynnik. Zostało wcześniej zauważone, że ewolucja sporności w okresie PRL poddana była dwóm głównym źródłom oddziaływania – „wpasowywaniu” w realia przez nadawanie nowej treści oraz wpływowi naczelnej zasady prawdy

37 Bardzo ciekawie i zwięźle na ten temat J. Gudowski, *op.cit.*, s. 1020.

38 Zwięźle i przystępnie na temat poglądów W. Siedleckiego: W. Broniewicz, *op. cit.*, s. 47-50.

Wskazany autor wymienia również inne relewantne źródła.

39 J. Jodłowski, *op. cit.*, s. 84-97.

40 *Ibidem*, s. 95-96.

obiektywnej, wyrażonej w art. 3 § 2 k.p.c. z 1964 r. na całe postępowanie. Właśnie ten czynnik okazał się mieć przemożne znaczenie dla kontrydiktoryjności. Różnicę pomiędzy prawdą materialną a obiektywną wskazał sam SN w Uchwale Całej Izby Cywilnej z dnia 27 czerwca 1953 r., C. Prez. 192/52, gdzie tłumaczył, że:

państwo socjalistyczne jest zainteresowane w wykryciu rzeczywistego układu stosunków społeczno-gospodarczych, będących podstawą stosunków prawnych. Dlatego też stawia ono przed wymiarem sprawiedliwości zadanie wszechstronnego wyjaśnienia w procesie cywilnym każdego stosunku, ustalenia rzeczywistego stanu rzeczy i wydania orzeczenia odpowiadającego faktom istniejącym obiektywnie, tj. prawdzie obiektywnej⁴¹.

Udzielone wskazówki na dziesiątki lat ustaliły „właściwy” kierunek w postępowaniu cywilnym. Mimo usilnych starań doktryny, mających na celu nadanie odpowiedniego kształtu zasadzie kontrydiktoryjności, została ona właściwie wyeliminowana z praktyki. Przedstawiciele nauki dostrzegali ten problem i byli przeciwni takiemu rozwojowi wypadków, niestety wysiłki doktryny nie przynosiły zadowalających rezultatów. Okres dominacji zasady prawdy obiektywnej trafnie podsumował Jacek Gudowski:

zasada prawdy obiektywnej, łącznie z zasadą inkwizycyjności, spowodowały także niemal całkowite uśpienie inicjatywy stron i pełnomocników, przy jednoczesnym zwolnieniu ich z jakiegokolwiek odpowiedzialności za wynik sprawy; cała odpowiedzialność została przerzucona na sąd⁴².

Zasada prawdy obiektywnej, która miała być największą zaletą socjalistycznego postępowania cywilnego, stała się jego największym ciężarem. Podstawy ideologiczne systemu nie pozwalały jednak na naprawę sytuacji. Na nowe spojrzenie i poprawę trzeba było czekać do kolejnej zmiany ustroju państwa.

Kolejną przebudowę k.p.c. rozpoczęto w dniu 1 lipca 1996 r., wraz z wejściem w życie nowelizacji k.p.c. dokonanej ustawą z dnia 1 marca 1996 r.⁴³. W kwestii będącej przedmiotem niniejszych rozważań wprowadzono zasadniczą zmianę – usunięto art. 3 § 2, który statuował zasadę prawdy obiektywnej. Ograniczono tym samym aktywność sądu w zakresie zbierania materiału procesowego niezbędnego do rozstrzygnięcia sprawy⁴⁴. Obowiązek stron i uczestników postępowania dostarczenia materiału faktycznego i dowodowego nabrał nowego znaczenia – wyraźnie wzmocniono tym samym zasadę kon-

41 *Cit. per.*: J. Gudowski, *op. cit.*, s. 1020.

42 *Ibidem*, s. 1021.

43 Dz. U. 1 996 r. nr 45 poz. 189.

44 A. Jakubecki, *op. cit.*, s. 84.

tradukcyjności, właściwie przywracając ją do życia. Kierunek zmian został utrzymany w drugiej poważnej nowelizacji k.p.c., dokonanej ustawą z dnia 2 lipca 2004 r.⁴⁵, która weszła w życie dnia 5 lutego 2005 r. Ustawodawca jeszcze bardziej wzmocnił zasadę kontradukcyjności, usuwając z kodeksu pozostałości prawdy obiektywnej⁴⁶. Uciążliwe i praktycznie niemalże niemożliwe do wypełnienia obowiązki sądu stały się przeszłością. Należy w pełni zgodzić się z Krzysztofem Knopkiem⁴⁷, że tym samym ustawodawca w istocie zachęca strony do wysiłków zmierzających do wykrycia prawdy. Nagrodą za trud ma być uzyskanie korzystnego rozstrzygnięcia w procesie. Zdaniem tego autora powyższe spostrzeżenie ma związek z jedną z naczelných zasad współczesnego postępowania cywilnego – zasady kontradukcyjności.

Kontradukcyjność po wejściu w życie nowelizacji k.p.c. z dnia 16 września 2011 r.

Kontradukcyjność – inaczej sporność – w najbardziej podstawowym ujęciu polega na tym, że to na stronach ciąży obowiązek przygotowania materiału faktycznego, a z kolei sąd ogranicza się jedynie do jego oceny⁴⁸. Warto zwrócić uwagę, że kontradukcyjność w pełni występuje w postępowaniu procesowym, a jest nieco ograniczona w postępowaniu nieprocesowym ze względu na obecny tam silniej interes publiczny⁴⁹.

Kontradukcyjność postępowania cywilnego realizuje się w wielu przepisach k.p.c. Andrzej Jakubecki wskazuje na art. 3, 187, 210, 217, 230, 493 k.p.c.⁵⁰. Należy jednak wziąć pod uwagę również: art. 126 § 1 pkt 3, dodany nowelizacją z 16 września 2011 r. § 2 w art. 6 oraz inne (niż art. 493) normy dotyczące pominięcia przez sąd spóźnionych twierdzeń i dowodów, tj. art. 207 § 6, art. 217 § 2, art. 344 § 2 zd. 2, art. 381 i art. 503 § 1 zd. 3 k.p.c.⁵¹.

Art. 3 k.p.c.. w obecnym brzmieniu statuuje zasadę prawdy – strony, uczestnicy postępowania oraz ich pełnomocnicy powinni składać wszelkie oświadczenia procesowe zgodnie z prawdą. Przepis ten wymaga również, aby strony i uczestnicy postępowania przedstawili stan faktyczny sprawy i to w pełnym zakresie, z wyłączeniem jedynie tych okoliczności, które narażają na hańbę⁵², poniżających i mogących przyczynić się do od-

45 Dz. U. z 2004 r. nr 172, poz. 1804.

46 Ze względu na rozmiary opracowania, jedynie na marginesie można wspomnieć o powstałym na tym tle sporze dotyczącym obowiązywania zasady prawdy i jej kształtu; v. K. Knoppek, *op. cit.*, s. 11.

47 *Ibidem*, s. 13.

48 Ogólne rozumienie tej zasady można przyjąć za powszechne, tak m. in.: W. Siedlecki, *op. cit.*, s. 232; A. Jakubecki, *op. cit.*, s. 64; J. Gudowski, *op. cit.*, s. 1028.

49 J. Gudowski, *op. cit.*, s. 1029.

50 A. Jakubecki, *op. cit.*, s. 67.

51 K. Weitz, P. Grzegorzczak, *Komentarz do art. 6 k.p.c.*, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego, komentarz*, red. T. Ereciński, Warszawa 2012 r., s. 136.

52 K. Piasecki, *Komentarz do art. 3 k.p.c.*, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego, komentarz do*

powiedzialności karnej. Obowiązkiem jest więc złożenie wyjaśnień kompletnych, a nie ograniczenie się do przedstawienia jedynie okoliczności korzystnych dla przytaczającego⁵³. Nowelizacją z dnia 16 września 2011 r. wprowadzono ponadto wymóg, by wyjaśnienia składano w dobrej wierze⁵⁴. Zasada kontrydiktoryjności jest więc w tym przepisie zaznaczona w sposób wyraźny, przy czym została powiązana przez ustawodawcę z zasadą prawdy. Podstawowy, wynikający ze sporności obowiązek przedstawienia faktów i dowodów doznaje istotnej modyfikacji – wymaga się, aby były one prawdziwe. Strona bądź uczestnik postępowania naraża się bowiem na dokonanie niekorzystnych dla siebie ustaleń, a także na konsekwencje wynikające z wyłączenia dopuszczalności dowodów w II instancji⁵⁵.

Kolejna ważna norma wynika z § 2 art. 6 k.p.c. – dodanego w nowelizacji z 16 września 2011 r. W ten sposób odpowiedzialnością za szybkie i sprawne postępowanie obciążono także strony i uczestników postępowania. Regulacja zawarta w art. 6 § 2 pozostaje w ścisłym związku z art. 3 k.p.c. oraz z przepisami, z których wynika ciężar przytaczania okoliczności faktycznych – art. 126 § 1 pkt 3, art. 187 § 1 pkt 2, art. 210 § 1 zd. 1 – a także przepisami sankcjonującymi spóźnione przedstawianie twierdzeń i dowodów (wymienionymi wyżej)⁵⁶. Kontrydiktoryjność została zatem przez ustawodawcę powiązana z dążeniem do zapewnienia szybkości postępowania i skupienia materiału dowodowego. Regulacja ma więc poważny wpływ na praktykę – zmusza strony i uczestników postępowania do nie tylko aktywnego, ale również lojalnego wspierania procesu. Nie może być bowiem mowy o celowym, a nawet wynikającym z niedbalstwa uderzeniu w sprawność i szybkość postępowania.

W normie z art. 126 § 1 pkt 3 ustawodawca wyraża ogólny, podstawowy obowiązek zawarcia w treści pisma procesowego, przez podmiot wnoszący pismo, wniosków bądź oświadczeń oraz wynikający stąd ciężar przytoczenia stosownych okoliczności faktycznych i dowodów na ich poparcie⁵⁷. Wymogiem formalnym jest zatem również zamieszczenie w piśmie procesowym osnowy wniosku, przy czym musi być ona sformułowana w odpowiedni sposób, spełniający wyżej wymienione wymagania⁵⁸. Orzeczeniem z dnia 23 maja 1997 r.⁵⁹ SN wskazał, że między innymi właśnie z tego przepisu wynika obowiązek wyczerpującego przedstawienia w piśmie procesowym okoliczności

art. 1-366, red. K. Piasecki, Warszawa 2010, s. 86.

53 *Ibidem*, s. 86.

54 T. Ereciński, *Komentarz do art. 3 k.p.c.*, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego, komentarz*, red. T. Ereciński, 2012, s. 117.

55 *Ibidem*, s. 117.

56 K. Weitz, P. Grzegorzcyk, *ibidem*, s. 132.

57 M. Jędrzejewska, aktualizacja K. Weitz, *Komentarz do art. 126 k.p.c.*, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego, komentarz*, red. T. Ereciński, Warszawa 2012, s. 570.

58 A. Zieliński, *Komentarz do art. 126 k.p.c.*, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego, komentarz*, red. A. Zieliński, Warszawa 2012, s. 248.

59 Orzeczenie SN sygn. akt III CKN 86/97.

faktycznych⁶⁰. W bliskim związku z art. 126 pozostaje art. 187 k.p.c., który określa warunki, jakie musi spełniać kwalifikowane pismo procesowe, jakim jest pozew. W punkcie 2 § 1 tego przepisu czytamy, że pozew, oprócz spełnienia innych warunków dla pism procesowych, powinien zawierać „przytoczenie okoliczności faktycznych uzasadniających żądanie, a w miarę potrzeby uzasadniających również właściwość sądu”. Wskazanie okoliczności faktycznych jest więc bez wątpliwości obligatoryjnym elementem pozwu. Dodatkowo podkreśla się, że musi ono nastąpić w takich granicach, aby sąd mógł stwierdzić, że wyrażone w pozwie żądanie znajduje w nich uzasadnienie⁶¹. Zwraca się również uwagę, że nieprzytoczenie w pozwie choćby minimum okoliczności faktycznych jest brakiem, którego nie można uzupełnić w oparciu o art. 130 k.p.c.⁶². O wadze wymogu wyrażonego w art. 187 § 1 pkt 2 obowiązku świadczy również fakt, że sąd nie może zasądzić czegokolwiek na podstawie stanu faktycznego innego niż ten przytoczony przez powoda⁶³. Sąd nie jest bowiem władny zmienić tej podstawy – okoliczności faktyczne w istocie indywidualizują zgłoszone żądanie i zwyczajnie muszą być podane w takim zakresie, aby sąd w ogóle miał możliwość sprawdzenia zasadności powództwa⁶⁴. Powód musi więc we własnym interesie dołożyć należytej staranności przy wskazywaniu okoliczności faktycznych. Z omawianego przepisu wynika także obowiązek poparcia wskazanych faktów stosownymi dowodami – regulacja ta pozostaje zatem w związku z art. 3 i 6 § 2 oraz art. 126 § 1 pkt 3 k.p.c. Dzięki temu ustawodawca wskazuje szczegółowo sposób, w jaki powód powinien dopełnić swojego ogólnego obowiązku dostarczenia materiału faktycznego i dowodowego dla sądu. Powód nie jest obowiązany podawać podstawy prawnej swojego powództwa, gdyż ocena prawna sprawy należy do sądu, aczkolwiek wskazanie takie określa pośrednio okoliczności faktyczne danej sprawy, nie jest zatem bez znaczenia dla jej rozpoznania⁶⁵. Normy z art. 126 § 1 pkt 3 oraz art. 187 § 1 pkt 1 k.p.c. są kolejnymi wyrazami zasady kontrydiktoryjności w procesie cywilnym. W ich treści wymienione zostały dalsze szczegóły dotyczące realizacji przedmiotowej zasady w praktyce – dookreślono obowiązek podawania przez strony okoliczności faktycznych. Poza rozprawą ustawodawca wymaga od stron posługiwania się pismami procesowymi spełniającymi odpowiednie wymogi. Tak sformułowane pisma sprzyjają kreowanemu przez prawodawcę modelowi sporności. Przy tej sposobności nie można zapomnieć o dominującej zasadzie ustności i art. 217 § 1 k.p.c., pozwalającym na przytaczanie okoliczności faktycznych i dowodów w trakcie ustnej rozprawy. Pisma procesowe

60 Cf. K. Kołakowski, *Komentarz do art. 126 k.p.c.*, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego, komentarz do art. 1-366*, red. K. Piasecki, Warszawa 2010, s. 575.

61 M. Jędrzejewska, aktualizacja K. Weitz, *op. cit.*, s. 904.

62 *Ibidem*, s. 904.

63 A. Zieliński, *op. cit.*, s. 350.

64 B. Czech, *Komentarz do art. 187 k.p.c.*, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego, komentarz do art. 1-366*, red. K. Piasecki, Warszawa 2010, s. 987.

65 A. Zieliński, *op. cit.*, s. 351.

uzupełniają zatem tę regulację, pozwalając w pewnym zakresie na działalność stron także poza rozprawą, w formie pisemnej. Ustawodawca – w omawianych wyżej przepisach – pośrednio wyraża również postulaty szybkiego i sprawnego postępowania – art. 126 § 1 pkt 3, 187 § 1 pkt 1 oraz art. 217 § 1 pozostają bowiem w istotnym związku z art. 207 § 6 oraz art. 217 § 2 k.p.c.

Regulacje zawarte w art. 207 § 6 i art. 217 § 2 k.p.c. należą do grupy norm dyscyplinujących. We wcześniejszej części niniejszego opracowania zaliczone do niej zostały także inne przepisy sankcjonujące opieszałość oraz niestaranność stron oraz uczestników postępowania przy wspieraniu postępowania poprzez przedstawienie stosownych podstaw faktycznych i odpowiadającego im materiału dowodowego – przepisy art. 344 § 2 zd. 2, art. 381 i art. 503 § 1 zd. 3 k.p.c. Na tym etapie należy przyrzeć się nieco bliżej tym regulacjom i ich relacji do zasady kontryktoryjności.

Jak już wcześniej wspomniano, art. 6 § 2 k.p.c. nakłada na strony obowiązek powoływania twierdzeń faktycznych i dowodów we właściwym czasie – kiedy jest to możliwe i wymagane ze względu na sytuację procesową w postępowaniu⁶⁶. Naprzeciw tym założeniom wychodzi właśnie norma art. 207 § 6 k.p.c.⁶⁷, która zawiera dotkliwą dla stron sankcję – pominięcie spóźnionych twierdzeń i dowodów niezgłoszonych przez stronę chyba, że strona uprawdopodobni, że nie zgłosiła ich w pozwie, odpowiedzi na pozew lub w dalszym piśmie przygotowawczym bez swojej winy lub że uwzględnienie spóźnionych twierdzeń i dowodów nie spowoduje zwłoki w rozpoznaniu sprawy albo zachodzą inne wyjątkowe okoliczności. Warto zauważyć, że art. 207 § 6 k.p.c. stanowi konkretyzację i uzupełnienie art. 217 § 2 – jest bezpośrednią podstawą do pominięcia przez sąd spóźnionych twierdzeń i dowodów, które strona powinna była wcześniej powołać w pozwie, odpowiedzi na pozew lub dalszym piśmie przygotowawczym, niezależnie od tego, czy obecnie są wskazane przez stronę na rozprawie bądź w piśmie przygotowawczym złożonym zgodnie z art. 207 § 3. W ten sposób powstaje bowiem nowy, kompletny system koncentracji materiału procesowego, uzupełnianego przez pozostałe wspomniane wcześniej przepisy – art. 344 § 2 zd. 2, 493 § 1 zd. 3, art. 503 § 1 zd. 3⁶⁸.

Ważnym elementem tego systemu jest także norma wynikająca z art. 217 § 2 k.p.c., który wskazuje zasadnicze ramy czasowe dla prezentacji faktów i dowodów przez strony oraz statuuje zasadę jednolitości rozprawy⁶⁹. Ponownie na strony nakładany jest obowiązek aktywnego wspierania toczącego się procesu, tak aby postępowanie przebiegało szybko i sprawnie. Jednocześnie ochronie podlega strona, która nie wypełniła dyspozycji ustawowych bez swojej winy. Ustawodawca wyraża tym samym dążenie do skupienia materiału dowodowego, dbając o właściwy i sprawny przebieg postępowania. Warto

66 K. Weitz, P. Grzegorzczak, *op. cit.*, s. 1002.

67 *Ibidem*, s. 1002.

68 *Ibidem*.

69 *Ibidem*, s. 1032.

nadmienić, że omawianej normie nadaje się miejsce centralne w nowym systemie koncentracji materiału procesowego. Dalsze regulacje stanowią niejako uszczegółowienie i egzemplifikację art. 217 § 2 k.p.c. – mowa tu o art. 207 § 6 k.p.c.; a także uzupełniają art. 217 § 2 i dostosowują go do struktury postępowania zaocznego – tak art. 344 § 2 zd. 2 k.p.c., niektórych postępowań odrębnych – art. 493 § 1 zd. 3 dla postępowania nakazowego i art. 503 § 1 zd. 3 dla postępowania upominawczego, aczkolwiek nie modyfikując przyjętego ogólnego modelu środka skupienia materiału faktycznego i dowodowego⁷⁰. Na etapie postępowania przed sądem II instancji system uzupełnia art. 381 k.p.c.

Uwzględniając przedstawioną wyżej analizę przepisów należy stwierdzić, że ustawodawca przykładą wielką wagę do odpowiedniego ukształtowania kontrydiktoryjności procesu. Poprzez ostatnie zmiany doprowadził do powstania odpowiedniego systemu, który – zapewniając podmiotom postępowania aktywny w nim udział i odpowiednie narzędzia do przedstawienia przed sądem „swoich racji” – wpływa również na lojalność stron i uczestników postępowania wobec sądu, a także niezmiernie ważną sprawność i szybkość postępowania.

Należy podkreślić, że zasada kontrydiktoryjności nie jest bynajmniej absolutyzowana – jednym z wyjątków jest art. 232 zd. 2 k.p.c., dopuszczający dowód z urzędu. Jest to środek ponieważ ostateczny, stosowany jedynie w przypadku, gdy sąd nie ma już innej drogi przeciwstawienia się niebezpieczeństwu nieprawidłowego rozstrzygnięcia sprawy⁷¹. Nie zmienia to jednak faktu, że obecnie istnieją odpowiednie narzędzia do korekty wyników sporu, pozwalające reagować na niepoprawności wynikające z „czystej” kontrydiktoryjności. W podobnym kierunku zmierzają choćby regulacje art. 229 i 230 k.p.c., pozwalające sądowni na niezbędną ingerencję w ustalanie faktów i przeprowadzanie dowodów.

Podsumowanie

Mając na uwadze powyższe rozważania, można wyprowadzić wniosek o istnieniu związku pomiędzy formą, w której działa państwo i prawem, które stanowi. Ustawodawca w okresie PRL, a następnie ustawodawca w okresie III RP ściśle dopasowali system ochrony prawnej do pewnych apriorycznych założeń. Socjalistyczna doktryna zmierzała do ochrony mas pracujących i silnego udziału wymiaru sprawiedliwości w regulacji stosunków prawnych. Demokratyczne państwo prawne jest raczej wycofane i zapewnia jednostkom ochronę przy większej swobodzie, aczkolwiek zwiększa ich odpowiedzialność za własny los. Prawo nie stanowi tworu wyrwanego z kontekstu i niewzruszonego – interaktywnie związane jest z ustrojem państwa, aksjologią oraz doktryną prawniczą, filozoficzną i polityczną⁷².

⁷⁰ *Ibidem*, s. 1036.

⁷¹ T. Ereciński, *op. cit.*, s. 1091.

⁷² J. Gudowski, *op. cit.*, s. 1015.

W trakcie długiej ewolucji polskiego postępowania cywilnego zasada kontrybucyjności odegrała niezwykle istotną rolę. Choć przez pewien czas była zepchnięta na „boczny tor”, stopniowo odzyskuje swój blask i wkomponowuje się na nowo w obraz procedury cywilnej. Ustawodawca powiązał ją z innymi zasadami, aby stworzyć postępowanie szybkie, sprawne i dążące do wymierzenia sprawiedliwości w oparciu o materiał przedstawiony przez strony, które – w zamian za wykazanie swoich racji – mają wygrać proces. Nie jest to jednak stanowisko tak rygorystyczne jak w II RP, ponieważ w słusznym zakresie ustawodawca dba o ochronę jednostek z różnych względów niemogących udźwignąć ciężaru wspierania procesu, a także zwalcza nadużycia – fikcję procesową⁷³ oraz wykorzystywanie wymiaru sprawiedliwości dla obejścia i naruszenia prawa. Staranne i przemyślane wyważanie kształtu współczesnego procesu opartego na zasadzie kontrybucyjności zaczyna przynosić wymierne rezultaty – tworzyć spójny i działający system.

Ustawodawca nie może jednak zapomnieć, że konstruuje system wymagający wysokiego poziomu rozwoju jednostki. Musi dbać więc również o pomyślny rozwój obywateli, bo tylko rozwinięte społeczeństwo będzie w stanie naprawdę optymalnie korzystać z narzędzi, które państwo daje dla ochrony jednostek.

SUMMARY

The adversarial principle, the evolution and current shape of civil procedure – outline of subject matter

The adversarial principle has a long tradition in Polish civil procedure. It was one of the main principles under the Polish Civil Procedure Code of 1930. Later on, the change of the state system to socialism brought significant modifications to the shape of the subject principle. Due to the different bases of socialist civil procedure, the adversarial principle was almost completely forgotten. It was later resurrected, with another change of state system. The contemporary lawmaker is much interested in shaping the adversarial principle in the right way. The latest amendments to the Polish Civil Procedure Code of 1964 were focused on creating the proper bases for the functioning of the courts and for proper regulations regarding parties remaining active throughout the process. The presented analysis leads to the conclusion that the adversarial principle is, and always has been, of very high importance to civil procedure.

KEYWORDS: civil procedure, adversarial principle, main principles of civil procedure

⁷³ Szerzej na temat fikcji procesowej v. K. Knoppek, *Wstęp do badań nad fikcyjnym procesem cywilnym*, [w:] *Proces Cywilny – Nauka – Kodyfikacja – Praktyka, Księga jubileuszowa dedykowana prof. Feliksowi Zedlerowi*, red. P. Grzegorzczak, K. Knoppek, M. Walasik, Warszawa 2012, s. 189 i nast.

DIANA ILKÓW
UNIwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu

Aspekty procesowe ugody sądowej zawartej w toku postępowania rozpoznawczego

Rola ugody w postępowaniu cywilnym

Ustawodawca w treści art. 10 k.p.c. wyraził dążenie do ugodowego załatwienia spraw cywilnych. Postulat ten znajduje swoje uzasadnienie w możliwości zakończenia sporu nie tylko w drodze orzeczenia sądowego, wydanego i ukształtowanego przez organ całkowicie niezależny – mianowicie przez bezstronny i niezawisły sąd, ale również w drodze porozumienia między stronami, odnoszącego się do wzajemnych ustępstw i kształtującego ich sytuację prawną zgodnie z ich wolą.

Ponadto zawarcie ugody może doprowadzić nie tylko do uporządkowania stosunków prawnych łączących różnorakie podmioty, ale także zlikwidowania konfliktu pomiędzy nimi¹. W konsekwencji doprowadza to do wyeliminowania potrzeby wszczęcia postępowania rozpoznawczego, a w przypadkach, gdy pozew został już skutecznie wniesiony – jego kontynuacji.

Umieszczenie przez ustawodawcę w k.p.c. przepisów otwierających drogę do zawarcia ugody zezwala więc stronom na dojście do kompromisu zgodnie z zasadą autonomii woli stron w taki sposób, aby każda z nich ukształtowała poprzez porozumienie swoją sytuację prawną, a zatem bez odczucia, iż przegrała proces².

Rodzaje ugody w postępowaniu cywilnym

W treści przepisów k.p.c. ustawodawca wprowadził trzy możliwości zawarcia ugody, w zależności od etapu procesu i woli stron. W świetle obecnie obowiązujących przepisów, możliwe jest więc zawarcie ugody w ramach:

1 T. Ereciński, *Postępowanie rozpoznawcze*, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, red. T. Ereciński, t. I, Warszawa 2012, s. 156.

2 *Ibidem*.

- postępowania pojednawczego (inaczej określanego zawezwaniem do próby ugodowej),
- toczącego się już postępowania rozpoznawczego,
- mediacji.

Pierwsze dwa rodzaje (ugody zawarte w ramach postępowania pojednawczego oraz toczącego się postępowania rozpoznawczego) zostały określone wspólnym mianem ugody sądowej. Natomiast na potrzeby niniejszego opracowania pojęcie to będzie odnosić się tylko do ugody zawartej w toku postępowania rozpoznawczego.

Dla uzyskania pełnego obrazu omawianej instytucji, należy również wspomnieć o ugodzie zawieranej przed komisją pojednawczą, która została uregulowana w art. 251-256 k.p.

Przesłanki dopuszczalności

Zgodnie z ogólnymi zasadami rządzącymi postępowaniem cywilnym, ugoda sądowa może zostać zawarta tylko w sprawach cywilnych należących do drogi sądowej, a więc w sprawach określonych w art. 2 k.p.³ Co oczywiste, w sprawie o innym charakterze nie mogłoby zostać wszczęte postępowanie cywilne, a więc nie byłoby możliwe zawarcie w ramach jego przebiegu ugody sądowej.

Ponadto zakres dopuszczalności zawarcia ugody sądowej regulowany jest zarówno przez normy prawa materialnego, jak i procesowego. W związku z tym, w pierwszym przypadku niemożliwe jest zakończenie sporu w drodze ugody w sytuacji, gdy strona nie ma możliwości samodzielnego dysponowania uprawnieniami będącymi przedmiotem postępowania sądowego. Wyłączenie to dotyczy zarówno spraw majątkowych, jak i niemajątkowych. Szczególnie widoczne jest to w sprawach z zakresu prawa rodzinnego, a mianowicie o rozwód, o separację, czy też o ustalenie pochodzenia dziecka. Sprawy te dotyczą więc sytuacji, w których spór może zostać rozstrzygnięty tylko w drodze orzeczenia sądowego, a więc poprzez tak zwany wyrok konieczny⁴. Aby zawarcie ugody było możliwe, niezbędne jest zatem spełnienie przesłanki polegającej na uprawnieniu strony wszczętego postępowania sądowego do dysponowania uprawnieniami będącymi przedmiotem tego postępowania⁵.

Istnieją również przepisy procesowe wyłączające w pewnych sytuacjach możliwość zawarcia ugody, między innymi w sprawach o uznanie postanowień wzorca umowy za niedozwolone, o czym stanowi art. 47941 zdanie drugie k.p.c., oraz w sprawach z zakresu ubezpieczeń społecznych – zgodnie z art. 47712 k.p.c.

3 *Ibidem*, s. 157; K. Piasecki, *Komentarz do artykułów 1 – 366*, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego*, red. K. Piasecki, t. I, Warszawa 2010, s. 126–127.

4 K. Knoppek, *Postępowanie cywilne w pytaniach i odpowiedziach*, Warszawa 2012, s. 322.

5 T. Ereciński, *op. cit.*, s. 157.

Wspomniana powyżej możliwość dysponowania uprawnieniami przez stronę postępowania sądowego musi mieć charakter samodzielny. Przejawem konieczności spełnienia tejże przesłanki jest treść art. 73 par. 2 zdanie drugie k.p.c., zgodnie z którym do czynności dyspozytywnych, w tym do zawarcia ugody, potrzebna jest zgoda wszystkich współuczestników jednolitych danego postępowania sądowego, gdyż możliwość ukształtowania sporu w drodze zawarcia ugody przysługuje tylko wszystkim współuczestnikom łącznie, a nie jednemu czy kilku z nich.

Równocześnie konieczne jest podkreślenie, iż ugoda może zostać zawarta w kategoriach spraw o różnym charakterze, a więc zarówno w sprawach o zasądzenie świadczenia, jak i o ustalenie stosunku prawnego lub prawa. Ponadto, gdy stronie przysługuje uprawnienie do samodzielnego rozporządzania swoim prawem podmiotowym lub stosunkiem prawnym, dopuszczalne jest zawarcie ugody w sprawach o ukształtowanie stosunku prawnego⁶.

Sąd (przewodniczący) jako inicjator ugodowego załatwienia sprawy

Co do zasady, rolą sądu jest przeprowadzenie postępowania sądowego oraz wydanie władczego rozstrzygnięcia w postaci orzeczenia. Jednakże, jak wskazywano już wyżej, ustawodawca w treści art. 10 k.p.c. zamieścił obowiązek sądu, polegający na dążeniu do ugodowego załatwienia sprawy, o ile zawarcie ugody w tej sprawie jest dopuszczalne. Co istotne, obowiązek ten jest aktualny w każdym stanie postępowania.

Z drugiej strony, przepis art. 223 par. 1 zdanie pierwsze k.p.c. stanowi, iż przewodniczący powinien skłaniać strony do pojednania we właściwej chwili, zwłaszcza na pierwszym posiedzeniu, po wstępnym wyjaśnieniu stanowiska stron.

Pierwszy z powyższych przepisów stanowi w istocie nakreślenie ram działania sądu, którego rolą jest rozstrzygnięcie sprawy. Oznacza to, iż również po wszczęciu postępowania na skutek wniesienia pozwu przez jedną ze stron sporu, możliwe jest nadanie prymatu zasadzie autonomii woli stron w zakresie ukształtowania swoich uprawnień, bez konieczności wydania władczego rozstrzygnięcia przez sąd. Następnie ustawodawca zapewnił także możliwość wspólnego zadecydowania przez strony o dalszym przebiegu postępowania sądowego, które – o ile ugoda dotyczy całości przedmiotu sporu – będzie podlegało umorzeniu na mocy art. 355 k.p.c. Z inicjatywy sądu (przewodniczącego) strony mogą więc podjąć decyzję, która swymi skutkami obejmie też brak konieczności przeprowadzenia dalszego postępowania sądowego.

W istocie, art. 10 k.p.c. nakreśla ramy możliwości ugodowego zakończenia sprawy wskazując na konieczność dążenia do takiego sposobu rozwiązania sporu oraz stano-
wiąc, iż możliwe jest to tylko w sprawach, w których zawarcie ugody jest dopuszczal-

⁶ K. Piasecki, *op. cit.*, s. 126.

ne. Natomiast art. 223 par. 1 zdanie pierwsze k.p.c. zawiera konkretyzację tegoż dążenia⁷. Stąd też przeprowadzenie analizy roli sądu (przewodniczącego) jako inicjatora ugodowego załatwienia sprawy w toku postępowania sądowego możliwe jest tylko przy zestawieniu obydwu tych przepisów.

Przed wszystkim, treść art. 223 par. 1 zdanie pierwsze k.p.c. konkretyzuje, iż obowiązek dążenia do ugodowego załatwienia sprawy czy pojednania stron spoczywa na przewodniczącym składu sądu⁸.

Co istotne, przepis art. 10 k.p.c. wskazuje, iż sąd powinien dążyć do ugodowego załatwienia sprawy w każdym stanie postępowania. Omawiany obowiązek pozostaje więc aktualny w każdym stadium, również w postępowaniu toczącym się przed sądem drugiej instancji⁹, aż do jego prawomocnego zakończenia. Wątpliwości pojawiają się jednakże w kwestii możliwości zawarcia ugody sądowej w postępowaniu wszczętym przez wniesienie skargi kasacyjnej. Z jednej strony pojawia się pogląd, iż przepisy k.p.c. nie zamykają drogi do zawarcia takiej ugody. W szczególności podkreśla się, iż wyłączenie dążenia do zawarcia ugody nie zostało zawarte w art. 39821 k.p.c., zgodnie z którym – jeżeli nie ma szczególnych przepisów o postępowaniu przed SN – do postępowania tego stosuje się odpowiednio przepisy o apelacji. Następnie, na mocy art. 391 k.p.c., jeżeli nie ma szczególnych przepisów o postępowaniu przed sądem drugiej instancji, do postępowania tego stosuje się odpowiednio przepisy o postępowaniu przed sądem pierwszej instancji, a tylko wprost wskazane przepisy nie znajdują w tej sytuacji zastosowania. Ze względu na to, iż ustawodawca nie wyłączył wprost możliwości zawarcia ugody sądowej w postępowaniu ze skargi kasacyjnej, stwierdza się – wedle omawianego poglądu – iż jest to dopuszczalne¹⁰.

Z drugiej strony odnaleźć można znacznie silniej reprezentowany pogląd, zgodnie z którym granicą czasową dla obowiązku sądu polegającego na dążeniu do ugodowego załatwienia sprawy jest moment prawomocnego zakończenia sprawy. Stąd też, pomimo braku wyraźnego wyłączenia możliwości zawarcia ugody sądowej w treści przepisu art. 39821 k.p.c., niedopuszczalne jest jej zawarcie w postępowaniu toczącym się ze skargi kasacyjnej¹¹. Pogląd ten znajduje uzasadnienie w specyfice postępowania kasacyj-

7 S. Dmowski, K. Kołakowski, *Komentarz do artykułów 1 – 366*, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, red. K. Piasecki, t. I, Warszawa 2010, s. 1262.

8 *Ibidem*.

9 *Ibidem*.

10 T. Żyznowski, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, red. H. Dolecki, T. Wiśniewski, Warszawa 2011, s. 804–805; K. Piasecki, *Komentarz do artykułów 367–50537*, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego*, red. K. Piasecki, t. II, Warszawa 2010, s. 221.

11 S. Dmowski, K. Kołakowski, *op. cit.*, s. 1262; T. Wiśniewski, *Artykuły 367–505*³⁷, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, red. H. Dolecki, T. Wiśniewski, t. II, Warszawa 2010, s. 254.

nego, które nie jest kontynuacją dotychczasowego postępowania toczącego się w danej sprawie w pierwszej i drugiej instancji. Co należy podkreślić, jest to nowe i pozainstancyjne postępowanie kontrolne, wszczęte na skutek środka zaskarżenia o nadzwyczajnym charakterze¹². W związku z tym, bez uprzedniego wzruszenia prawomocnego wyroku sądu drugiej instancji – co może nastąpić na skutek orzeczenia SN – nie jest możliwe zawarcie ugody sądowej¹³. Jedynie więc w przypadku uchylenia orzeczenia zaskarżonego skargą kasacyjną będzie możliwe zawarcie ugody¹⁴, gdyż wówczas zostanie usunięta bariera w postaci istnienia prawomocnego orzeczenia w sprawie, wydanego przez sąd drugiej instancji.

Ramy czasowe określone w art. 10 k.p.c., a mianowicie pojęcie „każdego stanu sprawy”, zostały dookreślone w art. 223 par. 1 zdanie pierwsze k.p.c., poprzez wskazanie, iż przewodniczący powinien skłaniać strony do pojednania we właściwej chwili, zwłaszcza na pierwszym posiedzeniu, po wstępnym wyjaśnieniu stanowiska stron. Zgodnie z przyjętym w orzecznictwie poglądem, powyższe sformułowanie nakłada na przewodniczącego bezwzględny obowiązek, gdyż zwrot „powinien” w świetle art. 223 par. 1 k.p.c. oznacza tyle, co „zobowiązany jest”¹⁵.

Okoliczności sprawy, będącej już przedmiotem postępowania rozpoznawczego, wskazują na moment będący „właściwą chwilą” do skłaniania stron do zawarcia ugody. Wskazuje się, iż ten obowiązek jest szczególnie aktualny w sytuacji, gdy w indywidualnej ocenie przewodniczącego istnieje możliwość osiągnięcia pozytywnego efektu¹⁶. Równocześnie ustawodawca w sposób szczególnie wyraźny wskazuje, iż dążenie do zawarcia ugody powinno przejawiać się na początkowym etapie sprawy, a więc na pierwszym posiedzeniu, po wstępnym wyjaśnieniu stanowiska stron. Jest to szczególnie pożądane w tymże stadium sprawy, gdyż z istoty zapobiega dalszemu nawarstwianiu się konfliktu pomiędzy stronami. Rozwiązanie to znajduje uzasadnienie zarówno ze względu na aspekty ekonomiczne, jak i społeczne, gdyż zawarcie ugody sądowej już na pierwszym posiedzeniu zmniejsza z reguły koszty procesu oraz rozładowuje napięcia istniejące między stronami, a często i ich rodzinami¹⁷. W ten sposób zmniejszone jest więc zaangażowanie sądu w dalsze prowadzenie sprawy, a równocześnie zmniejszone jest ryzyko spotęgowania istniejącego już między stronami konfliktu.

12 T. Wiśniewski, *O swoistości postępowania kasacyjnego w sprawach cywilnych (zagadnienia wybrane)*, [w:] *Proces cywilny. Nauka – Kodyfikacja – Praktyka. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Feliksowi Zedlerowi*, red. P. Grzegorzczak, K. Knoppek, M. Walasik, Warszawa 2012, s. 395.

13 *Ibidem*, s. 396.

14 S. Dmowski, K. Kołakowski, *op. cit.*, s. 1263.

15 Wyrok SN, sygn. akt I CRN 93/96.

16 M. Jędrzejewska (aktualizacja P. Grzegorzczak, K. Weitz), *Postępowanie rozpoznawcze*, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, red. T. Ereciński, t. I, Warszawa 2012, s. 1063.

17 S. Dmowski, K. Kołakowski, *op. cit.*, s. 1263.

Jednocześnie jednak ustawodawca w treści art. 223 par. 1 wskazał, iż dążenie przewodniczącego aktualizuje się dopiero po wstępnym wyjaśnieniu stanowiska stron. Zastrzeżenie to jest niezbędne ze względu na konieczność zapoznania się przez sąd z okolicznościami sprawy i potrzebę ich wyjaśnienia w zakresie wystarczającym do zakończenia sprawy na tak wczesnym jej etapie. W szczególności, sąd musi podjąć czynności określone w art. 206, 210 oraz 212 k.p.c.¹⁸. Ponadto, w przypadku spraw z zakresu prawa pracy, konieczność podejmowania czynności wyjaśniających – wprost w celu skłonienia stron do pojednania i zawarcia ugody – została ujęta w art. 468 par. 2 pkt 2 k.p.c. Powyższe czynności służą równocześnie realizacji zadania sądu polegającego na przestrzeganiu, aby wynik postępowania był zgodny z przepisami prawa materialnego oraz procesowego, a więc mają charakter zapobiegawczy¹⁹, w konsekwencji chronią ugodę przed różnorodnymi wadliwościami, które mogłyby doprowadzić do utraty przez nią mocy²⁰. Jednocześnie należy podkreślić, iż konieczność przeprowadzenia czynności mających na celu wstępne wyjaśnienie stanowiska stron nie oznacza, iż zawarcie ugody musi zostać poprzedzone postępowaniem dowodowym²¹.

Charakter działań sądu (przewodniczącego) dążącego do ugodowego załatwienia sprawy

Zgodnie z treścią art. 223 par. 1 k.p.c., przewodniczący powinien skłaniać strony do pojednania. Co istotne, celem działań podejmowanych przez przewodniczącego może być nie tylko dążenie do zawarcia ugody sądowej, ale również wyrażenie przez strony zgody na skierowanie sprawy do mediacji²², adekwatnie do treści art. 1831 par. 1 k.p.c.

W szczególności, działalność przewodniczącego w ramach nakreślonego przez art. 10 oraz art. 223 par. 1 k.p.c. obowiązku nie powinna przejawiać się tylko i wyłącznie przez przedstawienie hipotetycznej możliwości zawarcia ugody. Jak wskazano, konieczne jest również uwypuklenie jej istoty oraz zalet w danych, okolicznościach. Przewodniczący może między innymi powołać się na korzyści wynikające z szybszego zakończenia sporu, przejawiające się w zmniejszeniu ilości zaangażowanych środków oraz uniknięcia nawarstwiania się konfliktu. Niewykluczone jest także powołanie się na regulację dotyczącą kosztów procesu²³, określoną w art. 104 k.p.c., głoszącym, że koszty procesu, w którym zawarto ugodę, znoszą się wzajemnie, o ile strony nie postanowiły inaczej.

18 T. Żyznowski, *op. cit.*, s. 804.

19 Wyrok SN, sygn. akt III CKN 388/98.

20 T. Żyznowski, *op. cit.*, s. 804.

21 Postanowienie SN, sygn. akt I PKN 200/99.

22 M. Jędrzejewska, (aktualizacja P. Grzegorzczak, K. Weitz), *op. cit.*, s. 1063.

23 T. Żyznowski, *op. cit.*, s. 803.

W konsekwencji sposób działania przewodniczącego może stanowić często impuls do ugodowego zakończenia zawisłego przed sądem sporu, mimo że strony w ogóle wcześniej takiej możliwości nie przewidywały. W sposób dość wyraźny zarysowuje się więc kolejna funkcja sądu (przewodniczącego), polegająca na zachęceniu i przekazaniu stronom impulsu do ugodowego zakończenia sprawy.

Procesowy charakter ustępstw

Charakter prawny ugody sądowej stanowi od wielu lat przedmiot sporu²⁴. Z jednej strony przyjmuje się obecnie, iż ugoda sądowa łączy w sobie elementy materialnoprawne oraz procesowe, a więc jej charakter jest mieszany²⁵.

W uzasadnieniu tegoż poglądu wskazuje się na okoliczność, iż k.p.c. w żadnym przepisie nie definiuje pojęcia ugody sądowej. Należy więc przyjąć, iż chodzi o pojęcie ugody uregulowanej w przepisie art. 917 i n. k.c.²⁶. Ponadto, ugoda sądowa w świetle przepisów postępowania cywilnego ma charakter czynności procesowej²⁷, ale podejmowanej w celu osiągnięcia skutków materialnoprawnych, przewidzianych w art. 917 k.c., w szczególności dla uchylenia sporu między stronami poprzez poczynienie sobie wzajemnych ustępstw, a także w celu osiągnięcia określonego skutku o charakterze procesowym²⁸.

W związku z tym, iż istota ugody – jak stanowi art. 917 k.c. – polega na poczynieniu sobie wzajemnych ustępstw, konieczne jest podkreślenie, iż ustępstwa te mogą mieć nie tylko charakter materialnoprawny, ale również procesowy, a ich katalog należy rozumieć bardzo szeroko²⁹. Nawet więc ustępstwa w rozumieniu art. 917 k.c., przepisu stricte materialnoprawnego, mogą mieć charakter procesowy³⁰. Jak wskazano w uchwale SN, nie można odmówić charakteru ustępstwa rezygnacji przez jedną ze stron z uprawnień procesowych, w tym w szczególności rezygnacji z uzyskania orzeczenia sądowego korzystającego z powagi rzeczy osądzonej³¹. W związku z tym ustępstwo poczynione przez jedną ze stron może mieć tylko i wyłącznie charakter procesowy i już wówczas będzie to wystarczające dla spełnienia przesłanki wzajemności ustępstw.

Uzasadnione jest to spostrzeżeniem, że wzajemnych ustępstw nie należy analizować z obiektywnego punktu widzenia. Dokonywane ustępstwa mogą więc charakteryzo-

24 J. Lapierre, *Ugoda sądowa w polskim procesie cywilnym*, Warszawa 1968, s. 59; T. Wojciechowski, *Charakter prawny ugody sądowej*, „Przegląd Sądowy”, nr 6 2001, s. 68–69.

25 T. Ereciński, *op. cit.*, s. 157; K. Piasecki, *op. cit.*, s. 125; S. Dmowski, K. Kołakowski, *op. cit.*, s. 1259.

26 J. Lapierre, *op. cit.*, s. 59.

27 S. Dmowski, K. Kołakowski, *op. cit.*, s. 1259.

28 T. Ereciński, *op. cit.*, s. 157.

29 J. Lapierre, *op. cit.*, s. 59.

30 K. Piasecki, *op. cit.*, s. 125.

31 Uchwała Izby Pracy i Ubezpieczeń Społecznych, sygn. akt II PZP 43/69.

wać się różnym rodzajem i zakresem i nie muszą być one jednakowo doniosłe³². Co istotne, poczynione ustępstwa należy analizować subiektywnie i należy przez nie rozumieć jakiekolwiek umniejszenie uprawnień własnych strony czy jakąkolwiek rezygnację strony z przyjętego wcześniej stanowiska³³.

W związku z tym, jeżeli ustępstwo jednej ze stron obejmuje tylko i wyłącznie rezygnację z uzyskania orzeczenia korzystającego z powagi rzeczy osądzonej, nie jest wykluczone spełnienie przesłanki wzajemności dokonanych ustępstw, jeżeli z punktu widzenia stron tylko takie umniejszenie uprawnień jednej z nich jest wystarczające i doprowadza do ugodowego załatwienia sprawy. Tak ujęte pojęcie wzajemnych ustępstw, które dla jednej ze stron może mieć tylko charakter procesowy, doprowadza do znacznego uelastycznienia możliwości zawarcia ugody. Jednocześnie można wobec tego stwierdzić, iż w ramach ugody sądowej ekwiwalentem dla określonego ustępstwa o charakterze stricte materialnoprawnym może być wskazane powyżej ustępstwo procesowe.

Stanowisko powyższe zakłada jednakże ściśle powiązanie pojęcia ugody sądowej z ugodą materialnoprawną uregulowaną w k.c. Konieczne jest więc również wskazanie przeciwnego poglądu, wychodzącego z założenia, iż ugoda sądowa jest odrębną instytucją prawną i nie jest równoznaczna z ugodą materialnoprawną³⁴. W ramach uzasadnienia przytacza się argument, iż utożsamianie ugody sądowej z ugodą materialnoprawną otwierałoby możliwość do podważania czynności procesowej w drodze środków uregulowanych w k.c.³⁵. Na odmiennosc omawianej instytucji wskazywałaby również okoliczność, zgodnie z którą ugoda sądowa nie musi polegać na poczynieniu przez strony wzajemnych ustępstw, co jest niejako wpisane w istotę ugody materialnoprawnej³⁶.

Według tego poglądu, ugoda uregulowana w k.p.c. może polegać tylko i wyłącznie na akceptacji stanowiska jednej strony oraz braku akceptacji drugiej. W związku z tym o istocie ugody sądowej nie przesądza w żadnej mierze charakter ustępstw³⁷, ani nawet konieczność ich poczynienia.

Wciągnięcie osnowy ugody sądowej do protokołu

Zgodnie z przepisem art. 223 par. 1 zdanie drugie k.p.c., osnowa ugody zawartej przed sądem powinna być wciągnięta do protokołu rozprawy i stwierdzona podpisami stron. Sposób sformułowania treści ugody – w szczególności rodzaju wzajemnych ustępstw – jest bardzo istotny ze względu na to, że w świetle przepisu art. 777 par. 1 pkt

32 Wyrok SN, sygn. akt: IV CK 393/05.

33 Wyrok SN, sygn. akt III PK 28/11.

34 K. Knoppek, *op. cit.*, s. 323.

35 *Ibidem*.

36 *Ibidem*.

37 *Ibidem*.

1 k.p.c., ugoda zawarta przed sądem jest tytułem egzekucyjnym, a po nadaniu jej przez sąd klauzuli wykonalności staje się tytułem wykonawczym.

Konieczne jest podkreślenie, iż ugoda sądowa jest czynnością dyspozycyjną stron i stanowi przejaw ich woli³⁸, a więc to właśnie oświadczenia woli stron rozstrzygają o jej treści³⁹. W związku z tym, treść ugody wciągniętej do protokołu musi w pełni odpowiadać oświadczeniom woli złożonym przez strony, jednakże musi spełniać także inne, wskazane poniżej warunki.

Przede wszystkim, ze względu na to, że ugoda zawarta przed sądem jest tytułem egzekucyjnym (a ponadto może stać się tytułem wykonawczym, po nadaniu klauzuli wykonalności), konieczne jest także jej zredagowanie, by nie nasuwała ona żadnych wątpliwości zarówno przy dobrowolnym wykonywaniu przez stronę, jak i przy wykonywaniu w drodze postępowania egzekucyjnego⁴⁰. Ze względu na to, iż ugoda jest umową dotyczącą określonego, łączącego strony stosunku prawnego, winna ona zawierać wszelkie konieczne elementy. Precyzując, konieczne jest – oczywiście w zależności od charakteru ugody i wzajemnych ustępstw, które obejmuje – określenie rozmiaru świadczeń, sposobu i treści ich wykonania, a ponadto wskazanie, które roszczenia objęte procesem mają te świadczenia zaspokoić⁴¹. Jest to szczególnie istotne, biorąc pod uwagę okoliczność, iż nie jest możliwe uzupełnienie treści ugody przez sąd przy zastosowaniu art. 351 k.p.c. Ponadto nie została dopuszczona możliwość jej sądowej wykładni na podstawie art. 352 k.p.c. Powyższe przepisy nie mogą dotyczyć rozstrzygania przez sąd wątpliwości co do treści zgodnych oświadczeń woli złożonych przez strony w formie ugody zawartej przed sądem, a wniosek o uzupełnienie ugody, ze względu na to, że nie został przewidziany przez ustawę, jest niedopuszczalny i w konsekwencji musi podlegać odrzuceniu⁴².

Wynika z tego, że to do obowiązków sądu (przewodniczącego składu sądującego) należy odpowiednie ujęcie woli stron zamieszczanej w treści protokołu, a ponadto takie jej sformułowanie, aby zawierała wszystkie istotne postanowienia. Równocześnie jednak orzecznictwo dopuściło możliwość dochodzenia w odrębnym procesie odsetek za opóźnienie w spełnieniu świadczenia określonego w ugodzie⁴³, nawet jeżeli możliwość ich dochodzenia nie została zawarta w jej treści.

Ponadto w orzecznictwie SN wskazano ogólną dyrektywę, zgodnie z którą treść postanowień zawartych w ugodzie musi być jasna i zrozumiała⁴⁴. Dodatkowo treść ugody

38 H. Dolecki, w: *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Tom I*, red. H. Dolecki, T. Wiśniewski, Warszawa 2011, s. 77.

39 T. Żyznowski, *op. cit.*, s. 805.

40 S. Dmowski, K. Kołakowski, *op. cit.*, s. 1263.

41 Uchwała SN, sygn. akt: III PZP 25/72.

42 Postanowienie SN, sygn. akt: III CRN 415/72.

43 Uchwała SN, sygn. akt: III CZP 55/04.

44 Postanowienie SN, sygn. akt: III CRN 361/73.

wciągniętej do protokołu może obejmować szerszy zakres, aniżeli przedmiot sporu rozpoznawanego w danym postępowaniu⁴⁵.

Co istotne, sąd nie może przyjąć do protokołu ugody zawierającej warunek, od którego zależy ważność tej ugody⁴⁶. W związku z tym ugoda musi być bezwarunkowo ważna, a jej zaistnienie w obrocie prawnym winno być uzależnione co do zasady tylko od uprawnienia się postanowienia w przedmiocie umorzenia postępowania, w którym została zawarta.

Podkreślenia wymaga również okoliczność, iż z brzmienia art. 223 par. 1 zdanie drugie k.p.c. wynika wprost, iż ugodą objęte jest tylko to, co zostało zawarte w protokole (czy też – jak określono w k.p.c. – wciągnięte do protokołu). Innymi słowy, sąd nie może dopuścić, aby w jej treści znalazły się odesłania do dalszych umów, ugod już zawartych, bądź też takich, które zostaną dopiero zawarte, jako elementów zawieranej przed sądem ugody w danej sprawie⁴⁷.

Z powyższych uwag wynika, że konieczne jest podkreślenie, iż treść ugody wciągniętej do protokołu winna wiernie odzwierciedlać treść porozumienia uzgodnionego przez strony postępowania. W tymże obszarze przewodniczący składu sądu ma więc zadanie szczególne, a mianowicie polegające na takim sformułowaniu treści ugody, aby była ona jasna, zrozumiała dla stron i adekwatna do osiągniętego przez nie kompromisu, a jednocześnie nadawała się do wykonania dobrowolnego bądź też w drodze przymusu. Obowiązkiem przewodniczącego jest więc umiejętne zredagowanie umowy między stronami tak, aby spełnione zostały wszystkie wskazane powyżej warunki jej poprawności.

Na marginesie należy również zaznaczyć, iż w związku z wprowadzeniem możliwości sporządzania z przebiegu posiedzenia jawnego protokołu za pomocą urządzenia rejestrującego dźwięk albo obraz i dźwięk⁴⁸ (tzw. protokół elektroniczny, e-protokół), nie dokonano żadnych zmian w sferze utrwalenia treści zawieranej przez strony ugody. Nadal jest ona jednym z elementów utrwalanych za pomocą protokołu pisemnego, podobnie jak inne czynności stron mających wpływ na rozstrzygnięcie sądu wymienione w art. 158 par. 1 k.p.c. Co jednakże istotne, planowane są na omawianej płaszczyźnie szerokie zmiany, dzięki którym dopuszczalne będzie sporządzanie ugody sądowej w dokumencie stanowiącym załącznik do protokołu. W przypadku przyjęcia takiej zmiany, częstokroć nie zaistnieje konieczność wciągnięcia osnovy ugody wprost do protokołu pisemnego⁴⁹.

45 K. Piasecki, *op. cit.*, s. 127.

46 Postanowienie SN, sygn. akt: II PZ 5/67.

47 S. Dmowski, K. Kołakowski, *op. cit.*, s. 1263.

48 Dz. U. z 2010 r., nr 108, poz. 684.

49 Założenia do projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw, przedłożone przez Ministra Sprawiedliwości.

Ocena treści ugody przez sąd

Na mocy art. 223 par. 2 k.p.c., w przypadku zawarcia przez strony ugody przed sądem, odpowiednie zastosowanie znajdzie przepis art. 203 par. 4 k.p.c., zgodnie z którym sąd może uznać za niedopuszczalne cofnięcie pozwu, zrzeczenie się lub ograniczenie roszczenia tylko wtedy, gdy okoliczności sprawy wskazują, że wymienione czynności są sprzeczne z prawem lub zasadami współżycia społecznego albo zmierzają do obejścia prawa. Tym samym, pomimo że ugoda sądowa, jaki i czynności wymienione w art. 203 par. 4 k.p.c., jest czynnością dyspozycyjną stron i odzwierciedla ich wolę, to sąd może uznać w powyższych przypadkach ugodę za niedopuszczalną⁵⁰.

Co istotne – jak wskazano w doktrynie – ocena dokonywana przez sąd w oparciu o wymienione w art. 203 par. 4 k.p.c. warunki, następuje już po samym fakcie sporządzenia ugody, a więc po wyrażeniu woli przez strony. Uzasadniane jest to sposobem ujęcia sekwencji czynności w k.p.c., zgodnie z którą najpierw winno dojść do uzgodnienia treści ugody i zapisania jej w protokole, następnie odczytania jej tekstu oraz złożenia podpisów przez strony. Dopiero po dokonaniu tych czynności, sąd dokonuje oceny, czy spełnione zostały powyższe, ujęte w k.p.c. przesłanki dopuszczalności, oraz ocenę swą wyraża. W momencie, gdy sąd zaaprobuje treść zapisanej ugody, można uważać ją za zawartą⁵¹.

Kontrola sądu w zakresie dopuszczalności ugody oparta jest o ocenę, czy jej treść jest zgodna z prawem, zasadami współżycia społecznego oraz czy nie zmierza ona do obejścia prawa. W związku z tym warunki te mają nie tylko charakter procesowy, ale przede wszystkim materialnoprawny⁵². Tak zakreślony obszar kontroli nie powinien koncentrować się tylko i wyłącznie na treści wciągniętej do protokołu. Ocenie muszą podlegać ponadto wszystkie istotne okoliczności konkretnego przypadku przy uwzględnieniu całokształtu stosunku prawnego łączącego godzące się strony⁵³.

Sąd nie może więc oprzeć się tylko i wyłącznie na stwierdzeniu, iż ugoda o treści ukształtowanej przez wolę stron spełnia wskazane przesłanki hipotetycznie, czyli że taki sposób ukształtowania czy też innej zmiany w zakresie łączącego strony stosunku prawnego jest hipotetycznie dopuszczalny. Wręcz przeciwnie, sąd zobowiązany jest przy przeprowadzeniu tejże kontroli oprzeć się na konkretnych okolicznościach danego przypadku⁵⁴, co znajduje szczególne uzasadnienie w kontekście przesłanki zgodności ugody z zasadami współżycia społecznego. W szczególności nie można przy ocenie zgodności ugody z tymi zasadami pominąć przyczyn, które do jej zawarcia doprowadzi-

50 T. Ereciński, *op. cit.*, s. 157.

51 T. Wojciechowski, *Kontrola ugody sądowej*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” z. 3, 2001, s. 639 i n.

52 Wyrok SN, sygn. akt: II CR 214/84.

53 T. Ereciński, *op. cit.*, s. 891.

54 *Ibidem*.

ły oraz okoliczności towarzyszących⁵⁵. Wówczas hipotetycznie ten sam sposób ukształtowania stosunku prawnego, może w jednym sporze służyć zachowaniu tychże zasad, a w innym – ze względu na inne okoliczności sprawy – stanowić ich naruszenie.

Tutaj znajduje swoje uzasadnienie reguła wprowadzona przez ustawodawcę w art. 223 par. 1 k.p.c., zgodnie z którą przewodniczący powinien skłaniać strony do pojednania we właściwej chwili, a zwłaszcza na pierwszym posiedzeniu, ale po wstępnym wyjaśnieniu stanowiska stron. Wymóg ten, wraz z obowiązkiem należytego zapoznania się ze stanem sprawy, służy zapobiegnięciu zawarcia ugody wadliwej ze względu na naruszenie wskazanych wyżej zasad. Konieczność zapoznania się ze stanowiskiem stron umożliwia więc sądowi dokonanie racjonalnej oceny spełnienia przesłanek określonych w art. 203 par. 4 k.p.c. przez ugodę, w danym stanie faktycznym. Innymi słowy, wyjaśnienie w niezbędnym zakresie jest konieczne dla późniejszej prawidłowej oceny dopuszczalności ugody⁵⁶.

W sytuacji, gdy w ocenie sądu zawarcie ugody jest niedopuszczalne, będzie on kontynuował rozpatrzenie sprawy, aby ostatecznie rozstrzygnąć ją poprzez wydanie orzeczenia⁵⁷.

Należy zaznaczyć, iż ustawodawca stawia o wiele wyższe wymagania ugom zawieranim przed sądem, aniżeli ugom *stricte* materialnoprawnym, określonym w art. 917 k.c.⁵⁸. Jednakże jest to uzasadnione okolicznością, iż uгода zawarta przed sądem stanowi z mocy prawa, a mianowicie na podstawie art. 777 par. 1 pkt 1 k.p.c., tytuł egzekucyjny, a po nadaniu jest klauzuli wykonalności może stanowić podstawę egzekucji. Natomiast, aby podobny efekt osiągnąć w oparciu o zwykłą ugodę cywilnoprawną, konieczne byłoby uprzednie wytoczenie powództwa o świadczenie przez uprawnioną na podstawie ugody stronę.

Skutki procesowe ugody

Poza skutkami materialnoprawnymi, określonymi w porozumieniu stron postępowania i zawartymi w treści ugody wciągniętej do protokołu, uгода sądowa wywiera także istotne skutki procesowe. W związku z tym, decydując się na zawarcie ugody, strony postanawiają nie tylko o uregulowaniu w określony sposób sfery materialnoprawnej, związanej z łączącym je stosunkiem prawnym, ale również wywierają wpływ na dalszy przebieg postępowania. Równocześnie więc decydują się na osiągnięcie skutku procesowego w postaci umorzenia postępowania sądowego⁵⁹. Oczywiście, osiągnięcie

55 Wyrok SN, sygn. akt V CSK 157/10.

56 Postanowienie SN, sygn. akt IV PZ 80/80.

57 M. Jędrzejewska (aktualizacja P. Grzegorzczak, K. Weitz), *op. cit.*, s. 1064.

58 *Ibidem*.

59 T. Ereciński, *op. cit.*, s. 157.

tego skutku, jak i skutków materialnoprawnych, uzależnione jest od uznania przez sąd ugody za dopuszczalną.

Umorzenie postępowania w konsekwencji skutecznie zawartej ugody znajduje swoje uzasadnienie w art. 355 par. 1 k.p.c., zgodnie z którym sąd wydaje postanowienie o umorzeniu postępowania, jeżeli powód cofnął ze skutkiem prawnym pozew lub jeżeli wydanie wyroku stało się z innych przyczyn zbędne lub niedopuszczalne. W przypadku zawarcia ugody, wydanie rozstrzygnięcia merytorycznego przez sąd staje się zbędne ze względu na to, iż strony same uregulowały w drodze umowy stosunek prawny stanowiący przedmiot postępowania⁶⁰.

Sam fakt zawarcia ugody nie powoduje umorzenia postępowania. Dla osiągnięcia tegoż skutku konieczne jest jeszcze wydanie stosownego postanowienia przez sąd. Należy wskazać, iż zawarcie ugody, a w konsekwencji umorzenie postępowania w sprawie, nie znosi skutków, jakie związane są z wniesieniem pozwu. Przykładowo za chwilę przerwania biegu przedawnienia roszczenia nadal należy uważać moment wniesienia pozwu, pomimo późniejszego umorzenia postępowania.

Wynika z tego, iż skutek w postaci konieczności umorzenia postępowania przez sąd jest integralną częścią ugody, a strony zawierając porozumienie, wspólnie decydują się na takie właśnie zakończenie postępowania sądowego. Pomimo braku zawarcia takiej regulacji wprost w treści ugody, obejmuje ona więc również dorozumianą wolę odstąpienia od zawartego w powództwie udzielenia ochrony sądowej w postaci wydania wyroku⁶¹.

Kolejny skutek procesowy to uzyskanie przez strony tytułu egzekucyjnego, a po nadaniu jej klauzuli wykonalności – tytułu wykonawczego. Jest to istotna cecha, zwłaszcza w kontekście dużo słabszych skutków wywieranych przez ugodę materialnoprawną, zawartą poza postępowaniem sądowym.

Ponadto, co jest szczególnie istotne w przypadku wszczęcia kolejnego postępowania sądowego w tej samej sprawie, ugoda nie korzysta z powagi rzeczy osądzonej⁶². W związku z tym, ugoda nie stanowi negatywnej przesłanki procesowej, a w konsekwencji nie jest możliwe odrzucenie powództwa wniesionego w sprawie o to samo roszczenie. W takiej sytuacji będzie istniała możliwość podniesienia zarzutu o charakterze materialnoprawnym, a mianowicie zarzutu stanu rzeczy ugodzonej (*res transacta*)⁶³. W konsekwencji, o ile zarzut ten będzie uzasadniony, sąd zadecyduje o oddaleniu powództwa.

Ugoda zawarta w toku rozprawy wywołuje także mniej doniosłe skutki procesowe, nadal jednak istotne dla stron postępowania. Przede wszystkim – zgodnie z art. 104 k.p.c. – koszty procesu, w którym zawarto ugodę, znosi się wzajemnie, jeże-

60 T. Ereciński, *op.cit.*, s. 112.

61 K. Piasecki, *op. cit.*, s. 128.

62 T. Ereciński, *op. cit.*, s. 158.

63 K. Piasecki, *op. cit.*, s. 128.

li strony nie postanowiły inaczej. Jak wskazano już wyżej, również przewodniczący – w ramach nakłaniania stron do pojednania – może jako argument podnieść okoliczność określoną w art. 104 k.p.c. Należy jednak równocześnie zaznaczyć, iż regulacja ta obowiązuje wtedy, gdy strony nie zdecydowały o innym podziale poniesienia ciężaru kosztów. Pozostawiono więc pewną elastyczność w omawianej kwestii, umożliwiając jej dostosowanie do aspektów konkretnej sprawy.

Również przepis pozakodeksowy, a mianowicie art. 79 ust. 1 pkt 3 lit cu.k.s.c., stanowi o istotnym aspekcie kosztów ponoszonych w sprawie, w której zawarto ugodę. Zgodnie z jego brzmieniem, sąd z urzędu zwraca stronie połowę uiszczonych opłat od pisma wszczynającego postępowanie w instancji, w której sprawa zakończyła się zawarciem ugody sądowej. Konieczne jest podkreślenie, iż zwrot obejmuje tylko daną instancję, w której doszło do zawarcia ugody, a nie całokształt postępowania. W związku z tym, jeżeli do zawarcia ugody doszło przed sądem drugiej instancji, a apelację wniósł pozwany, to właśnie jemu zostanie zwrócona połowa opłaty, którą uiszczył przy wnoszeniu apelacji. Powód nie uzyska więc zwrotu połowy opłaty od pozwu, gdyż postępowanie w pierwszej instancji zostało w całości przeprowadzone.

Uchylenie się od skutków prawnych ugody sądowej

W świetle powyższych rozważań, istotnym zagadnieniem staje się możliwość uchylenia się od skutków prawnych ugody sądowej, w szczególności w kontekście przeciwnych poglądów dotyczących jej natury prawnej.

Pierwszy z poglądów – ujmujący ugodę sądową jako czynność powiązaną ze sferą prawa materialnego i procesowego⁶⁴ – zakłada, iż możliwe jest skorzystanie przez stronę dążącą do uchylenia się od skutków prawnych zawartej ugody sądowej ze środków charakterystycznych dla ugody materialnoprawnej uregulowanej w art. 917 k.c.

W związku z tym, dopuszczalny obszar działalności strony jest zależny od etapu postępowania, w którym doszło do zawarcia ugody. Przede wszystkim, możliwe jest odwołanie oświadczeń procesowych, jeszcze przed wydaniem postanowienia o umorzeniu postępowania⁶⁵. Co istotne, jeżeli strona powołuje się na względną nieważność ugody i uchyla się od skutków prawnych złożonego oświadczenia woli z powodów określonych w przepisach prawa cywilnego materialnego, musi również spełnić warunek określony w art. 88 k.c., a mianowicie złożyć drugiej stronie stosowne oświadczenie na piśmie. Wówczas, o ile sąd stwierdzi nieważność zawartej ugody, postępowanie będzie kontynuowane i zakończone wyrokiem, chyba że strony zdecydują się na zawarcie nowej ugody spełniającej wszelkie wymagania⁶⁶.

64 J. Lapierre, *op. cit.*, s. 118–119.

65 *Ibidem*, s. 122–123.

66 *Ibidem*, s. 123.

Jeżeli jednak doszło już do wydania postanowienia o umorzeniu postępowania, ale nie jest ono jeszcze prawomocne, strona może odwołać złożone oświadczenie woli przez złożenie zażalenia na postanowienie o umorzeniu postępowania⁶⁷. W ten sposób możliwe jest uchylenie się od skutków materialno-prawnych ugody i anulowanie jej skutków procesowych, przejawiających się w konieczności umorzenia postępowania przez sąd. Co istotne, strona musi wskazać przyczyny wadliwości swego oświadczenia, gdyż sam fakt odwołania, czy inaczej ujmując, uchylenia się od skutków prawnych oświadczenia woli, nie uzasadnia zażalenia na postanowienie o umorzeniu postępowania. Jak wskazał SN, odwołanie oświadczenia woli musi być uzasadnione jego wadliwością. Od strony procesowej oznacza to, iż strona musi wykazać wadliwość wcześniejszej woli odstąpienia od zgłoszonego żądania udzielenia ochrony sądowej (w przypadku powoda) oraz wyrażenia zgody na zakończenie postępowania bez rozstrzygnięcia sprawy orzeczeniem sądu⁶⁸. Dopiero po wykazaniu powyższych okoliczności, sąd dokonuje oceny, czy przyczyny te są dostateczne dla skutecznego uchylenia się od skutków prawnych złożonego oświadczenia woli, a w konsekwencji – uchylenia postanowienia o umorzeniu postępowania.

Natomiast w przypadku uprawomocnienia się orzeczenia o umorzeniu postępowania, w którym zawarto ugodę, możliwe jest nadal uchylenie się od jej skutków materialnoprawnych⁶⁹. Przede wszystkim, strona może powoływać się na nieważność ugody sądowej w każdym postępowaniu, którego wynik zależy od jej ważności albo nieważności. W szczególności powód w postępowaniu, w którym doszło do zawarcia ugody sądowej, może wytoczyć ponownie powództwo o to samo roszczenie, gdyż – jak wskazano już wyżej – ugoda sądowa nie powoduje skutku powagi rzeczy osądzonej, ale ugodzonej, w związku z czym sąd zobowiązany jest rozpoznać sprawę pod kątem merytorycznym. Możliwe jest również, w razie dochodzenia roszczenia wynikającego z ugody sądowej, podniesienie zarzutu, iż ugoda dotknięta jest nieważnością. Na skutek takiego działania strony sąd będzie zobowiązany dokonać oceny ważności ugody zawartej w ramach poprzedniego, prawomocnie umorzonego już postępowania, aby wydać rozstrzygnięcie w bieżącym postępowaniu⁷⁰.

Co jednakże wymaga podkreślenia, możliwość uchylenia się od skutków prawnych zawartej ugody sądowej podlega ograniczeniom przewidzianym dla ugody materialnoprawnej, przewidzianym w art. 918 k.c. Powołanie się na okoliczność, iż ugoda została zawarta pod wpływem błędu możliwe jest mianowicie tylko wtedy, gdy błąd dotyczy stanu faktycznego, który według treści ugody strony uważały za niewątpliwý, a spór albo niepewność nie powstałyby, gdyby strony w chwili zawarcia ugody wiedziały o praw-

67 *Ibidem*, s. 124; S. Dmowski, K. Kołakowski, *op. cit.*, s. 1265.

68 Postanowienie SN sygn. akt III CKN 824/98.

69 J. Lapierre, *op. cit.*, s. 125.

70 *Ibidem*.

dziwym stanie rzeczy. Ponadto, zgodnie z par. 2 tego przepisu, nie można uchylić się od skutków prawnych ugody z powodu odnalezienia dowodów co do roszczeń, których ugoda dotyczy, chyba że została zawarta w złej wierze. Przepis ten stanowi więc istotną barierę, chroniącą przed pochopnym uchylaniem się od skutków ugody, także zawartej przed sądem.

Ponadto istnieje możliwość wytoczenia powództwa o ustalenie nieważności ugody sądowej w ramach art. 189 k.p.c.⁷¹, o ile powód ma w obaleniu ugody interes prawny. Wówczas jednak, jak i we wcześniej omawianych przypadkach, znajdą zastosowanie ograniczenia odnoszące się do ugody materialnoprawnej, określone w art. 918 k.c.

Drugi z poglądów, zakładający, że ugoda jest czynnością procesową, całkowicie odrębną od ugody materialnoprawnej, stanowi, iż w związku z tym nie jest możliwe podważanie jej zawarcia za pomocą środków uregulowanych w k.c., a więc poprzez między innymi powołanie się na wady oświadczenia woli czy też ustalanie nieważności ugody sądowej, gdyż byłoby to sprzeczne z samą jej istotą⁷². Równocześnie wskazuje się, iż ważność i skuteczność wszelkich czynności procesowych należy analizować tylko i wyłącznie na tle przepisów prawa procesowego. W związku z tym niemożliwe jest podważanie czynności prawa procesowego poprzez środki prawne uregulowane w przepisach k.c.⁷³.

Właściwym środkiem dla podważania tak ujmowanej ugody sądowej jest zażalenie na postanowienie o umorzeniu postępowania, wydane w związku z zawarciem przez strony ugody. W uzasadnieniu tegoż środka prawnego możliwe jest podniesienie tylko i wyłącznie argumentów o charakterze procesowym, znajdujących swoje źródło w art. 203 par. 4 k.p.c., a więc dotyczących sprzeczności ugody sądowej z prawem, zasadami współżycia społecznego bądź zmierzania poprzez jej zawarcie do obejścia prawa. Nie jest więc w żadnym przypadku dopuszczalne powołanie się w treści zażalenia przykładowo na wadę oświadczenia woli⁷⁴.

Oprócz powyższych przypadków, strona może dążyć również do pozbawienia ugody sądowej będącej tytułem wykonawczym jedynie skutku wykonalności, wytaczając powództwo opozycyjne uregulowane w art. 840 par. 1 k.p.c.

Podsumowanie – ugoda sądowa jako procesowy środek pojednania stron

Ustawodawca w treści przepisów k.p.c. wskazał wprost, iż preferowany jest ugodowy sposób załatwienia sprawy, bez konieczności przeprowadzenia całego postępowania sądowego oraz wydania wyroku. W związku z tym, aby urzeczywistnić tenże postu-

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² K. Knoppek, *op. cit.*, s. 323.

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ *Ibidem*.

lat, ustawodawca nałożył na sąd (przewodniczącego) obowiązek dążenia do pojednania stron. Ponadto w k.p.c. wymieniono szereg instrumentów, służących usprawnieniu funkcjonowania ugody sądowej. Jednocześnie jednak – kształtując postulat ugodowego zakończenia sporu – wyposażono sąd w kompetencje kontrolne nad treścią ukształtowanej przez wolę stron ugody. W ramy postępowania, w którym zawarto ugodę, wpisano także możliwość uchylenia się od jej skutków, o ile jest to uzasadnione. Procesowe aspekty ugody sądowej wywierają więc istotny wpływ na kształt i przebieg postępowania cywilnego, służąc realizacji postulatu zawartego w art. 10 k.p.c.

SUMMARY

Procedural aspects of a settlement reached before the court in the course of proceedings

The study aims on the procedural aspect of a settlement reached before the court in the course of proceedings. Procedural rules indicate when and in what circumstances the court has to persuade the parties to reconcile and what should be the nature of that action. In addition, the procedural law complements the range of possible reciprocal concessions made by the parties. It also sets out further requirements that have to be followed by the body of a settlement reached before the court, especially by indicating the extent of judicial control. The rules of the civil procedure also determine the effect that a settlement reached before the court has on the course of further proceedings. Thus, the aim of the above is that the rules are focused on the implementation of the postulate expressed in Article 10 of the Civil Procedure Code.

KEYWORDS: Civil Procedure Code, settlement reached before the court, the course of proceedings

ŁUKASZ PILARCZYK
UNIwersytet im. Adama Mickiewicza

Nadawanie klauzuli wykonalności obowiązkowi probacyjnemu orzekanemu na podstawie art. 72 § 2 kodeksu karnego

Możliwość nałożenia na sprawcę przestępstwa obowiązku naprawienia szkody została uregulowana przez ustawodawcę w art. 46 k.k., który obecnie ma brzmienie:

w razie skazania sąd może orzec, a na wniosek pokrzywdzonego lub innej osoby uprawnionej orzeka, obowiązek naprawienia wyrządzonej przestępstwem szkody w całości albo w części lub zadośćuczynienia za doznaną krzywdę; przepisów prawa cywilnego o przedawnieniu roszczenia oraz możliwości zasądzenia renty nie stosuje się.

Z kolei paragraf drugi przewiduje możliwość zasądzenia na rzecz pokrzywdzonego nawiązki zamiast nałożenia na sprawcę obowiązku naprawienia szkody. Początkowo przepis ten zawierał enumeratywny katalog przestępstw, w związku z popełnieniem których można było orzec taki środek. Został on jednak skreślony nowelizacją z 8 czerwca 2010.

W zależności więc od tego, czy pokrzywdzony złożył odpowiedni wniosek, nałożenie tego obowiązku przez sąd na sprawcę jest obligatoryjne lub fakultatywne – oczywiście jeżeli sprawca został uznany za winnego i skazany (a więc nie będzie podstaw do orzeczenia tego środka np. w sytuacji umorzenia postępowania karnego, ale będzie to już możliwe przy wymierzeniu kary z warunkowym zawieszeniem jej wykonania). Wyjątkiem od tej reguły jest sytuacja warunkowego umorzenia postępowania karnego, kiedy to zgodnie z art. 67 § 3 k.k. sąd, stosując tę instytucję, musi zobowiązać sprawcę do naprawienia wyrządzonej przez niego szkody, mimo braku skazania go za przestępstwo, które tę szkodę spowodowało. Pozostałymi przesłankami niezbędnymi do zastosowania tego środka są: powstanie szkody i adekwatny związek przyczynowo-skutkowy między przestępstwem a szkodą (ustalany zgodnie z art. 361 k.c.). Środka tego nie stosuje się, gdy szkoda została już naprawiona lub gdy poszkodowany zamierza uzyskać sądowy nakaz

jej naprawienia – czy to przez wytoczenie powództwa adhezyjnego, czy przez odrębne powództwo cywilne¹. Środek ten może być stosowany obok kary zasadniczej, ale może być też stosowany samoistnie na podstawie art. 58 § 3, 59 albo 60 § 7 k.k.

Jednym z przypadków, gdy środek ten może zostać zastosowany jest art. 72 § 2 k.k., zgodnie z którym, zawieszając warunkowo wykonanie orzeczonej wobec przestępcy kary, Sąd może zobowiązać skazanego do naprawienia szkody w całości lub w części. W tym jednak wypadku naprawienie szkody nie ma charakteru środka karnego, ale obowiązku związanego z warunkowym zawieszeniem kary, którego niewypełnienie – zgodnie z art. 75 § 2 k.k. – jest fakultatywną przesłanką podjęcia wykonania zawieszonyj uprzednio kary. I to właśnie obowiązek naprawienia szkody nakładany na sprawcę na tej podstawie normatywnej jest przedmiotem naszego zainteresowania.

Zgodnie bowiem z art. 107 § 1 i 2 k.p.c., sąd karny, orzekając pozytywnie w przedmiocie obowiązku naprawienia szkody, ma obowiązek nadania klauzuli wykonalności temu orzeczeniu w zakresie naprawienia szkody na żądanie osoby uprawnionej, jeżeli tylko orzeczenie to umożliwia przeprowadzenie egzekucji. Sąd nie nadaje więc z urzędu klauzuli wykonalności tego rodzaju orzeczeniu, a jedynie, na podstawie z art. 196 § 1 k.k. wykonawczego, przesyła osobie uprawnionej tytuł egzekucyjny. Zgodnie bowiem z treścią rzeczonego przepisu, w razie orzeczenia obowiązku naprawienia szkody lub zadośćuczynienia na rzecz osoby, która nie brała udziału w sprawie, nawiązki lub świadczenia pieniężnego sąd, z urzędu i bez pobierania jakichkolwiek opłat przesyła tytuł egzekucyjny pokrzywdzonemu lub innej osobie uprawnionej. Kwestia jednak jedynie z pozoru wydaje się być jednoznaczna, a mówiąc precyzyjnie: byłaby jednoznaczna, gdyby nie stanowisko SN i podążające za nim orzeczenia sądów niższych instancji w zakresie możliwości stosowania art. 107 k.p.k. do naprawienia szkody orzekanego jako obowiązek probacyjny.

Zdaniem SN (co zostanie doprecyzowane w dalszym ciągu tego artykułu) występuje bowiem istotna różnica w charakterze naprawienia szkody orzekanego jako środek karny i jako obowiązek probacyjny nakładany na sprawcę w związku z warunkowym zawieszeniem wykonania kary. Różnica ta dotyczy przede wszystkim terminowości, co ma niebagatelne znaczenie w kontekście wykonalności.

W pierwszej kolejności omówione zostanie naprawienie szkody orzekane jako środek karny i teza wyrażona w orzeczeniu Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 27 września 2000 r.² Zgodnie z tym judykatem, określenie przez sąd okręgowy terminu naprawienia szkody w wypadku orzeczenia tego obowiązku jako środka karnego, nie znajduje żadnego oparcia w przepisach k.k. Przeciwnie, z treści art. 196 § 1 k.k.w. wynika, iż wymagalność tego rodzaju roszczenia majątkowego powstaje z chwilą uprawomocnienia się wyroku.

1 Ł. Pohl, *Prawo karne. Wykład części ogólnej*, Warszawa 2012, s. 429.

2 Orzeczenie SA w Lublinie, sygn. akt II AKa 180/00.

Teza ta zasługuje na pełną aprobatę gdyż, po pierwsze, w k.k. rzeczywiście nie sposób znaleźć żadnego przepisu odnoszącego się do nakładania na sprawcę terminu, w którym powinien uregulować tyżące się jego osoby zobowiązania związane ze szkodą wyrządzoną przez popełniony przez niego czyn zabroniony; po drugie, z przywołanego wyżej art. 196 k.k.w. wydaje się niezbicie wynikać, iż już w momencie prawomocności świadczenie wynikające z tego środka karnego nadaje się do wykonania; po drugie, jest to jak najbardziej zgodne z aksjologicznym tłem naprawienia szkody na podstawie art. 46 k.k. W doktrynie bowiem uważa się, iż instytucja ta pełni nie tylko funkcję represyjną, ale również kompensacyjną (choć kwestią sporną jest to, której z tych dwóch funkcji przyznać prymat³). Oznacza to, iż ma ona być rekompensatą dla pokrzywdzonego, który nie odnosi przecież żadnej wymiernej korzyści z samego faktu ukarania sprawcy, a jednocześnie bardzo często ponosi dotkliwą szkodę poprzez popełnienie na jego niekorzyść przestępstwa. Orzeczenie naprawienia szkody ma zastąpić długotrwały i żmudny proces cywilny, dlatego też, jeżeli środek ten ma faktycznie być korzystny dla pokrzywdzonego, byłoby irracjonalne, gdyby sędzia decydując o nałożeniu go na sprawcę przedłużał czas, po którym nastąpi jego wykonanie. Wydaje się jednak, iż w jednej sytuacji można sobie wyobrazić, iż naprawienie szkody na podstawie art. 46 k.k. ma charakter terminowy, a mianowicie chodziłoby tutaj o sytuację, gdy sprawca nie posiada wymaganej ilości pieniędzy i w związku z tym powinien złożyć wniosek o rozłożenie spłaty zasądzonej kwoty na raty⁴. Jednak poza tym przypadkiem, świadczenie zasądzone na podstawie art. 46 staje się wymagalne z momentem stwierdzenia jego prawomocności i na podstawie wymienionych wyżej regulacji k.p.k. nadaje się do egzekucji i dlatego można wnioskować o nadanie mu klauzuli wykonalności.

O wiele bardziej skomplikowana jest kwestia nakładania klauzuli wykonalności w przypadku orzeczenia obowiązku naprawienia szkody jako jednego z obowiązków probacyjnych przy warunkowym zawieszeniu wykonania kary. Pojawiają się bowiem twierdzenia (spotykane przede wszystkim w orzecznictwie), iż instytucja ta – mimo stosowania identycznego nazewnictwa – pełni zupełnie inne funkcje, niż naprawienie szkody orzekane na podstawie art. 46 k.k. i w związku z tym sąd nakładając ten obowiązek przy warunkowym zawieszeniu wykonania kary, nie tylko może, ale wręcz powinien wskazać termin, w jakim wynikające z tego obowiązku świadczenie winno być wykonane i dopiero po upływie tego terminu można domagać się nadania wyrokowi w tym zakre-

3 Cf. R. Giętkowski, *Hierarchia funkcji karnoprawnego obowiązku naprawienia szkody i jej znaczenie w praktyce*, „Palestra” nr 11-12, 2003, s. 128-138; A. Guzik, *Wpływ warunków materialnych sprawcy na nakładanie obowiązku naprawienia szkody*, [w:] „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” nr 1, 2002, s. 127 i nast.; S. Szyrmer, *Wybrane zagadnienia związane z orzekaniem obowiązku naprawienia szkody jako środka karnego*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” nr 1, 2005, s. 74 i nast.

4 Jeżeli oczywiście świadczenie, które jest przedmiotem środka karnego z art. 46, ma charakter pieniężny.

sie klauzuli wykonalności. Podobne twierdzenia można znaleźć w przywoływanym już wcześniej wyroku Sądu Apelacyjnego z Lublina, który wskazał, iż:

środek karny wymieniony w art. 39 pkt 5 k.k. i orzekany na podstawie art. 46 § 1 k.k. nie jest tożsamy – mimo zbieżności słownictwa – ze zobowiązaniem wynikającym z art. 72 § 2 k.k., co również wynika z treści tego przepisu. Jedynie w sytuacji nałożenia obowiązków wymienionych w art. 72 k.k. – ustawodawca przewidział obligatoryjne określenie czasu i sposobu ich wykonania (art. 74 § 1 k.k.), zaś klauzula wykonalności może być nadana po upływie terminu, do którego skazany miał pokryć szkodę (art. 107 § 2 k.p.k.), gdyż dopiero wówczas roszczenie majątkowe będzie – w myśl przepisów k.p.c. – wykonalne.

Ta linia orzecznicza została zaakceptowana przez SN, który w postanowieniu z dnia 24 lutego 2010 roku⁵ zawarł następującą tezę:

Wykonalność zobowiązania do naprawienia szkody orzeczonego na podstawie art. 72 § 2 k.k. następuje z zaistnieniem terminu wskazanego przez sąd orzekający w trybie art. 74 § 1 k.k. (wyjątkowo też w związku z art. 178 § 1 k.k.w.) jako czas jego wykonania, a zatem dopiero wówczas orzeczeniu zawierającemu takie rozstrzygnięcie – w tym zakresie – można nadać klauzulę wykonalności.

Mimo, iż przedstawiony wyżej pogląd został zaakceptowany przez sam SN, nie oznacza to, że można się z nim zgodzić. Wręcz przeciwnie – przedstawiająca go linia orzecznicza jest rażąco szkodliwa, jako że oparto ją na ewidentnie błędnej interpretacji przepisów k.k. i k.p.k., a ponadto jej skutki mogą okazać się niezwykle niekorzystne dla osób pokrzywdzonych w skutek popełnienia na ich szkodę czynu zabronionego, w praktyce rozmywając funkcję kompensacyjną, jaka miała stać za wprowadzeniem do k.k. obowiązku naprawienia szkody.

Analizę wymienionych orzeczeń i zaprezentowanych w nich poglądów należy rozpocząć od przyjrzenia się zasadniczej kwestii, jaką jest podstawa prawna orzekania o nałożeniu na sprawcę naprawienia szkody jako obowiązku probacyjnego. Wobec tez wskazywanych wyżej orzeczeń, wydaje się rzeczą oczywistą, iż zgodnie z nimi tą podstawą jest art. 72 § 2 k.k. (*vid.* teza z powyższego postanowienia SN: „Wykonalność zobowiązania do naprawienia szkody orzeczonego na podstawie art. 72 § 2 k.k.”), w opozycji do naprawienia szkody jako środka karnego, które jest orzekane na podstawie art. 46 k.k. Taka dyferencjacja podkreśla różnice między funkcjami i cechami obu tych instytucji oraz uzasadnia odmienne ich traktowanie w kwestii terminowości.

⁵ Postanowienie SN, sygn. akt I KZP 31/09.

Zaznaczyć należy jednak, iż stwierdzenie, że naprawienie szkody jako obowiązek probacyjny orzekane jest na podstawie art. 72 § 2 k.k. nie jest do końca ściśle. Zgodnie z nim bowiem, sąd może zobowiązać skazanego do naprawienia szkody w całości lub w części, chyba że orzekł środek karny wymieniony w art. 39 pkt. 5 (naprawienie szkody), albo do uiszczenia świadczenia wymienionego w art. 39 pkt. 7 (świadczenie pieniężne). Trzeba w tym momencie zauważyć, że poza tym artykułem, nie ma w Kodeksie karnym ani jednego przepisu, który doprecyzowałby znaczenie pojęcia „naprawienie szkody” w kontekście art. 72. Zgodnie z zasadami wykładni prawa, w celu interpretacji tego pojęcia, należy się więc odwołać do art. 46 k.k., gdyż tam właśnie jest definiowane pojęcie „naprawienia szkody”, tyle tylko, że w odniesieniu do środka karnego. Naprawienie szkody, zarówno jako środek karny, jak i obowiązek probacyjny, będzie więc rozumiane w dokładnie ten sam sposób, przynajmniej w zakresie obligatoryjności bądź fakultatywności jego orzekania oraz stosunku do prawa cywilnego (gdyż tych właśnie kwestii dotyczy art. 46 k.k.) i ustalenia interpretacyjne dotyczące się art. 46 będą odnosiły się również do naprawienia szkody z art. 72 § 2 k.k. Naprawienie szkody będące obowiązkiem probacyjnym nie będzie więc orzekane na podstawie art. 72 § 2 k.k., ale na podstawie art. 72 § 2 w związku z art. 46 § 1 k.k., jako że przepis ten również brany jest pod uwagę przy odtwarzaniu normy przyznającej sądowi kompetencję do nakładania na sprawcę czynu zabronionego obowiązku probacyjnego w postaci naprawienia szkody. Wobec tego, nawet jeżeli instytucja z art. 72 § 2 k.k. służy nieco innym celom i jest stosowana w innych okolicznościach niż naprawienie szkody w postaci środka karnego, całkowicie nieuprawnione jest traktowanie obu tych instytucji jako zupełnie ze sobą niezwiązanych, co zdają się sugerować sądy w przedstawionych wyżej orzeczeniach, opierających się na założeniu, że obie te postaci naprawienia szkody zdecydowanie się od siebie różnią.

Cała linia orzecznicza, której krytyczna analiza stanowi główny przedmiot niniejszej publikacji, oparta jest również na założeniu, że konieczność wskazania terminu do naprawienia szkody wynika z brzmienia art. 74 k.k. oraz funkcji probacyjnych naprawienia szkody orzekanego na podstawie art. 72 § 2 w zw. z art. 46 § 1 k.k. Jednak oba te założenia nie uprawniają do takiej interpretacji.

W pierwszej kolejności przedstawiony zostanie jednak tok myślenia SN zaprezentowany w sprawie I KZP 31/09:

w przeciwieństwie do środka karnego z art. 46 § 1 k.k., który ze swej istoty ma charakter penalny, a niewątpliwym ratio legis tego unormowania było umożliwienie pokrzywdzonemu dochodzenia roszczeń wynikających z przestępstwa w prostszy niż w drodze procesu cywilnego sposób” (Uzasadnienie rządowego projektu k.k., Nowe kodeksy karne z 1997 r. z uzasadnieniami, Warszawa 1997, t. 14, s. 147), zobowiązanie do naprawienia szkody z art. 72 § 2 k.k. ma inny cel i charakter. Jest ono wszak warunkiem probacyjnym, „środkiem związanym z poddaniem sprawcy

próbie” (jak brzmi tytuł rozdziału VIII k.k.), który (przede wszystkim) „daje możliwość sądowi istotnego oddziaływania wychowawczego na skazanego w czasie całego okresu próby”. Zatem funkcja kompensacyjna, jakkolwiek priorytetowa, nie jest jedyną, którą taki środek ma spełniać. Równie bowiem istotne są też jego funkcje: szczególnoprewencyjno-wychowawcza i ogólnoprewencyjna. Właśnie potrzeba realizacji tych wszystkich funkcji kształtujących probacyjny cel obowiązków określonych w art. 72 k.k. spowodowała, że ustawodawca przewidział w art. 74 § 1 k.k. obligatoryjne określenie przez sąd m.in. czasu ich wykonania, a tym samym określenie go w sposób inny, aniżeli jako data uprawomocnienia się wyroku.

Stanowisko to zasługuje niestety na zdecydowaną krytykę. Co prawda, gdyby przyjąć się brzmieniu art. 74 k.k., pozornie należałoby przyznać rację SN. Zgodnie bowiem z paragrafem pierwszym tego przepisu, czas i sposób wykonania nałożonych na sprawcę obowiązków wymienionych w art. 72 k.k. sąd określa po wysłuchaniu skazanego. Ponieważ jednym z obowiązków przewidzianych w art. 72 k.k. jest obowiązek naprawienia szkody, a art. 74 § 1 nie zawiera żadnych wyjątków od formułowanej przez siebie reguły, to przy zasądzaniu naprawienia szkody w okolicznościach warunkowego zawieszenia jej wykonania, należy bezwzględnie oznaczyć czas, w którym środek ten ma zostać wykonany, co zazwyczaj będzie oznaczać termin do zapłacenia pokrzywdzonemu przez sprawcę określonej sumy pieniężnej.

Niemniej art. 74 mówi o określeniu przez sąd czasu wykonania obowiązku naprawienia szkody. Otóż, jeżeli wyznaczymy sprawcy przykładowo roczny termin by naprawił szkodę wyrządzoną popełnionym przez niego czynem zabronionym, oznaczać to będzie *de facto*, iż przez rok sprawca nie będzie musiał naprawić tej szkody; wystarczy, aby zrobił to pod sam koniec tego okresu. Pokrzywdzony nie będzie w żaden sposób temu przeciwdziałać, ponieważ nie będzie mógł się domagać nadania w tym zakresie klauzuli wykonalności wyrokowi, skoro zdaniem sądów orzeczenie w tym zakresie nie będzie się nadawało do wykonania, ponieważ nie minął jeszcze termin, w którym świadczenie, do którego sprawca jest zobowiązany, winno być wykonane. Oznaczałoby to, iż jeśli sąd zakreśli termin do wykonania tego obowiązku, tak naprawdę wyznaczy termin odraczający wykonanie tego zobowiązania, a więc w tym okresie obowiązek ten nie będzie wykonywany. Wbrew pozorom, zakreślenie terminu przy naprawieniu szkody jako obowiązku probacyjnym, nie będzie zatem spełniało warunków określonych w art. 74 § 1 k.k. Przepis ten nie może więc służyć jako uzasadnienie do wyznaczania terminu przy naprawieniu szkody orzekanym jako obowiązek probacyjny, ponieważ wyznaczenie terminu w takiej sytuacji spowodowałoby skutki przeciwne do tych, jakie ten przepis miałby spowodować (efektem byłaby bowiem niemożność wykonania tego środka, wbrew treści art. 74 § 1).

SN w swych rozważaniach pominął bowiem fakt, iż naprawienie szkody ma inny charakter niż większość obowiązków przewidzianych w art. 72 k.k. W przeciwieństwie

do np. wykonywania ciężącego na nim obowiązku łżenia na utrzymanie innej osoby, informowania sądu lub kuratora o przebiegu okresu próby, powstrzymania się od nadużywania alkoholu lub używania innych środków odurzających, powstrzymania się od przebywania w określonych środowiskach lub miejscach, ma on charakter obowiązku jednorazowego, podczas gdy wymienione wyżej obowiązki mają charakter terminowych, których istotą jest wykonywanie ich przez dłuższy okres – inaczej straciłyby całkowicie swój sens. Podobna sytuacja jak naprawienia szkody dotyczy przeproszenia pokrzywdzonego (orzecanego jako środek probacyjny na podstawie art. 72 § 1 pkt 2). Gdyby trzymać się rozumowania SN, wymagającego ustalenia terminu każdemu obowiązkowi z art. 72 k.k., sąd zobowiązując sprawcę do przeproszenia pokrzywdzonego, musiałby wyznaczyć termin w ciągu którego sprawca miałby to zrobić. Trudno byłoby to uzasadnić. W ten sposób w zasadzie pozbawiono by przeprosiny ich podstawowej funkcji, jaką jest psychiczne zadośćuczynienie pokrzywdzonemu przestępstwem.

Art. 74 § 1 k.k. należy więc interpretować w ten sposób, iż sąd obowiązany jest do oznaczenia czasu wykonywania obowiązków probacyjnych, ale tylko tych w odniesieniu do tych obowiązków, wobec których jest to możliwe. Ustawodawca tylko ze względu na postulat skrótości przepisów prawnych nie wskazał, iż w odniesieniu do pewnych obowiązków orzeczenie czasu ich wykonywania nie jest możliwe, co wynika z założenia, że właściwe stosowanie reguł wykładni prawa doprowadzi do zamierzonego przez niego rezultatu.

Naprawienie szkody będzie więc miało charakter obowiązku probacyjnego jedynie w takim zakresie, iż po uprawomocnieniu się wyroku, skazany będzie musiał spełnić świadczenie, do którego został zobowiązany. Jeżeli tego nie robi, pokrzywdzony będzie mógł z tego powodu wnieść do sądu wnioski o zarządzenie wykonania zawieszony kary pozbawienia wolności. Naprawienie szkody, podobnie zresztą, jak i przeproszenie pokrzywdzonego, będzie więc obowiązkiem probacyjnym o charakterze w pewien sposób wstępnym wobec innych obowiązków, mających charakter terminowy. Dopiero, gdy sprawca spełni te pierwotne, podstawowe ciężary, będą od niego egzekwowane pozostałe obowiązki probacyjne. Na tym więc polega probacyjne znaczenie tej instytucji. Gdyby miała ona terminowy charakter, trudno byłoby mówić o tym, iż w jakikolwiek sposób można za jej pomocą oddziaływać na skazanego, skoro przez cały czas wyznaczony sprawcy na naprawienie szkody, sąd nie byłby w stanie postawić mu żadnego zarzutu związanego z niewykonywaniem tego środka. Dlatego wydaje się, iż orzekanie naprawienia szkody na podstawie art. 72 § 2 w związku z art. 46 k.k. bez określenia terminu do wykonania tego zobowiązania, lepiej spełnia funkcję probacyjną, jaka przypisywana jest tej instytucji, jednocześnie nie popadając w konflikt z funkcją kompensacyjną, gdyż w ten sposób skuteczniej zabezpieczane są interesy pokrzywdzonego.

Zgodnie bowiem ze stanowiskiem SN, sąd stosujący naprawienie szkody w opisywanej wyżej sytuacji, zawsze musiałby wyznaczyć termin do wykonywania tego obowiązku. Jako że termin ten byłby związany z probacyjnym charakterem środka, nie mógłby być

dłuższy od okresu próby orzeczonego dla sprawcy. Okres ten mógłby więc trwać maksymalnie nawet 5 lat. Przez tak długi okres pokrzywdzony mógłby nie otrzymać orzeczonej wobec siebie należności. Dochodziłoby więc do sytuacji jednocześnie absurdalnej i niezwykle groźnej dla poczucia społecznej sprawiedliwości: pokrzywdzony może złożyć wniosek o naprawienie szkody na podstawie art. 46 k.k., co zobowiązuje sąd do orzeczenia tego obowiązku w razie skazania sprawcy. Fakt, iż będzie mógł odzyskać utracone przez siebie składniki majątku jest dla niego o wiele ważniejszy niż skazanie sprawcy na surową karę, dlatego nie próbuje w tym celu oddziaływać na sędziego w ramach procesu (np. jako oskarżyciel posiłkowy), po czym dowiaduje się, iż środki pieniężne – potencjalnie o kluczowym znaczeniu dla jego utrzymania – może otrzymać (bądź nie) dopiero po upływie niemal pięciu lat, jeżeli skazany naprawi szkodę dopiero pod koniec tego okresu. Rozwiązanie to przeczy porządkowi prawnemu Rzeczypospolitej Polskiej i czyni całkowicie iluzoryczną kompensacyjną funkcję naprawienia szkody, uzasadniając pytanie o sens obecności tego środka w systemie prawa karnego. Pokrzywdzony w takiej sytuacji mógłby jedynie – wobec odmowy sądu karnego nadania klauzuli wykonalności wydanemu przez siebie wyrokowi z powodu braku upływu czasu do wykonania świadczenia – wnieść o zasądzenie odszkodowania na drodze cywilnej (zgodnie bowiem z orzeczeniem SN z dnia 7 lipca 2000 r⁶, orzeczenie sądu karnego zobowiązujące skazanego do naprawienia w całości lub w części szkody wyrządzonej przestępstwem, które nie nadaje się do egzekucji cywilnej, nie pozbawia pokrzywdzonego możliwości dochodzenia w postępowaniu cywilnym roszczeń odszkodowawczych wynikających z tego przestępstwa), tymczasem jedną z podstawowych przesłanek wprowadzenia do systemu prawa karnego tzw. akcji cywilnej, do której zalicza się również naprawienie szkody z art. 46 k.k., miało być właśnie uproszczenie drogi dla pokrzywdzonego do uzyskania przysługującej mu rekompensaty z tytułu popełnionego wobec niego przestępstwa.

Dodatkową wątpliwość w kontekście omawianego orzecznictwa SN, budzi fakt, iż zgodnie z art. 46 k.k., jeżeli pokrzywdzony złożył wniosek o naprawienie szkody, to w przypadku skazania oskarżonego, obligatoryjnym zadaniem sądu staje się orzeczenie tego środka karnego. Dotyczy to również sytuacji, gdy kara została wobec sprawcy warunkowo zawieszona. Gdyby przyjąć sposób rozumowania SN dotyczący dualizmu obu postaci naprawienia szkody, pojawiłoby się pytanie, jaką postać naprawienia szkody powinien orzec sąd, skoro pokrzywdzony domagał się orzeczenia wobec skazanego bezterminowego środka karnego (nie mógł bowiem wiedzieć, że sąd zawiesi wykonanie kary). Z kolei sąd powinien przecież w sytuacji warunkowego zawieszenia wykonania kary orzec naprawienie szkody jako obowiązek probacyjny i wyznaczyć termin do jego uiszczenia. Ponieważ, rzecz jasna, nie można orzec podwójnego naprawienia szkody⁷, możliwe jest przyjęcie jedynie dwóch wyjść z tej sytuacji: albo przyjęcie, iż występuje tu konflikt dwóch norm prawno-

6 Orzeczenie SN, sygn. akt I PKN 724/99.

7 Jest to regulowane przez kategorię zakaz wyrażony w art. 72 § 2 k.k.

-karnych – jednej z art. 46 k.k., drugiej z art. 74 § 1 w zw. z art. 72 § 2 k.k. – albo orzeczenie, że o naprawieniu szkody spełniającym podwójną funkcję – zarówno środka karnego, jak i obowiązku probacyjnego. A ponieważ konflikt norm jest zjawiskiem, którego za wszelką cenę należałoby uniknąć, pierwszeństwo należy przypisać drugiemu rozwiązaniu. Tyle tylko, iż jego przyjęcie zmuszałoby do zanegowania tezy SN o niemożliwym do podważenia dualizmie naprawienia szkody, ponieważ okazałoby się, iż jest możliwe, aby instytucja ta łączyła funkcje obowiązku probacyjnego i środka karnego. Oczywiście, dla przyjęcia takiego rozwiązania trzeba by zaakceptować zaprezentowaną w niniejszej publikacji interpretację art. 74 § 2 k.k., ponieważ w takiej sytuacji sąd nie określałby terminu, w jakim szkoda powinna być naprawiona. Widać jednak, iż zaprezentowane przez SN rozwiązanie oparte jest na całkowicie sztucznym podziale naprawienia szkody na dwie funkcje rzekomo od siebie niezależne, które tak naprawdę w prosty sposób można zharmonizować.

Jedynym przypadkiem, kiedy naprawienie szkody rzeczywiście będzie miało charakter terminowy i może zostać zastosowane jako pełnoprawny obowiązek probacyjny, którego wykonanie sprzężone będzie z okresem próby, jest sytuacja, gdy świadczenie orzeczone z tytułu naprawienia szkody wywołanej czynem zabronionym będzie rozłożone na raty. Wtedy rzeczywiście sąd ma możliwość kontrolowania postawy i zachowania skazanego poprzez sprawdzanie tego, czy regularnie uiszcza on kolejne raty świadczenia w okresie wyznaczonym przez sąd, a naprawienie szkody to dodatkowy obowiązek, z którego będzie się musiał wywiązywać skazany, aby nie zarządzono wobec niego wykonania kary. Tylko wtedy naprawienie szkody będzie miało charakter pełnoprawnego obowiązku probacyjnego.

Jeżeli przyjmiemy, iż orzekając naprawienie szkody w związku z warunkowym jej zawieszeniem, sąd jest obowiązany do wyznaczenia terminu realizacji tego obowiązku, pojawia się problem, gdy sąd takiego terminu nie wyznaczy, co zresztą dzieje się stosunkowo często (co chyba najdobitniej przeczy twierdzeniom SN, iż zaprezentowana przez niego wykładnia art. 74 § 1 jest powszechnie przyjmowana). W takiej sytuacji SN sugeruje konwalidowanie orzeczenia dzięki późniejszemu oznaczeniu terminu wykonania tego obowiązku poprzez powołanie się na art. 178 § 1 k.k.w., którego treść w momencie wydania orzeczenia brzmiała:

w sprawach związanych z wykonaniem orzeczenia o warunkowym zawieszeniu wykonania kary oraz w sprawie zarządzenia wykonania zawieszony kary właściwy jest sąd, który w danej sprawie orzekał w pierwszej instancji, jednakże w stosunku do osoby skazanej przez sąd powszechny pozostającej pod dozorem właściwy jest sąd rejonowy, w którego okręgu dozór jest lub ma być wykonywany.

Widać więc, iż brzmienie tego przepisu – wbrew twierdzeniom SN – nie wskazuje, w jaki sposób należałoby dokonać zmiany wyroku. Wyznacza jedynie sąd w takich sprawach właściwy. Można natomiast dokonać takiej zmiany w trybie art. 105 § 3 k.p.k.,

dotyczącego dokonywania postanowieniem przez sąd zmian w wyroku. To właśnie tutaj, a nie w przypadku wskazywanego przez SN przepisu k.k.w., został określony tryb dokonywania takiej zmiany.

SN zapomniał również zaznaczyć, iż w przypadku późniejszego określania terminu do spełnienia obowiązku naprawienia szkody, konieczne będzie wysłuchanie skazanego, skoro zgodnie z art. 74 § 1 k.k., czas wykonywania obowiązków probacyjnych należy najpierw z nim skonsultować, a sąd orzekający najwidoczniej tego nie zrobił, skoro o takim terminie nie orzekł i dlatego wysłuchanie skazanego winno poprzedzać późniejsze określenie terminu (abstrahując od sensowności takiego rozwiązania). Dlatego nie należy uznać za trafne rozwiązania przyjętego przez powołujące się na wskazywany judykant SN postanowienie Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 7 września 2011 r.⁸, zgodnie z którym, jeżeli sąd orzekający o odpowiedzialności karnej, wbrew przepisowi art. 72 § 2 k.k., nie oznaczy terminu, w jakim skazany ma wykonać nałożony na niego obowiązek częściowego naprawienia szkody, a nadto nie uczyniono tego także w trybie art. 178 § 1 k.k.w., należy przyjąć, że dopiero po upływie całego dwuletniego okresu próby pokrzywdzony może uzyskać tytuł wykonawczy i skierować egzekucję do kwoty objętej zabezpieczeniem majątkowym. Twierdzenia te nie zasługują jednak na aprobatę, ponieważ sąd nie może w takiej sytuacji arbitralnie orzec, iż termin ten wynosi tyle, ile trwa okres próby, skoro zgodnie z przywoływanym uprzednio art. 74 § 1 k.k. obowiązany jest do wysłuchania skazanego i dopiero po dokonaniu tej czynności może określić okres trwania tego obowiązku.

Dodać należy, iż w doktrynie nie brakuje głosów wyrażających podobnie krytyczne opinie na temat linii orzeczniczej SN w tej sprawie. Wystarczy przywołać tutaj opinie Marka Siwka („uznanie, że możliwe jest określenie innego terminu wykonania obowiązku z art. 46 § 1 k.k. niż chwila uprawomocnienia się wyroku, w sposób oczywisty jest wynikiem rozszerzającej [niedopuszczalnej w tym wypadku] wykładni art. 74 § 1 k.k.”)⁹ i Kazimierza Postulskiego („wykonaniu w drodze egzekucji podlega obecnie orzeczony obowiązek naprawienia szkody albo uiszczenia świadczenia pieniężnego, także wówczas, gdy podstawą jego orzeczenia był art. 72 § 2 k.k., a więc gdy nastąpiło to w związku z warunkowym zawieszeniem wykonania kary”)¹⁰, a także artykuł Tomasza Huminiaka *Możliwość nadania klauzuli wykonalności orzeczeniu zobowiązującemu do naprawienia szkody wydanemu w trybie art. 72 § 2 k.k. – uwagi na tle rozbieżności w orzecznictwie SN*¹¹.

8 Postanowienie SA w Katowicach, sygn. akt II AKz 587/11.

9 M. Siwek, *Glosa do orzeczenia Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 27 września 2000 r. (sygnatura: II AKa 180/00)*, „Palestra”, nr 7-8, 2003, s. 260.

10 K. Postulski, *Komentarz do art. 196 k.k.w.*, [w:] *Komentarz do k.k. wykonawczego*, K. Postulski, Warszawa 2012, s. 787-788.

11 T. Huminiak, *Możliwość nadania klauzuli wykonalności orzeczeniu zobowiązującemu do naprawienia szkody wydanemu w trybie art. 72 § 2 k.k. – uwagi na tle rozbieżności w orzecznictwie SN*, „Probacja” nr 1, 2011, s. 136-150.

Widać więc, iż przedstawiony pogląd dotyczący terminowości środka z art. 72 § 2 k.k. nie jest uważany za słuszny, co nie może dziwić, gdyż przyjęta przez SN linia orzecnicza w zakresie terminowości naprawienia szkody jako środka probacyjnego nie spełnia funkcji kompensacyjnej naprawienia szkody oraz nie zapewnia dostatecznego pozytywnego oddziaływania na zachowanie sprawcy.

SUMMARY

Appending the enforcement clause of the redress of damage stated in the Article 72 § 2 of the Code of Criminal law

The study aims on selected problems associated with appending the enforcement clause on the redress of damage in Polish Criminal law. The difference between the redress of damage as a penal measure and as a probationary measure outlined by The Polish Supreme Court is significant for the analysed perspective. The author indicates that the Supreme Court claims, that a probationary measure enforcement clause could be put on the redress of damage only after the expiration of a period of time appointed by the court to the perpetrator to compensate for the harm caused by a crime. Due to the outlined interpretation by the Polish Supreme Court the author finds the presented statement as not rightful due to the wrong interpretation of the law and flagrant infringement of rights of the victims of the crimes.

KEYWORDS: Criminal law, Supreme Court, redress of damage, enforcement clause, penal measure.

Powództwo z art. 189 k.p.c. w przypadku wadliwych uchwał rady nadzorczej spółki kapitałowej

Rada nadzorcza jako organ kolegialny podejmuje decyzje poprzez uchwały. Uchwała jest podstawowym sposobem działania rady, a zarazem jedynym sposobem wyrażania przez nią woli jako organu spółki. K.s.h. nie wypowiada się na temat wadliwych uchwał rady nadzorczej i nie zawiera żadnych przepisów przewidujących możliwość wnoszenia środków prawnych przeciwko takim uchwałom¹. Zdaniem większości przedstawicieli doktryny podstawowym środkiem zaskarżania wadliwych uchwał rady jest art. 189 k.p.c. w zw. z art. 58 k.c. stosowanym poprzez odesłanie z art. 2 k.s.h.². W ostatnich latach pojawiły się jednak orzeczenia, w których sądy odmiennie przyjęły, że uchwały rady nadzorczej podlegają kontroli na podstawie przepisów o zaskarżeniu uchwał zgromadzeń spółek kapitałowych stosowanych per analogiam (art. 249–252 k.s.h. oraz 422–425 k.s.h.)³. Tematem niniejszego artykułu jest omówienie kwestii stosowania art. 189 k.p.c. jako właściwej podstawy do kwestionowania uchwał rady nadzorczej spółki kapitałowej. W obecnym stanie prawnym, wobec braku odpowiednich regulacji prawnych, powództwo o ustalenie wydaje się być najlepszym środkiem do zaskarżania wadliwych uchwał rady, niemniej jednak posiada ono pewne wady, które mogą odgrywać ważne znaczenie w stosunkach korporacyjnych. Z tego też względu koniecz-

1 A. Opalski, *Rada nadzorcza w spółce akcyjnej*, Warszawa 2006, s. 311.

2 Cf. J. Szwaja, *Komentarz do art. 391*, [w:] *Kodeks spółek handlowych. t. III. Komentarz do art. 301–458*, red. S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, Warszawa 2008, s. 844; J. Frąckowiak, *Komentarz do art. 391*, [w:] *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, red. W. Pyzioł, Warszawa 2008, s. 789; A. Kidyba, *Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością*, Warszawa 2009, s. 628; M. Rodzyńkiewicz, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, wyd. 4, Warszawa 2012, s. 411; A. Opalski, *op. cit.*, s. 320; Z. Kwaśniewski, *Zaskarżanie uchwał rad nadzorczych spółek kapitałowych*, [w:] *Prawo Handlowe XXI wieku. Czas stabilizacji ewolucji czy rewolucji. Księga jubileuszowa J. Okolskiego*, red. M. Modrzejewska, Warszawa 2010, s. 540–547; S. Sołtysiński, A. Opalski, *Zaskarżanie uchwał zarządów i rad nadzorczych spółek kapitałowych*, „Przegląd Prawa Handlowego” nr 11, 2010, s. 4 i n.

3 Wyrok SN, sygn. akt II CSK 419/08.

ne staje się stworzenie odpowiednich regulacji kodeksowych precyzujących zagadnienie omawiane w niniejszym artykule.

Przegląd orzecznictwa sądowego

Problem drogi sądowej przeciwko wadliwej uchwale rady nadzorczej

Po raz pierwszy kwestią zaskarżania wadliwych uchwał rady nadzorczej zajął się SN w uchwale z 1 września 1993 r.⁴, czyli jeszcze pod rządami k.h. Teza uchwały brzmi dość kontrowersyjnie: „Uchwały rady nadzorczej o odwołaniu i powołaniu członków zarządu jednoosobowej spółki akcyjnej Skarbu Państwa nie mogą być zaskarżone w drodze powództwa”. Pogląd ten uzasadniono brakiem w przepisach k.h. oraz w statucie spółki będącej stroną regulacji dopuszczających możliwość zaskarżenia w drodze powództwa uchwał rady nadzorczej spółki akcyjnej. SN nie podzielił przy tym stanowiska Sądu Wojewódzkiego, że jeśli członkowie zarządu mogą być powoływani i odwoływani przez radę, to przejmuje ona niejako kompetencje walnego zgromadzenia i jej uchwały także mogą być zaskarżalne. Zdaniem sądu członkowi zarządu odwołanemu przez radę przysługuje wyłącznie prawo skargi do zgromadzenia wspólników i to nie *ex lege*, ale jedynie wówczas, gdy taką możliwość przewiduje umowa lub status spółki.

Odminną koncepcję zaprezentował SN w wyroku z 20 stycznia 2009 r.⁵, w którym stwierdził, że wobec braku w k.s.h. przepisów regulujących kontrolę prawidłowości uchwał rady nadzorczej sp. z o.o., zarówno w trybie wewnątrz korporacyjnym, jak i sądowym, przyjąć należy, że w drodze analogii znajdują zastosowanie przepisy art. 249–252 k.s.h., dotyczące zaskarżania uchwał zgromadzenia wspólników. Zdaniem składu orzekającego za przyjęciem takiego rozwiązania przemawia przede wszystkim fakt, iż k.s.h. nie definiuje pojęcia uchwały, natomiast w doktrynie istnieją rozbieżności co należy rozumieć pod tym pojęciem. Wątpliwe jest zatem zastosowanie art. 189 k.p.c. w zw. z art. 58 k.c., jeżeli przyjąć, że uchwała organu nie stanowi czynności prawnej. Z tego względu należy zastosować w drodze analogii art. 249–252 k.s.h., gdyż *ratio legis* zaskarżania uchwał zgromadzeń wspólników jest analogiczne do zaskarżania uchwał rady nadzorczej. W przekonaniu Sądu jest nią ochrona stabilności stosunków spółki oraz zapewnienie bezpieczeństwa obrotu, do czego prowadzi usunięcie podmiotowo nieograniczonej dopuszczalności zaskarżania uchwał.

4 Uchwała SN, sygn. akt III CZP 114/93.

5 Wyrok SN, sygn. akt II CSK 419/08; glosa krytyczna A. Pęczyk –Tofel, M. Tofel, *Dopuszczalność zaskarżania uchwał przez byłych członków zarządu*, „Monitor Prawniczy” nr 23, 2009, s. 1288; K. Osajda, *Walne zgromadzenie wspólników i jego uchwały w najnowszym orzecznictwie Sądu Najwyższego*, „Glosa” nr 3, 2010, s. 16-19.

Poglądów zawartych w obu wcześniejszych orzeczeniach nie podzielił SN w wyroku z 18 lutego 2010 r.⁶, w którym uznał, że uchwała rady nadzorczej spółki akcyjnej o odwołaniu członka jej zarządu może być zaskarżona powództwem o stwierdzenie nieważności tej uchwały na podstawie art. 189 k.p.c. w zw. z art. 58 k.c. W uzasadnieniu tego orzeczenia zakwestionowano możliwość posłużenia się analogią z przepisów k.s.h. dotyczących zaskarżania uchwał zgromadzeń spółek kapitałowych. Zdaniem Sądu o dopuszczalności posłużenia się analogią przesądza istnienie luki w prawie, co jednak nie ma miejsca w omawianej kwestii. Zgodnie bowiem z art. 2 k.s.h., w przypadkach nieuregulowanych w kodeksie stosuje się wprost przepisy k.c., a jeśli wymaga tego właściwość stosunku prawnego spółki handlowej, przepisy k.c. stosuje się odpowiednio. Zagadnienie zaskarżania uchwał rad nadzorczych nie zostało uregulowane w k.s.h., co oznacza, że należy w tym zakresie stosować przepisy k.c. dotyczące wadliwości czynności prawnych (art. 58 k.c.). W takiej sytuacji podstawą żądania stwierdzenia nieważności uchwały rady nadzorczej jest art. 189 k.p.c.

Powyższe stanowisko podtrzymane zostało w najnowszych orzeczeniach SN z 24 lutego 2011 r.⁷ oraz 14 marca 2012 r.⁸. Oba składy orzekające wyraziły pogląd, że dopuszczalne jest zaskarżanie uchwał rady nadzorczej w oparciu o art. 189 k.p.c., jednakże w rozpatrywanych sprawach brak było dostatecznych podstaw do wystąpienia z powództwem o ustalenie.

Charakter prawny uchwał rady nadzorczej

SN w wyroku z 18 lutego 2010 r. dopuścił możliwość stosowania do uchwał rady nadzorczej przepisów k.c. dotyczących czynności prawnych, jednocześnie jednak pozostawił doktrynie prawa rozstrzygnięcie co należy rozumieć pod pojęciem uchwały. Podstawowe znaczenie dla uzasadnienia stosowania art. 189 k.p.c. w zw. z art. 58 k.c. ma odpowiedź na pytanie, czy uchwały mogą być uznane za postać czynności prawnej.

K.s.h., podobnie jak k.c., nie definiuje pojęcia uchwały zarówno w odniesieniu do rady nadzorczej, jak i pozostałych organów spółki. Rozstrzygnięcie, co należy rozumieć pod tym pojęciem, pozostawiono doktrynie, której poglądy w tej mierze nie są zgodne. Według dominującego stanowiska uchwały kolektywnych organów osoby prawnej są szczególnego rodzaju czynnościami prawnymi, o ile zmierzają do wywoła-

6 Wyrok SN, sygn. akt II CSK 449/09; glosa aprobująca R. L. Kwaśnicki, A. Sujak, *Zaskarżanie uchwał rady nadzorczej spółki kapitałowej*, „Monitor Prawniczy” 2010 nr 17, s. 979-980; M. Chomiuk, *Zaskarżanie uchwał rady nadzorczej w spółkach kapitałowych*, „Głosa” nr 1, 2011, s. 22-33.

7 Orzeczenie SN, sygn. akt III CSK 150/10.

8 Wyrok SN, sygn. akt II CSK 252/11; v. także wyrok SN, sygn. akt V CSK 223/11, w którym SN zajął stanowisko akceptujące możliwość wystąpienia z powództwem z art. 189 k.p.c.

nia skutków prawnych w postaci zmiany, powstania lub ustania stosunku prawnego⁹. Zdaniem większości autorów uchwała stanowi rodzaj wielostronnej czynności prawnej, której każdy uczestnik składa samodzielnie oświadczenie woli w postaci głosu oddanego nad uchwałą, natomiast suma tych głosów tworzy zbiorowe oświadczenie woli jakim jest uchwała.

Uchwały rady nadzorczej w przeważającej większości dotyczą stosunków korporacyjnych, a więc relacji istniejących wewnątrz spółki (stosunki między wspólnikami a spółką, między spółką a piastunami organów). Zgodne z tradycyjnym stanowiskiem uchwały wywołujące skutki w stosunkach wewnętrznych nie są czynnościami prawnymi, gdyż nie mają one na celu powstania, zmiany lub zniesienia stosunku prawnego w relacjach z osobami trzecimi¹⁰. W najnowszym piśmiennictwie wyrażono jednak przekonujące argumenty, że również i takie uchwały stanowią czynności prawne¹¹. Przede wszystkim uchwały o wewnętrznym skutku w sposób dostateczny wyrażają wolę organu wywołania określonych skutków prawnych. Celem i skutkiem uchwał korporacyjnych jest spowodowanie powstania, zmiany lub zniesienia stosunków wewnątrz organizacji osoby prawnej¹². Cywilnoprawne skutki takich uchwał polegają na kształtowaniu odrębnego stosunku prawnego istniejącego pomiędzy piastunem organu a spółką (np. uchwała upoważniająca przewodniczącego rady do zawarcia umowy o pracę z członkiem zarządu), przyznaniu członkom określonych prawa (np. zgoda rady na wypłatę zaliczki na dywidendę) lub nałożeniu na nich określonych obowiązków. Niewątpliwie więc stosunki wewnętrzne spółki są stosunkami cywilnoprawnymi¹³, z tego też powodu nieuzasadnione jest odmawianie uchwałom korporacyjnym rady nadzorczej przymiotu czynności prawnej. Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie nie tylko w poglądach przedstawicieli doktryny, ale także w orzecznictwie sądowym¹⁴.

9 Cf. Z. Radwański, *Rodzaje czynności prawnych*, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 2, red. Z. Radwański, Warszawa 2008, s. 183; A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo Cywilne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 2001, s. 263; E. Marszałkowska-Krześ, *Charakter prawny uchwały*, „Przegląd Prawa Handlowego” nr 6, 1998, s. 23; P. Antoszak, *Cywilnoprawny charakter uchwał wspólników spółek kapitałowych*, Warszawa 2009, s. 118-119; S. Soltysiński, *Charakter prawny uchwał rady nadzorczej*, [w:] *Prawo Handlowe XXI...*, *op. cit.*, s. 952-960.

10 Cf. J. Frąckowiak, *Handlowe czynności kreujące*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2008 nr 21, s. 11; A. Opalski, *op. cit.*, s. 320; E. Marszałkowska-Krześ, *Charakter...*, *op. cit.*, s. 26.

11 Z. Radwański, *Rodzaje czynności...*, *op. cit.*, s. 183; M. Spyra, *Rada nadzorcza. Uchwała jako czynność prawna*, [w:] *System Prawa Handlowego. Prawo Spółek Handlowych*, t. 2B, red. S. Włodzka, Warszawa 2008, s. 406.

12 S. Soltysiński, A. Opalski, *op. cit.*, s. 9.

13 V. P. Antoszak, *op. cit.*, s. 41-43.

14 W stosunku do uchwał zgromadzenia spółek kapitałowych. Cf. wyrok SN, sygn. akt II CK 438/02, nr 5, poz. 53; wyrok SN, sygn. akt II CSK 355/080; wyrok SN, sygn. akt I CSK 384/09.

Powództwo z art. 189 k.p.c. jako instrument zaskarżania uchwał rady nadzorczej

Podstawy dopuszczalności stosowania art. 189 k.p.c.

Przyjęcie, że uchwały kolegialnych organów osób prawnych mają charakter czynności prawnej uzasadnia pogląd, że dopuszczalne jest kwalifikowanie wadliwych uchwał rady nadzorczej w oparciu o art. 58 § 1 i 2 k.c. Jednocześnie brak jest uzasadnionych podstaw do stosowania do uchwał rady w drodze analogii przepisów o uchyleniu lub stwierdzeniu nieważności uchwał zgromadzeń spółek kapitałowych (art. 249–252 oraz 422–425 k.s.h.)¹⁵. Przede wszystkim przepisy dotyczące zaskarżania uchwał zgromadzenia wspólników (walnego zgromadzenia) mają charakter szczególny w odniesieniu do ogólnych przepisów o kwestionowaniu ważności czynności prawnych i w związku z tym nie mogą być stosowane do uchwał innych niż zgromadzenie organów spółki¹⁶. „Nie można bowiem w drodze odwoływania się do innej regulacji prawnej, stosować szczególnego rodzaju sankcji do innych stanów faktycznych, niż te, które wynikają wprost z przepisów prawa”¹⁷. Tylko istnienie konkretnego przepisu przesądziłoby o dopuszczalności zaskarżania uchwał rady w trybie analogicznym do uchwał zgromadzenia¹⁸. Takie rozwiązanie zastosowano m.in. w odniesieniu do uchwał rady nadzorczej spółdzielni. Zgodnie z art. 24 § 6 pkt 2 w. zw. z art. 42 pr. spółdz. uchwały rady nadzorczej o wykluczeniu lub wykreśleniu członka ze spółdzielni mogą być zaskarżone do sądu na zasadach analogicznych do uchwał walnego zgromadzenia spółdzielni. Powyższa regulacja pokazuje wyraźnie, iż tylko ustawodawca mocą konkretnego przepisu dopuścić mógłby stosowanie specyficznych instrumentów sądowej kontroli uchwał zgromadzeń do uchwał rady nadzorczej.

Podsumowując, przyjęcie, że uchwały rady nadzorczej są czynnościami prawnymi oraz jednocześnie nie jest uzasadnione stosowanie do nich przepisów dotyczących zaskarżania uchwał zgromadzeń spółek kapitałowych, sprawia, iż w obecnym stanie prawnym powództwo o ustalenie staje się jedynym środkiem pozwalającym na uzyskanie orzeczenia potwierdzającego nieważność uchwały rady lub ustalającego istnienie lub nieistnienie wykreowanego przez nią stosunku prawnego.

15 S. Soltysiński, A. Opalski, *op. cit.*, s. 5; M. Jagielska, *Kontrola prawidłowości uchwał rady nadzorczej*, „Przegląd Prawa Handlowego” nr 2, 2006, s. 19; K. Bilewska, *Przesłanki powzięcia uchwały rady nadzorczej spółki kapitałowej a jej zaskarżanie*, „Monitor Prawniczy” nr 6, 2010, s. 308; A. Opalski, *op. cit.*, s. 320; M. Chomiuk, *op. cit.*, s. 29.

16 K. Bilewska, *op. cit.*, s. 308; M. Chomiuk, *op. cit.*, s. 28.

17 A. Pęczyk-Tofel, M. Tofel, *Dopuszczalność zaskarżenia...*, *op. cit.*, s. 1288.

18 S. Soltysiński, A. Opalski, *op. cit.*, s. 5; M. Chomiuk, *op. cit.*, s. 28.

Interes prawny w zaskarżaniu uchwał rady nadzorczej

Niezbędnym warunkiem do wystąpienia z powództwem z art. 189 k.p.c. jest posiadanie interesu prawnego przez podmiot wnoszący takie powództwo. Kryterium interesu prawnego stanowiące konieczną przesłankę materialnoprawną powództwa o ustalenie zostało już w orzecznictwie SN dostatecznie wyjaśnione. Najogólniej ujmując można stwierdzić, że interes prawny oznacza na ogół potrzebę uzyskania wyroku odpowiedniej treści, wywołaną rzeczywistą koniecznością ochrony sfery prawnej danego podmiotu¹⁹. Jest to więc interes dotyczący szeroko rozumianych praw i stosunków prawnych, który z reguły występuje w sytuacjach, w których zachodzi obiektywna niepewność co do prawa lub stosunku prawnego, zarówno z przyczyn prawnych jak i faktycznych²⁰. Interes prawny wyraża się wówczas w usunięciu stanu niepewności.

Niewątpliwie podmiotami uprawnionymi do zaskarżenia uchwał rady nadzorczej są członkowie organów spółki²¹. Interes prawny tych osób wynika z ogólnego obowiązku sprawowania pieczy i dbałości o interesy spółki. W przeciwieństwie do poszczególnych piastunów, legitymacji do wystąpienia z powództwem z art. 189 k.p.c. nie ma natomiast zarząd i rad nadzorcza. Organy spółki co do zasady nie są odrębnymi podmiotami prawa i jako takie nie mają zdolności procesowej, chyba, że taką zdolność, na zasadzie wyjątku przyznaje im przepis prawa. Interes prawny w ustaleniu nieważności uchwały rady nadzorczej mają także wspólnicy (akcjonariusze) spółki, o ile przedmiotowa uchwała dotyczy bezpośrednio ich interesów prawnych²². Chodzi przy tym nie tyle o oddziaływanie, przez powziętą uchwałę, na sytuację prawną spółki, o ile o wywieranie wpływu na konkretne prawa podmiotowe wspólnika (akcjonariusza) wynikające z łączące go ze spółką stosunku korporacyjnego. Co do pierwszej kwestii, brak jest dostatecznych podstaw do przyjęcia, że interes prawny da się wywieść z samego istnienia określonego stosunku korporacyjnego pomiędzy spółką a jej wspólnikami (akcjonariuszami). Co do zasady przyjąć należy, że dla istnienia interesu prawnego w ustaleniu nieważności uchwały rady nadzorczej niezbędne jest wykazanie, że kwestionowana uchwała dotyczy konkretnych praw podmiotowych udziałowca spółki²³. Stanowisko takie potwierdził także SN w orzeczeniu z 14 marca 2012 r.²⁴, w którym stwierdził, że akcjonariusz ma interes prawny w zaskarżeniu uchwały rady nadzorczej tylko wtedy, gdy uchwała taka wywiera skutki w sferze jego praw członkowskich. SN zwrócił uwagę, iż sam argument dbałości o dobro

19 T. Rowiński, *Interes prawny w procesie cywilnym i postępowaniu nieprocesowym*, Warszawa 1971, s. 30.

20 Wyrok SN, sygn. akt II CSK 33/09; wyrok SN, sygn. akt I PRN 189/83.

21 S. Sołtysiński, A. Opalski, *op. cit.*, s. 7; K. Bilewska, *op. cit.*, s. 310; R. L. Kwaśnicki, M. Romatowska, *Zaskarżanie uchwał rad nadzorczych (zarządów) spółek kapitałowych – glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 18.02.2010 r. (II CSK 449/09)*, „Głosa” nr 4, 2010, s. 56.

22 S. Sołtysiński, A. Opalski, *op. cit.*, s. 7; K. Bilewska, *op. cit.*, s. 311; M. Jagielska, *op. cit.*, s. 22.

23 *Ibidem*.

24 Orzeczenie SN, sygn. akt II CSK 252/11.

spółki nie uzasadnia wniesienia powództwa na podstawie art. 189 k.p.c., jest to bowiem zbyt ogólna podstawa do zaskarżenia uchwał rady nadzorczej przez szeregowego akcjonariusza. Przestrzeganie legalności pozostaje w gestii organów i tylko one mogą powołać się na dążenie do prawidłowego kształtowania ładu organizacyjnego spółki.

Kwestią budzącą spore wątpliwości jest dopuszczalność zaskarżenia przez byłego członka zarządu uchwały rady nadzorczej, która odwołała go z zajmowanego stanowiska. Przeciwno przyznaniu takiego prawa opowiedział się SN w wyroku z 20 stycznia 2009 r.²⁵. Dostrzeżone przez sąd daleko idące podobieństwo między uchwałą zgromadzenia wspólników a uchwałą rady nadzorczej pozwoliło na stwierdzenie, że w odniesieniu do uchwał rady aktualne jest stanowisko zajęte w uchwale 7 sędziów SN z 1 marca 2007 r.²⁶, zgodnie z którym odwołany członek zarządu nie ma prawa do kwestionowania odwołującej go uchwały wspólników.

Rozważając kwestię możliwości zaskarżenia przez byłego członka zarządu uchwały rady, która odwołała go z zajmowanego stanowiska, należy zwrócić uwagę na dwie kategorie członków zarządu. Do pierwszej grupy zaliczamy członków pełniących swoje funkcje wyłącznie na podstawie aktu powołania przez spółkę, natomiast do drugiej grupy zaliczamy członków, których łączy ze spółką oprócz stosunku organizacyjnego, również odrębny stosunek prawny, powstały najczęściej na podstawie umowy o pracę, umowy o zlecenie, umowy o zarządzanie (kontrakt menedżerski). Co do pierwszej kategorii członków, wydaje się, iż tacy funkcjonariusze mają interes prawny w zaskarżeniu uchwały rady, gdyż powództwo o ustalenie jest ich jedynym środkiem prawnym, za pomocą którego mogą uzyskać orzeczenie potwierdzające nieważność uchwały rady, która odwołała ich z pełnionej funkcji w zarządzie²⁷. Odmienne natomiast przedstawia się sytuacja członków zarządu, z którymi spółka zawarła dodatkowe umowy. Jak przyjmuje się w orzecznictwie Sadu Najwyższego, interes prawny z reguły nie przysługuje wtedy, gdy osoba zainteresowana może na innej drodze, np. w procesie o świadczenie, o ukształtowanie prawa lub stosunku prawnego, osiągnąć w pełni ochronę swoich praw²⁸. Wydaje się więc, że członkowie zarządu, których łączy ze spółką odrębny stosunek prawny, nie mają interesu prawnego w zaskarżeniu uchwały rady nadzorczej, która odwołała ich z zajmowanego stanowiska, gdyż mogą oni skutecznie

25 Wyrok SN, sygn. akt II CSK 419/08.

26 Uchwała SN, sygn. akt III CZP 94/06.

27 Kwestia zaskarżania uchwał rady nadzorczej przez byłego członka zarządu, którego nie łączy ze spółką odrębny stosunek prawny nie była dotąd przedmiotem rozważań w piśmiennictwie. Zdaniem K. Bilewskiej, *op. cit.*, s. 311 oraz M. Chomiuka, *op. cit.*, s. 32 byłemu członkowi zarządu nie przysługuje interes prawny na podstawie art. 189 k.p.c. Jednakże autorzy powyższe stanowisko odnieśli wyłącznie do członków zarządu, których łączy ze spółką dodatkowa umowa o pracę.

28 I. wyrok SN, sygn. akt II PR 260/70; wyrok SN, sygn. akt IV CKN 1519/00; wyrok SN, sygn. akt III CSK 204/07.

dochodzić swoich roszczeń w postępowaniu przed sądem właściwym dla dodatkowego stosunku prawnego, łączącego ich ze spółką np. roszczenia wynikające z umowy o pracę. W przypadku wadliwych uchwał rady mamy do czynienia z nieważnością bezwzględną, a więc uchwała taka jest nieważna z mocy prawa, od chwili jej podjęcia, a każda osoba zainteresowana może powołać się na nią bez konieczności uzyskania orzeczenia sądowego w tym przedmiocie. W efekcie, właściwy sąd rozpoznając sprawę z powództwa byłego członka zarządu rozstrzygnie zgodnie z żądaniem powództwa biorąc pod uwagę nieważność uchwały rady nadzorczej, jeżeli tylko pozwala na to zgromadzony w sprawie materiał dowodowy²⁹. Bezzasadne jest zatem wystąpienie, przez byłego piastuna zarządu z powództwem z art. 189 k.p.c., jeżeli lepszy rezultat może on osiągnąć w odrębnym postępowaniu.

Zakres żądania w powództwie o ustalenie

Zgodnie z art. 189 k.p.c. osoba mająca interes prawny może żądać ustalenia istnienia lub nieistnienia określonego prawa lub stosunku prawnego. Odnośnie właściwej formuły powództwa z art. 189 k.p.c. istnieją znaczne rozbieżności. Według Tomasza Szczurowskiego środkiem ochrony przed nieważną uchwałą rady nadzorczej powinno być powództwo o ustalenie istnienia (nieistnienia) stosunku prawnego, co do którego uchwała miała wyrzucić skutek prawny, gdyż tylko w tym powództwie sąd rozpozna sprawę merytorycznie, a zapadły wyrok ostatecznie zakończy istniejący spór³⁰. Innego stanowiska są natomiast Radosław L. Kwaśnicki oraz Magdalena Romatowska, zdaniem których powództwo z art. 189 k.p.c. powinno mieć na celu nie tylko ustalenie określonego stosunku prawnego, ale również stwierdzenie nieważności uchwały rady nadzorczej³¹. W przekonaniu autorów w razie naruszenia formalnych procedur koniecznych do podjęcia uchwały (np. brak kworum lub wystarczającej liczby głosów) w pierwszej kolejności powinno się dochodzić ustalenia nieważności samej uchwały. Żądanie wyłącznie ustalenia określonego stosunku prawnego lub prawa, powstałych w wyniku wadliwej uchwały rady bez uprzedniego stwierdzenia jej nieważności może być uznane przez sąd za nieuzasadnione w stopniu wystarczającym do oddalenia powództwa³². W takim przypadku uprzednie stwierdzenie nieważności

29 Zgodnie z tradycyjnym poglądem sąd obowiązany jest uwzględnić nieważność czynności prawnej z urzędu bez konieczności zgłaszania przez stronę zainteresowaną jakichkolwiek wniosków. W nowszym orzecznictwie wskazuje się, iż sąd ma obowiązek wziąć pod uwagę nieważność czynności prawnej, tylko wtedy, gdy pozwala na to zgromadzony w sprawie materiał dowodowy; Tak uchwała SN, sygn. akt III CZP 26/05, z głosem aprobującym W. Broniewicza oraz wyrok SN, sygn. akt I CK 760/04.

30 T. Szczurowski, *Wadliwość uchwał rady nadzorczej spółki kapitałowej*, „Monitor Prawniczy” nr 19, 2008, s. 1020.

31 R. L. Kwaśnicki, M. Romatowska, *Zaskarżanie uchwał...*, *op. cit.*, s. 56-57.

32 *Ibidem*.

uchwały spowoduje, że nie będzie żadnych wątpliwości co do tego, że stosunek prawny lub prawo wynikające z takiej uchwały też powinno być uznane za nieważne. Będzie to bowiem automatyczna konsekwencja zastosowania względem uchwały sankcji przewidzianej w art. 58 § 1 i 2 k.c.

Powyższe stanowisko wydaje się najwłaściwsze. Jak słusznie zauważył SN w uzasadnieniu wyroku z 18 lutego 2010 r.³³, dopuszcza się wytaczanie powództw na podstawie art. 189 k.p.c., których celem jest pośrednie ustalenie istniejących stosunków prawnych przez stwierdzenie nieważności bądź ważności dokonywanych czynności³⁴ np. powództwo dotyczące ważności zarówno umowy, jak i uchwały. Stanowisko o dopuszczalności powództwa o stwierdzenie nieważności uchwały rady nadzorczej jest ponadto zgodne z poglądem, że dopuszczane jest ustalenie faktów mających charakter prawotwórczy, jeżeli w istocie zmierza to do ustalenia prawa lub stosunku prawnego³⁵ np. potwierdzenie przez sąd nieważności uchwały o powołaniu członka zarządu powoduje nieistnienie stosunku korporacyjnego między spółką a potencjalnym członkiem zarządu.

Zdaniem przedstawicieli doktryny dopuszczalne jest wytaczanie powództwa nie tylko o stwierdzenie nieważności uchwały rady nadzorczej, ale również o ustalenie jej nieistnienia³⁶. Kwestia uchwał nieistniejących budzi poważne kontrowersje, w szczególności, gdy chodzi o zaskarżanie decyzji zgromadzeń spółek kapitałowych. Problem ten pojawia się również w odniesieniu do uchwał rady nadzorczej. Jak pokazują przykłady z orzeczeń sądowych, powszechną praktyką pełnomocników procesowych jest wytaczanie powództw o stwierdzenie nieistnienia uchwały rady nadzorczej. Wprawdzie skutkiem orzeczenia uwzględniającego powództwo, sformułowane zarówno jako żądanie stwierdzenia nieważności uchwały, jak również o ustalenie jej nieistnienia, jest unicestwienie uchwały, kwestia wyodrębnienia uchwał nieistniejących rady nadzorczej wydaje się wysoce wątpliwa³⁷.

Słabości powództwa o ustalenie

Pomimo, że art. 189 k.p.c. uznawany jest przez większość przedstawicieli doktryny jako podstawowy środek kontroli wadliwych uchwał rady nadzorczej, nie oznacza

33 Wyrok SN, sygn. akt II CSK 449/09, *op. cit.*

34 Powództwo o ustalenie nieważności umowy darowizny – wyrok SN, sygn. akt III CZP 49/70; powództwo o ustalenie nieważności testamentu – wyrok SN, sygn. akt III CZP 103/68; powództwa o stwierdzenie nieważności uchwały zarządu spółdzielni – wyrok SN, sygn. akt IV CSK 462/07.

35 Jeżeli ustalenie faktu mającego charakter prawotwórczy może być równoznaczne z ustaleniem istnienia lub nieistnienia stosunku prawnego, należy uznać żądanie pozwu za dopuszczalne, zmierza ono bowiem do ustalenia prawa lub stosunku prawnego, *cf.* wyrok SN, sygn. akt C 1544/52; wyrok SN, sygn. akt III CRN 51/95.

36 R. Pabis, *Spółka z o.o. Komentarz*, Warszawa 2006, s. 378; M. Jagielska, *op. cit.*, s. 21-22; T. Szczurowski, *Wadliwość...*, *op. cit.*, s. 1018; K. Bilewska, *op. cit.*, s. 308.

37 S. Soltysieński, A. Opalski, *op. cit.*, s. 12-13.

to jednak tego, iż nie jest on pozbawiony wad. Przede wszystkim uwagę zwraca brak ograniczeń czasowych do wystąpienia z powództwem o ustalenie. Przyjęcie nieważności wadliwych uchwał rady, na którą każdy zainteresowany może się powołać bezterminowo jest rozwiązaniem niekorzystnym, ponieważ zagraża stabilności stosunków korporacyjnych. Trudno jest bowiem zaakceptować, aby po upływie kilku lat można było domagać się ustalenia nieskuteczności uchwały. Z tego też powodu w doktrynie słusznie postuluje się, aby powództwo wniesione za zwłoką oddalić na podstawie art. 5 k.c., podnosząc zarzut naruszenia prawa podmiotowego³⁸. W takiej sytuacji wniesienie powództwa kwestionującego ważność uchwały rady z opóźnieniem noszącym znamiona nadużycia prawa podmiotowego, powinno skutkować jego oddaleniem.

Problemem uwidaczniającym się w stosunkach korporacyjnych jest również kwestia skuteczności wyroku ustalającego nieważność uchwały rady nadzorczej. Zgodnie z ogólnymi regułami k.p.c. prawomocne orzeczenie wiąże co do zasady strony postępowania oraz sąd (jak również inne sądy, organy państwowe). Związanie zaś innych podmiotów może nastąpić tylko w przypadkach wyraźnie wskazanych w ustawie. *De lege lata* brak jest podstaw do przyznania rozszerzonej prawomocności wyrokowi ustalającemu nieważność uchwały rady nadzorczej³⁹. W odniesieniu do uchwał rady brak jest bowiem regulacji analogicznych do przepisu art. 254 § 1 i art. 427 § 1 k.s.h. przewidujących rozszerzoną skuteczność orzeczenia zapadłego w wyniku uwzględnienia powództwa o uchylenie uchwały zgromadzenia lub stwierdzenie jej nieważności. Stan taki należy uznać za niesatysfakcjonujący i nieodpowiadający potrzebom obrotu. Orzeczenie sądu nie może wiązać tylko spółki i osoby, która uczestniczyła w sporze, a jednocześnie nieobowiązywać funkcjonariuszy spółki oraz jej wspólników, akcjonariuszy. Nie ma bowiem żadnego uzasadnienia do odmawiania takiej kwalifikacji w wypadku ustalenia bezwzględnie nieważnej uchwały rady nadzorczej. Sankcja taka dotyczy przecież najbardziej rażącej formy wadliwości uchwały. Uchwała tak powinna być więc skutecznie likwidowana z obrotu prawnego, także przez nadanie orzeczeniu uwzględniającemu powództwo o ustalenie jej nieważności rozszerzonej prawomocności⁴⁰.

Wadliwość uchwał rady nadzorczej

W tytule, jak i w samej treści artykułu mowa jest o wadliwych uchwałach rady nadzorczej. Warto w tym miejscu zastanowić się, które z uchwał rady mogłyby być skutecz-

38 J. Szwaia, *Komentarz do art. 391...*, *op. cit.*, s. 844; S. Sołtysiński, A. Opalski, *op. cit.*, s. 14.

39 Zdaniem S. Sołtysiński, A. Opalski, *op. cit.*, s. 14 dopuszczalne jest stosowanie *per analogiam* przepisów art. 254 § 1 i art. 427 § 1 k.s.h.

40 Stosując argumentację *a minori ad maius*, jeżeli rozszerzona prawomocność przewidziana jest dla orzeczenia uwzględniającego powództwo o uchylenie lub stwierdzenie nieważności uchwały zgromadzenia spółek, to tym bardziej powinna być ona dla przewidziana dla orzeczenia uwzględniającego powództwo o ustalenie bezwzględnie nieważnej uchwały rady nadzorczej.

nie kwestionowane w trybie art. 189 k.p.c. Pojęcie wadliwej czynności prawnej obejmuje swym zakresem wszelkie nieprawidłowo dokonane czynności prawne. W przypadku uchwał rady nadzorczej wadliwość może polegać zatem na naruszeniu przepisów ustaw, zasad współżycia społecznego, zamiarze obejścia prawa, sprzeczności z umową (statutem) spółki, regulaminem rady nadzorczej. Co do pierwszych trzech nieprawidłowości nie ma wątpliwości, iż ich skutkiem będzie bezwzględna nieważność uchwały. Problemy mogą pojawić się dopiero w przypadku określenia sankcji niezgodności uchwały z aktami wewnętrznymi spółki, czyli z umową (statutem) oraz regulaminem rady nadzorczej.

Przepisy k.s.h. określające warunki podjęcia uchwał rady nadzorczej mają często charakter dyspozytywny lub semiimperatywny, a zatem dopuszczają możliwość odmiennego określenia warunków powzięcia uchwały w umowie (statucie) spółki np. art. 391 k.s.h., zgodnie z którym uchwałą rady nadzorczej zapada bezwzględną większością głosów chyba, że statut stanowi inaczej. Wydaje się, że w tej sytuacji słuszny jest pogląd Katarzyny Bilewskiej, iż naruszenie postanowienia umowy (statutu) wykonującego delegację ustawową, stanowi naruszenie tej delegacji, a tym samym i normy upoważniającej rangi ustawowej⁴¹ np. podjęcie uchwały bez wymaganej większości określonej w statucie, stanowi naruszenie art. 391 k.s.h., który zawiera delegację do umownego rozstrzygnięcia kwestii większości głosów. Podobnie przedstawia się sytuacja w przypadku uchwał naruszających postanowienia umowy (statutu), niewynikające z przepisów k.s.h. Uchybienia takie należy taktować jako naruszenie art. 35 i 38 k.c., określających normatywny charakter aktów założycielskich osób prawnych, a w konsekwencji uznać je za nieważne jako z sprzeczne z prawem⁴² np. w sytuacji, gdy umowę o pracę z członkiem zarządu zawarł członek rady, podczas gdy statut przewidywał, iż tylko przewodniczący rady uprawniony jest do zawarcia takiej umowy. Tym samym nie można zaakceptować stanowiska Sądu Apelacyjnego⁴³ w Poznaniu w wyroku z 26 marca 2008 r., zgodnie z którym uchwała rady nadzorczej jest niezaskarżalna z powodu sprzeczności z umową sp. z o.o. Przyjęcie takiej koncepcji prowadziłoby nie tylko do umniejszenia roli umowy jako aktu określającego ład korporacyjny w spółce, ale również do sytuacji, gdy uchwała naruszająca istotne reguły procedowania jest nadal ważna. Nie zawsze jednak naruszenie postanowień umowy (statutu) będzie prowadzić do unicestwienia uchwały. Uchybienia proceduralne mniejszej wagi nie powodują nieważności, jeżeli nie miały wpływu na wynik głosowania lub treść uchwały⁴⁴.

41 K. Bilewska, *op. cit.*, s. 306.

42 Zdaniem S. Sołtysińskiej, A. Opalski, *op. cit.*, s. 15 art. 35 i 38 k.c. stanowi podstawę nieważności uchwały rady, niezależnie od rodzaju naruszonych postanowień umowy.

43 Wyrok SA w Poznaniu, sygn. akt I ACa 200/08; tak samo orzekł SN w wyroku sygn. akt II PK 135/10.

44 A. Opalski, *op. cit.*, s. 312 i n.; T. Szczurowski, *Wadliwość...*, *op. cit.*, s. 1019.

Odmienne należy ocenić skutki naruszenia postanowień regulaminu rady nadzorczej. Zgodnie z art. 222 § 6 oraz art. 391 § 3 k.s.h. regulaminy rady określają jej organizację oraz sposób wykonywania czynności. Z analizy regulaminów rad nadzorczych spółek kapitałowych wynika, że przedmiotem ich uregulowania nie są wyłącznie kwestie organizacyjno – techniczne⁴⁵, ale również kwestie dotyczące skuteczności uchwał podejmowanych przez radę nadzorczą⁴⁶ np. większość głosów koniecznych do podjęcia uchwały, quorum, itp. Materia uregulowana w regulaminie odgrywa zatem bardzo ważną rolę przy podejmowaniu uchwał przez radę nadzorczą. Jednakże, w obecnym stanie prawnym brak jest dostatecznych podstaw do stwierdzenia nieważności uchwały z powodu uchybień postanowieniom regulaminu. Przepisy k.s.h. dotyczące warunków powzięcia uchwały rady nie wspominają nic o sankcjach w przypadku naruszenia regulaminu, trudno jest także uznać takie uchybienie za sprzeczne z zasadami współżycia społecznego⁴⁷ albo naruszające art. 35 i 38 k.c.⁴⁸. Pomimo tego, *de lege ferenda* naruszenie postanowień regulaminu mających wpływ na treść lub wynik głosowania, powinno powodować nieważność uchwały rady albo przynajmniej upoważniać konkretne osoby do wystąpienia z powództwem o uchylenie takiej uchwały np. gdy naruszono określone w regulaminie terminy, formy dotyczące zawiadomienia członków o posiedzeniu rady nadzorczej. Regulaminy rady są ważnym uzupełnieniem postanowień umowy spółki, precyzującym funkcjonowanie rady nadzorczej, z tego też względu wydaje się zasadne badanie ważności uchwał rady także pod kątem ich zgodności z postanowieniami regulaminu.

Wnioski i uwagi *de lege ferenda*

Rozważania zaprezentowane w artykule w odniesieniu do uchwał rady nadzorczej należy odnieść także do uchwał komisji rewizyjnej oraz zarządu spółki kapitałowej. W przypadku obydwu tych organów ustawodawca również nie uregulował kwestii ich kontroli, co jest rozwiązaniem dość dziwnym, patrząc na rolę jaką odrywa organ zarządzający i nadzorujący spółką. Brak przepisów regulujących w sposób precyzyjny daną materię jest rozwiązaniem niepożądanym, z tego powodu wydaje się konieczne uregulowanie kwestii zaskarżania uchwał rady nadzorczej oraz zarządu spółki kapitałowej. Wydaje się, że ustawodawca mógłby rozwiązać omawiany problem tworząc przepisy na wzór regulacji dotyczącej zaskarżania uchwał zgromadzeń spółek kapita-

45 K. Bilewska, *op. cit.*, s. 307; A. Szumański, *Regulaminy zarządów i rad nadzorczych spółek kapitałowych*, PPH nr 1, 2003, s. 8.

46 Regulaminy nie określają natomiast sankcji za naruszenie przez uchwałę postanowień umowy (statutu) oraz nie precyzują sposobu ustalenia ewentualnej nieważności uchwały.

47 S. Sołtyśiński, A. Opalski, *op. cit.*, s. 16.

48 W. Popiołek, *Jeszcze w sprawie regulaminów rad nadzorczych spółek z ograniczoną odpowiedzialnością*, [w:] *Prawo Handlowe XXI wieku...*, *op. cit.*, s. 822.

łowych, z uwzględnieniem różnic pomiędzy tymi uchwałami a uchwałami pozostałych organów spółek kapitałowych. Wprawdzie w obowiązującym stanie prawnym brak jest dostatecznych podstaw do stosowania do uchwał rady (zarządu) przepisów o zaskarżaniu uchwał zgromadzeń spółki, jednakże przepisy te mogą stanowić dobrą inspirację dla ustawodawcy.

Ratio legis stworzenia nowej regulacji powinno być usunięcie wątpliwości co do właściwych podstaw zaskarżania uchwał rady nadzorczej oraz zarządu spółek kapitałowych. Wprawdzie w doktrynie panuje jednomyślność, że powództwo o ustalenie jest najlepszym środkiem zwalczania wadliwych uchwał rady, niemniej jak pokazują ostatnie orzeczenia, nie zawsze znajduje to odzwierciedlenie na sali sądowej. Nie można bowiem zapewnić, że nie powtórzą się sytuacje, gdy sądy ponownie błędnie zastosują analogię z przepisów o zaskarżaniu uchwał zgromadzeń spółek kapitałowych. Za ustawowym uregulowaniem omawianej kwestii przemawiają także słabości powództwa o ustalenie, które w stosunkach korporacyjnych odgrywają ważną rolę. Chodzi tu zwłaszcza o brak rozszerzonej skuteczności wyroku, nieokreślenie terminów do kwestionowania uchwał, brak konkretnych podstaw do zaskarżania uchwał rady nadzorczej. W szczególności uwagę zwraca ostatnia wada, gdyż z przykładów orzeczeń wynika, iż często zdarzają się sytuacje, gdy sądy nie uznają naruszenia umowy (statutu) za dostateczną przesłankę do zakwestionowania ważności uchwały rady. Przyjęcie takiej interpretacji prowadzi do rozwiązań wysoce niekorzystnych dla spółki, samo bowiem naruszenie umowy nie jest wystarczającą przesłanką uchylenia uchwały.

Ważną rolę dla rozstrzygnięcia problemu zaskarżania uchwał rady nadzorczej odegrać może ewentualna uchwała 7 sędziów SN, która stanowić będzie odpowiedź na pytanie prawne skierowane przez Pierwszego Prezesa SN z dnia 7 lutego 2013 r., w którym wniósł on o rozstrzygnięcie w przedmiocie dopuszczalności zaskarżania w drodze powództwa uchwał zarządu, rady nadzorczej (komisji rewizyjnej) oraz w kwestii ewentualnej podstawy prawnej do wystąpienia z takim powództwem. Przedstawione postulaty *de lege ferenda* staną się bezcelowe jedynie wówczas, gdy SN zdecyduje się o nadaniu uchwale mocy zasady prawnej, określając w niej nie tylko właściwą podstawę prawną powództwa, ale także precyzując konkretne przesłanki konieczne do jego wniesienia oraz katalog podmiotów legitymowanych do zaskarżania uchwał zarządu oraz rady nadzorczej (komisji rewizyjnej). Należ zatem z niecierpliwością oczekiwać powyższej uchwały SN, mając nadzieję, że sąd zaprezentuje stanowisko odpowiadające obecnym potrzebom spółek, zapewniając jednocześnie bezpieczeństwo i pewność obrotu.

SUMMARY

Complaint from art. 189 of The Code of Civil Procedure in the event of defective resolutions of a supervisory board of a company

The aim of this paper is to present the issue of using a complaint from article 189 of The Code of Civil Procedure to challenge resolutions of a supervisory board of a company. This matter is not regulated precisely in The Code of Commercial Companies. According to the majority of representatives of Polish doctrine the complaint from article 189 of The Code of Civil Procedure is the most proper resource to repeal defective resolutions of a supervisory board in the current legal system. Nevertheless, the above fact does not mean that the declaratory action is deprived of any defects. On the contrary, it has certain weaknesses, which might play an important role in corporate relationships. Therefore, according to The Author, it becomes necessary to provide adequate legal regulations in the issue of challenging resolutions of a supervisory board of a company.

KEYWORDS: supervisory board, challenging resolution, faulty resolution, company, declaratory action.

HANNA URBAN-DECHNIK
UNIwersytet im. Adama Mickiewicza

Regulacja prawna transplantacji w ustawodawstwie europejskim

Kwestie związane z metodą leczenia, jaką jest transplantacja, zostały uregulowane w wielu aktach normatywnych, zarówno na gruncie prawa polskiego, jak i w ramach prawa Unii Europejskiej, w szczególności w europejskich standardach bioetycznych.

W Polsce obowiązuje ustawa o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów z dnia 1 lipca 2005 r.¹, która została w istotny sposób znowelizowana w 2009 r.². polska ustawa transplantacyjna realizuje kierunki rozwiązań prawnych przewidzianych w prawie Unii Europejskiej. Poniżej zostaną przedstawione najważniejsze akty prawa unijnego, które regulują problematykę transplantologii.

Spośród aktów normatywnych o doniosłym znaczeniu w ramach prawa Unii Europejskiej należy wskazać Konwencję o Ochronie Praw Człowieka i Godności Istoty Ludzkiej wobec Zastosowań Biologii i Medycyny, która została otwarta do podpisu w 1997 r., a weszła w życie z dniem 1 grudnia 1999 r..Polska podpisała konwencję dnia 7 maja 1999 r., nie przystępując do jej ratyfikacji. Jednakże od samego początku prac nad tym dokumentem jego twórcy dostrzegali, że procedury transplantacyjne wymagać będą szczegółowych przepisów wychodzących poza ramową z natury rzeczy Konwencję. We wrześniu 1991 r. Komitet Ministrów Rady Europy zlecił ekspertom równocześnie pracę nad projektem konwencji ramowej określającej wspólne, ogólne standardy ochrony osoby ludzkiej w kontekście nauk biomedycznych oraz dwóch protokołów do tej Konwencji: jednego zawierającego postanowienia w sprawie transplantacji narządów i wykorzystania substancji pochodzenia ludzkiego oraz drugiego, regulującego naukowe badania biomedyczne na istotach ludzkich. Gwałtowny postęp wiedzy w zakresie klonowania istot żywych oraz związane z tym zasadnicze obawy etyczne i społeczne spowodowały jednak, że pierwszym protokołem do Konwencji o prawach człowieka i biomedycynie

1 Dz. U. z 2005 r. Nr 169, poz. 1411.

2 Dz.U.2009, Nr 141, poz.1149.

stał się protokół o zakazie klonowania człowieka, przyjęty przez Komitet Ministrów RE 12 stycznia 1998 r.³

Celem i przedmiotem Konwencji biomedycznej jest ochrona godności i tożsamości istoty ludzkiej oraz gwarancja poszanowania integralności i innych podstawowych praw oraz wolności wobec zastosowania biologii i medycyny bez żadnej dyskryminacji w tym względzie. Państwa będące stronami Konwencji zostały zobowiązane do podjęcia w prawie wewnętrznym kroków koniecznych dla zapewnienia skuteczności przepisów umownych⁴. Niniejsza konwencja wskazuje minimalne standardy, jakie muszą być przestrzegane przez państwa-sygnatariuszy, przy czym możliwe jest ich rozszerzenie w wewnętrznych ustawodawstwach. Wyraźnie wskazuje na to art. 27, w myśl którego Konwencji nie należy interpretować w sposób ograniczający lub naruszający uprawnienia państw – stron w stanowieniu przez nie dalej idącej ochrony.

Rozdział VI Konwencji został poświęcony w całości pobieraniu organów i tkanek od żyjących dawców dla celów transplantacji. Konwencja jednoznacznie wskazuje, że pobieranie organów albo tkanek od żyjącego dawcy w celu dokonania transplantacji może być przeprowadzone jedynie dla uzyskania terapeutycznej korzyści biorcy i tylko wtedy, gdy nieosiągalny jest odpowiedni organ lub tkanka od osoby zmarłej, a nie istnieje alternatywna metoda terapeutyczna o porównywalnej skuteczności. Zgoda na interwencję medyczną powinna dotyczyć konkretnego pobrania, być wyrażona w sposób wyraźny, na piśmie lub przed właściwymi instytucjami (art. 19 Konwencji). Z powyższego przepisu wyraźnie wynika prymat modelu transplantacji postmortalnej nad przeszczepami między żyjącymi, co jest zgodne z regułami panującymi we wszystkich państwach demokratycznych. Eksplantacja organu *ex vivo* ma mieć jedynie subsydiarny charakter, gdy brak odpowiedniego organu pochodzącego ze zwłok ludzkich⁵. *Ratio legis* powyższego uregulowania, zgodnie z interpretacją zawartą w Sprawozdaniu wyjaśniającym do Europejskiej konwencji bioetycznej, wynika z istnienia pewnego ryzyka występującego po stronie dawcy, choćby z racji znieczulenia, jakiemu często musi się on poddawać. Stąd też konsekwencją jest wprowadzony zakaz pobrania organu od dawcy żyjącego, jeśli dysponuje się właściwym organem pochodzącym od osoby zmarłej⁶.

Konwencja wskazuje następujące warunki jakimi obwarowane jest pobranie narządów, tkanek lub komórek od żyjącego dawcy: pobranie następuje na rzecz krewnego w linii prostej, rodzeństwa, osoby przysposobionej lub małżonka oraz (po uzyskaniu zgody sądu

3 A. Rzepliński, *Prawne granice dopuszczalności transplantacji narządów i tkanek ludzkich w myśl przepisów Rady Europy*, „Prawo i Medycyna” nr 12, 2002.

4 E. M. Guzik-Makaruk, *Transplantacja organów, tkanek i komórek w ujęciu prawnym i kryminologicznym*, Białystok 2008, s.79.

5 *Ibidem*, s.79.

6 M. Koska-Podgórska, J. Matusiak, *Transplantacja w ustawodawstwie polskim i europejskim – ujęcie historyczne, [w:] Z filozoficznych, etycznych i prawnych zagadnień transplantacji*, red. J. Such, J. Wiśniewski, Poznań 2011, s. 58.

rejonowego właściwego ze względu na miejsce zamieszkania lub pobytu dawcy, wydane-go w postępowaniu nieprocesowym, po wysłuchaniu wnioskodawcy oraz po zapoznaniu się z opinią Komisji Etycznej Krajowej Rady Transplantacyjnej) na rzecz innej osoby, jeżeli uzasadniają to szczególnie względy osobiste; w odniesieniu do pobrania szpiku lub innych regenerujących się komórek lub tkanek, pobranie może nastąpić również na rzecz innej osoby niż wyżej wymienione; zasadność i celowość pobrania i przeszczepienia komórek, tkanek lub narządów od określonego dawcy ustalają lekarze pobierający i przeszczepiający je określonemu biorcy na podstawie aktualnego stanu wiedzy medycznej; pobranie poprzedzone zostało niezbędnymi badaniami lekarskimi ustalającymi, czy ryzyko zabiegu nie wykracza poza przewidywane granice dopuszczalne dla tego rodzaju zabiegów i nie upośledzi w istotny sposób stanu zdrowia dawcy; kandydat na dawcę został przed wyrażeniem zgody szczegółowo, pisemnie poinformowany o rodzaju zabiegu, ryzyku związanym z tym zabiegiem i o dających się przewidzieć następstwach dla jego stanu zdrowia w przyszłości przez lekarza wykonującego zabieg oraz przez innego lekarza niebiorącego bezpośrednio udziału w pobieraniu i przeszczepianiu komórek, tkanek lub narządu; kobieta ciężarna może być kandydatem na dawcę jedynie komórek i tkanek; kandydat na dawcę ma pełną zdolność do czynności prawnych i wyraził dobrowolnie przed lekarzem pisemną zgodę na pobranie komórek, tkanek lub narządu w celu ich przeszczepienia określonemu biorcy⁷.

Kolejną kwestią poruszaną w konwencji jest zawarta w art. 20 ochrona osób niezdolnych do wyrażenia zgody na pobranie organu. W świetle przedstawionych w niej unormowań: „Żadnego pobrania organu lub tkanki nie można dokonać od osoby, która nie dysponuje zdolnością do wyrażenia zgody na podstawie (powołanego wyżej) artykułu 5”⁸. Konwencja przewiduje jednak wyjątek od przedstawionej reguły, zgodnie z którym:

Wyjątkowo i na podstawie przewidzianych przez prawo warunków ochronnych można udzielić upoważnienia do pobrania zdolnej do regeneracji tkanki od osoby, która nie dysponuje zdolnością do wyrażenia zgody (...) przy spełnieniu warunków określonych w konwencji: nie jest osiągalny odpowiedni dawca, który ma zdolność do wyrażenia zgody; biorca jest bratem lub siostrą dawcy; donacja musi potencjalnie stwarzać możliwości uratowania życia biorcy; upoważnienia udzielono konkretnie i na piśmie, zgodnie z prawem i za aprobatą kompetentnego organu; wchodzący w grę potencjalny dawca nie zgłasza sprzeciwu⁹.

Istotne jest również postanowienie zawarte w art. 22 konwencji, który stanowi, iż w sytuacji pobrania materiału w trakcie interwencji medycznej, może on być wykorzy-

⁷ A. Górski, *Leksykon prawa medycznego 100 podstawowych pojęć*, Warszawa 2012, s. 241-242.

⁸ T. Jasudowicz, *Europejskie standardy bioetyczne. Wybór materiałów*, Toruń 1998, s. 9.

⁹ M. Koska-Podgórska, J. Matusiak, *op. cit.*, s. 60.

stany do innych celów niż ten, w którym przeprowadzono interwencję, tylko wtedy, gdy osoba zostanie o tym poinformowana i wyrazi na to zgodę¹⁰.

Konwencja bioetyczna sformułowała wyraźny zakaz czerpania korzyści materialnych z transplantacji, zgodnie z którym: „Ciało ludzkie ani jego części nie mogą stanowić źródła korzyści finansowych”¹¹. Powyższy zakaz jest konsekwencją przyjętej w Konwencji zasady godności istoty ludzkiej. Zasada ta nie pozwala bowiem na instrumentalne traktowanie osoby ludzkiej, jakim bez wątpienia stałoby się uczynienie ciała człowieka źródłem zarobku¹². Powyższe stanowisko nie stoi na przeszkodzie temu, by osoba, od której pobiera się organ lub tkankę, otrzymała rekompensatę z tytułu poniesionych kosztów lub utraconych korzyści, np. w następstwie hospitalizacji¹³.

Kolejnym aktem prawa Unii Europejskiej w dziedzinie transplantologii o doniosłym znaczeniu jest Rezolucja 78(29) Komitetu Ministrów Rady Europy z dnia 11 maja 1978 r. dotycząca harmonizacji związanego z pobieraniem i przeszczepianiem ludzkich tkanek i organów ustawodawstwa państw członkowskich. Powyższy akt normatywny stanowi zalecenie dla rządów państw członkowskich, zawiera wytyczne i rekomendacje, dlatego też przepisy zawarte w rezolucji nie są wiążące dla państw członkowskich Rady Europy.

Zważywszy, że celem Rady Europy jest osiągnięcie większej jedności między jej członkami, a także z powodu znaczącego w ostatnich latach wzrostu transplantacji ludzkich organów, tkanek i innych substancji zaistniała potrzeba nowego, określonego prawodawstwa w tym zakresie. Harmonizacja przepisów państw członkowskich w obszarze medycyny transplantacyjnej powinna – w odczuciu Rady Europy – zapewnić lepszą ochronę donatorów, przyszłych donatorów i biorców ludzkich substancji, a także wpłynąć na dalszy rozwój oraz poprawić postęp wiedzy i praktyki medycznej¹⁴.

Z uwagi na osiągnięcie powyższych celów, Rada Europy zaleciła Państwom Unii Europejskiej przyjęcie następujących reguł¹⁵: przed dokonaniem transplantacji należy wyczerpująco poinformować dawcę o wszelkich możliwych jej konsekwencjach; istotne jest poszanowanie anonimowości zarówno biorcy jak i donatora (z wyjątkiem sytuacji, gdy istnieją między nimi bliskie stosunki osobiste lub rodzinne); osoba chcąca zostać dawcą organów nieregenerujących się, jak i regenerujących się, musi mieć możliwość swobodnego wyrażenia zgody na piśmie; transplantacja *ex vivo* organów nieregenerujących się może następować wyjątkowo i tylko pomiędzy osobami spokrewnionymi genetycznie;

10 R. Kubiak, *Prawo Medyczne*, Warszawa 2010, s. 474.

11 T. Jasudowicz, *Europejskie standardy bioetyczne. Wybór materiałów*, Toruń 1998, s. 9.

12 *Ibidem*, s. 42.

13 *Ibidem*, s. 43.

14 E.M. Guzik-Makaruk, *Transplantacja organów, tkanek i komórek w ujęciu prawnym i kryminologicznym*, Białystok 2008, s. 83-84.

15 Rezolucja 78 (29) dotycząca harmonizacji ustawodawstwa państw członkowskich związanego z pobieraniem i przeszczepianiem ludzkich tkanek i narządów, Komitet Ministrów Rady Europy 11.05.1978 r., rozdział II, art. 2-9.

w przypadku, gdy pobranie organu niesie ze sobą znaczne ryzyko dla dawcy, może ono nastąpić tylko w wyjątkowych okolicznościach, przy czym państwa Unii Europejskiej mogą zakazać takiej praktyki; pobranie substancji regenerujących się od osób nieposiadających zdolności do czynności prawnych, powinno być ograniczone i dopuszczalne w wyjątkowych okolicznościach pod warunkiem wyrażenia zgody przez przedstawiciela prawnego, niewyrażenia sprzeciwu przez przyszłego dawcę oraz poprzedzone orzeczeniem odpowiedniego organu władzy; pobranie organów nieregenerujących się od osób nieposiadających zdolności do czynności prawnych powinno być zakazane; istotne jest przeprowadzenie odpowiednich badań lekarskich przed dokonaniem transplantacji; donacji organów powinny dokonywać wyłącznie właściwe instytucje; wprowadzenie zakazu donacji organów w celach zarobkowych. Jako zasadę przyjęto, iż za donację nie będzie przysługiwało wynagrodzenie, lecz jedynie zwrot kosztów czy utraconych zarobków.

Przedstawiona powyżej Rezolucja w rozdziale III zawiera również zalecenia w odniesieniu do transplantacji *ex mortuo*. W przypadku eksplantacji materiału ze zwłok, konieczne jest stwierdzenie zgonu przez lekarza, który następnie nie uczestniczy w transplantacji (rezolucja przewiduje jednak pewne wyjątki). Wskazuje ona, że nie można dokonać pobrania organów od osób zmarłych, gdy istnieje wyraźny bądź nawet domniemany sprzeciw zmarłego, co może wynikać z rozważenia jego przekonań religijnych i filozoficznych. W przeciwnym wypadku, wobec wyraźnego lub domniemanego sprzeciwu, dozwolone jest przeprowadzenie eksplantacji. Państwa członkowskie mogą ustanowić przepisy, w myśl których, gdy nie istnieje (wyraźny lub dorozumiany) sprzeciw ewentualnego dawcy, o zgodę należy zapytać rodzinę zmarłego, a w przypadku osoby nieposiadającej zdolności do czynności prawnych, jej prawnego przedstawiciela¹⁶.

W załączniku do omawianej Rezolucji, jako kryterium śmierci przyjęto śmierć mózgową, o czym świadczy przyjęta w nim regulacja, zgodnie z którą: „W sytuacji, gdy nastąpiła śmierć, zabiegu pobrania można dokonać nawet wtedy, gdy czynności narządów innych niż mózg są sztucznie podtrzymywane”¹⁷. W dalszej kolejności zostały określone wymogi oraz warunki, jakie należy spełnić w przypadku transplantacji organów dla celów terapeutycznych, diagnostycznych oraz naukowych. Zwrócono także uwagę na konieczność zachowania anonimowości dawcy oraz biorcy, zgodnie z art. 13 Konwencji: „Tożsamości dawcy nie wolno ujawniać biorcy, jak również tożsamości biorcy nie wolno ujawniać rodzinie dawcy”¹⁸. Postanowienia rezolucji akcentowały również wymogi dotyczące kwalifikacji lekarzy i odpowiednich warunków technicznych przeprowadzania zabiegów.

Podobne rozwiązania znalazły się w uchwałach Światowego Zgromadzenia do Spraw Zdrowia (uchwała Nr.40.13 z 1987 r.) oraz Komitetu Wykonawczego Światowej Organizacji Zdrowia (uchwała Nr.87.R.22 z 1991 r.). Wiele miejsca poświęcono w nich

16 E.M. Guzik-Makaruk, *op. cit.*, s. 86.

17 T. Jasudowicz, *op. cit.*, s.85.

18 M. Koska-Podgórska, J. Matusiak, *op.cit.*, s. 66.

problematyce komercjalizacji przeszczepów. Zakazywano bowiem obrotu handlowego ciałem ludzkim lub jego częściami. Niedopuszczalne było również stosowanie ogłoszeń w sprawie pozyskiwania organów. Lekarze zaś nie powinni brać udziału w transplantacji, jeśli przeznaczone do niej organy pochodziły z obrotu handlowego¹⁹.

Z kolei problematyka komercjalizacji organów ludzkich została uregulowana przez Parlament Europejski we wrześniu 1993 r.²⁰, kiedy to uchwalono rezolucję dotyczącą handlu ludzkimi organami. W podkreślono tam między innymi, iż z faktu uznania prawa każdego do opieki zdrowotnej oraz akceptacji dawstwa organów na warunkach pełnej dobrowolności nie powinno się w żadnym wypadku wyciągać wniosku, że zastąpienie chorego organu nowym jest uznawane za fundamentalne prawo człowieka. Ponadto nawołuje się państwa członkowskie do wprowadzenia zakazu czerpania jakichkolwiek korzyści majątkowych w zamian z darowanie organu, przewidując sankcje za jego łamanie, zakazu importu lub stosowania w transplantacji organów niepewnego pochodzenia. Dla ukształtowania szczególnych standardów postępowania zapobiegających tym zjawiskom, zalecono wprowadzenie kodeksów etycznych, jak również zwrócono uwagę na zasadność wypracowania form międzynarodowej współpracy między centrami transplantologicznymi. Podkreślono również wagę, jaką ma kształtowanie w opinii publicznej świadomości, że dawstwo organów jest wyrazem altruizmu oraz ludzkiej świadomości²¹.

Unia Europejska, mając na celu zagwarantowanie jakości i bezpieczeństwa tkanek i komórek ludzkich będących przedmiotem transplantacji, wydała w dniu 31 marca 2004 r. dyrektywę 2004/23/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie ustalenia norm jakości i bezpiecznego oddania, pobierania, testowania, przetwarzania, konserwowania, przechowywania i dystrybucji tkanek i komórek ludzkich²². Zawarto w niej obszerny słowniczek pojęć, które występują w dyrektywie i powinny być stosowane w państwach członkowskich. Ponadto ujęto w niej regulację dotyczącą nadzorowania procesu eksplantacji tkanek i komórek ludzkich, ich przechowywania i wywozu oraz wwozu na teren państw unijnych. Określono również zasady zapewnienia jakości i bezpieczeństwa przechowywanego materiału przez banki tkanek, a także wymogi dotyczące kwalifikacji personelu takich instytucji²³.

Dyrektywa wymusza na państwach członkowskich wprowadzenie takich regulacji prawnych, które zagwarantują wysoki poziom jakości i bezpieczeństwa transplantów²⁴. Wspomniana dyrektywa ustanawia normy jakości i bezpieczeństwa dotyczące tkanek i komórek ludzkich przeznaczonych do stosowania u ludzi w celu zagwarantowania wy-

19 R. Kubiak, *op. cit.*, s.473-474.

20 Rezolucja Parlamentu Europejskiego w sprawie handlu ludzkimi organami, 1993 r.

21 E. Zielińska, *Transplantacja w świetle prawa w Polsce i na świecie*, „Państwo i Prawo” z. 6, 1995, s.22.

22 Dz.Urz.WE L 102/2004.

23 R. Kubiak, *op. cit.*, s. 474.

24 M. Paszkowska, *Transplantacje w świetle dyrektywy 2004/23/WE Wspólnoty Europejskiej*. 2007.

sokiego poziomu ochrony zdrowia ludzkiego. Dokument ten wskazuje, iż transplantacja tkanek i komórek ludzkich jest prężnie rozwijającą się dziedziną medycyny, dającą ogromne możliwości leczenia chorób dotychczas nieuleczalnych, a dostępność tkanek i komórek ludzkich stosowanych w celach leczniczych w znacznej mierze zależy od gotowości obywateli Wspólnoty do ich oddawania. Parlament Europejski i Rada uznały za konieczne wspieranie krajowych i europejskich kampanii informacyjnych i edukacyjnych w sprawie oddawania tkanek, komórek i organów, oparty na hasle „wszyscy możemy być dawcami”. Celem tych kampanii powinno być wspomoczenie obywateli Europy w podjęciu decyzji o pozostaniu dawcą po śmierci oraz umożliwienie ich rodzinom lub pełnomocnikom zapoznania się z ich wolą. Zasadnicze znaczenie mają przepisy wspólnotowe gwarantujące, że tkanki i komórki ludzkie, bez względu na ich zamierzone zastosowanie, są porównywalnej jakości i równorzędnie bezpieczne. Zatem ustanowienie takich norm pozwala zagwarantować opinii publicznej, że tkanki i komórki ludzkie pobierane w innym państwie członkowskim są objęte tymi samymi gwarancjami, co w ich rodzimym kraju²⁵.

Państwa członkowskie miały wprowadzić w życie przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne niezbędne do wykonania dyrektywy 2004/23/WE Parlamentu Europejskiego i Rady nie później niż do dnia 7 kwietnia 2006 r. i niezwłocznie powiadomić o tym Komisję. Powinny również ustanowić reguły w sprawie sankcji stosowanych w razie naruszeń przepisów krajowych, przyjętych zgodnie z dyrektywą i podjąć wszelkie niezbędne czynności w celu zapewnienia stosowania sankcji. Przewidziane w prawie wewnętrznym kary powinny być skuteczne, proporcjonalne i odstraszające²⁶. Należy zaznaczyć, że omawiana dyrektywa nie zabrania państwom członkowskim wprowadzenia wewłasnym ustawodawstwie bardziej rygorystycznych środków ochrony.

Kolejnym dokumentem, na który powinno się zwrócić uwagę, jest dyrektywa Komisji 2006/17/WE z dnia 8 lutego 2006 r. wprowadzająca w życie dyrektywę 2004/23/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w odniesieniu do niektórych wymagań technicznych dotyczących dawstwa, pobierania oraz badania tkanek i komórek ludzkich. Dyrektywa ta zawiera określone definicje, wymogi dotyczące pobierania tkanek i komórek ludzkich, kryteria selekcji dawców tkanek i komórek, obowiązek badań laboratoryjnych wymaganych w odniesieniu do dawców, procedury dawstwa i pobierania tkanek lub komórek oraz wymogi w odniesieniu do bezpośredniej dystrybucji²⁷.

Bardzo ważnym aktem prawa europejskiego, regulującym unijną politykę w kwestii przeszczepiania komórek, tkanek i narządów, jest dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2010/53/UE z dnia 7 lipca 2010 r.²⁸ w sprawie norm jakości i bezpieczeństwa

25 E. M. Guzik-Makaruk, *op. cit.*, s. 93-94.

26 *Ibidem*, s. 95.

27 *Ibidem*.

28 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2010/53/UE z dnia 7 lipca 2010 r.

narządów ludzkich przeznaczonych do przeszczepienia, której przepisy państwa członkowskie zobowiązane były wdrożyć do 27 lipca 2012 r.

Dyrektywa 2010/53/UE na wstępie docenia wagę transplantologii, jej szybki rozwój i obiecującą przyszłość, jednocześnie uświadamiając zagrożenia jakie płyną z niedostatecznego zabezpieczenia koordynacji i wykonywania przeszczepów. Powyższy akt zakłada przepływ informacji między krajami członkowskimi, co jest istotne z uwagi na ogromne zróżnicowanie efektywności polityki transplantacyjnej w poszczególnych państwach oraz ze względu na konieczność poprawienia wyników nie tylko wśród państw zajmujących ostatnie miejsca na liście liczby wykonanych przeszczepów, ale także wśród liderów tego zestawienia. Nigdzie bowiem nie ma sytuacji, w której liczba dawców byłaby równa czy choćby istotnie zbliżona do liczby biorców. Duży nacisk kładzie ona także na poprawienie kwestii wymiany organów między państwami, co ma poskutkować dużo wyższą skutecznością przeszczepiania, głównie dzięki dokładniejszemu doborowi właściwego dawcy. Niniejsza dyrektywa podkreśla wagę stworzenia wspólnych norm bezpieczeństwa i jakości w zakresie pobierania, transportu i przeszczepiania komórek, tkanek i narządów na terenie Wspólnot. Stanowczo sprzeciwia się także istnieniu czarnego rynku organów i wzywa państwa członkowskie do wzmożenia działań mających na celu wyeliminowanie tego zjawiska, a także zobowiązuje je do raportowania sytuacji wystąpienia ryzyka jego zaistnienia. Podkreśla wagę traktowania ludzkiego ciała z szacunkiem i godnością. Jest to istotne w kontekście zapobiegania transakcjom handlowym, których przedmiotem jest ciało ludzkie lub jego fragment, ale także pod względem traktowania odpowiednio zwłok, z których pobiera się narząd do przeszczepu. Według Eurobarometru, najczęściej podawaną przyczyną niechęci do wyrażenia zgody na pośmiertne pobranie narządu od bliskiej osoby jest strach przed poważnym uszkodzeniem jej zwłok w wyniku operacji, wielu Europejczyków obawiałaby się wyrazić zgodę na transplantację organów z obawy przed sprofanowaniem ciała krewnego (ponad 1/3 Polaków nie wyraziłaby zgody z tego samego powodu).

Dyrektywa 2010/53/UE porusza także kwestię różnorodnego w poszczególnych krajach unijnych wyrażania woli co do bycia dawcą i zapewnia o nieingerowaniu w ewentualne rejestry tworzone w tej dziedzinie w niektórych krajach (w Polsce, gdzie obowiązuje domniemana zgoda, istnieje Centralny Rejestr Sprzeciwów, gdzie może zgłosić się każdy, kto definitywnie nie zgadza się na pośmiertne pobranie organów do przeszczepu).

Kończąc rozważania na temat regulacji prawnych transplantacji w prawie europejskim należy zwrócić uwagę na prawo pierwotne, czyli na Traktat o Unii Europejskiej oraz Traktaty go zmieniające, których przepisy są bezpośrednio stosowane przez organy państw członkowskich.

Traktat o Unii Europejskiej podpisano w Maastricht 7 lutego 1992 r.²⁹. Obszar zdrowia publicznego został uregulowany w Tytule X, w art. 129, który bezpośrednio nie odnosił się

29 Traktat o Unii Europejskiej, Maastricht 7 luty 1992 r.

jednak w sposób werbalny do kwestii transplantacji. Postanowiono jedynie, że Wspólnota przyczynia się do zapewnienia wysokiego poziomu ochrony ludzkiego zdrowia poprzez zachęcanie do działania. Główne obszary działań Wspólnoty to zwłaszcza: zapobieganie chorobom, epidemiom i uzależnieniom od narkotyków, a cele te osiągnąć powinny poprzez wspieranie badań nad przyczynami, sposobami rozprzestrzeniania się oraz zapobiegania chorobom, jak też poprzez informację i edukację zdrowotną. Państwa członkowskie we współpracy z Komisją powinny koordynować własne polityki i programy w dziedzinie ochrony zdrowia publicznego, jak też współpracować z państwami trzecimi i kompetentnymi organizacjami międzynarodowymi. Aby przyczynić się do osiągnięcia wyżej wymienionych celów, Rada przyjmuje bądź środki zachęcające, bądź zalecenia³⁰. Kolejne lata pokazywały, że stosowane przez Unię Europejską środki nie wpływały jednak na harmonizację prawa państw członkowskich, które to w wielu przypadkach nie wprowadzały europejskich standardów do wewnętrznych systemów prawnych.

Traktat Amsterdamski zmieniający Traktat o Unii Europejskiej³¹ przyniósł istotny dla transplantologii art. 152³², zawierający następującą regułę: „środki ustanawiające wysokie standardy jakości i bezpieczeństwa organów i substancji pochodzenia ludzkiego, krwi i pochodnych krwi nie naruszają przepisów krajowych dotyczących pozyskiwania organów i krwi lub ich wykorzystywania do celów medycznych³³”. Z powyższego przepisu wynika, że Unia Europejska nie zamierza przybliżyć ustawodawstw państw członkowskich oraz nie posiada kompetencji do stanowienia środków, które prowadziłyby do harmonizacji przepisów w zakresie przeszczepiania organów, komórek i tkanek. Tak samo uregulował kwestię transplantacji Traktat Nicejski, kolejny akt zmieniający Traktat o Unii Europejskiej.

W grudniu 2007 r. podpisano Traktat z Lizbony zmieniający Traktat o Unii Europejskiej i Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską. Również w tym przypadku przepisy dotyczące donacji organów pozostały bez zmian. Pewnym *novum* jest art. 127 ust. b stwierdzający, że: „Unia zachęca w szczególności do współpracy między Państwami Członkowskimi w celu zwiększenia komplementarności ich usług zdrowotnych w regionach przygranicznych”, co może mieć znaczenie dla współpracy medycznej. Nadal jednak Unia Europejska nie posiada kwalifikacji przybliżających przepisy państw członkowskich w dziedzinie transplantologii, a podejmowane przez Unię działania będą posiadały jedynie charakter subsydiarny.

Warto na koniec zwrócić uwagę na postanowienia decyzji ramowej Rady Europejskiej z dnia 19 lipca 2002 r. o zwalczaniu handlu ludźmi. Mają one uzupełnić działania podej-

30 E.M. Guzik-Makaruk, op. cit., s. 87.

31 Traktat z Amsterdamu zmieniający Traktat o Unii Europejskiej, Traktaty ustanawiające Wspólnoty Europejskie oraz niektóre związane z nimi akty, 1997 r.

32 Obecnie art. 168 TFUE.

33 E. M. Guzik-Makaruk, op. cit., s.89.

mowane w oparciu o Konwencję Narodów Zjednoczonych przeciwko międzynarodowej przestępczości zorganizowanej oraz Protokół z Palermo. Niestety definicja handlu ludźmi, choć mocno zbliżona do definicji zawartej w Protokole z Palermo, pomija całkowicie handel w celu pobrania narządów do transplantacji³⁴. Pojawia się więc wątpliwość, czy pod pojęciem „handel ludźmi” można rozumieć także handel ludźmi w celu pobrania od nich organów.

Powyższe rozważania na temat regulacji prawnych transplantacji w ustawodawstwie europejskim wskazują, jak ważna jest harmonizacja przepisów państw członkowskich dotyczących dawstwa organów. Twórcy aktów prawa europejskiego mieli na uwadze to, że każde nadużycie prawa w transplantacji narządów lub tkanek zagraża godności ludzkiej oraz życiu lub zdrowiu osób. Chodziło zatem o zapewnienie w postępowaniu transplantacyjnym każdemu potencjalnemu dawcy oraz biorcy narządu lub tkanek możliwie skutecznych instrumentów ochrony ich praw i wolności podstawowych. Niestety, rzeczywistość odbiega od postulowanego ujednolicenia rozstrzygania systemów prawnych związanych z przeszczepami na podstawie wspólnych europejskich norm. Państwa powinny wprowadzać standardy Unii Europejskiej do swoich wewnętrznych systemów prawnych, ponieważ w przeciwnym wypadku staną się one „martwymi przepisami”. Reasumując, legalne przeszczepy muszą być zgodne nie tylko z aktualną wiedzą medyczną, ale także z obowiązującymi przepisami prawa, zarówno krajowego jak i przepisami unii europejskiej, a idea dawstwa narządów wymaga popularyzacji w społeczeństwie polskim. Wspomniane standardy prawa unijnego stały się podstawą regulacji przyjętych w polskim porządku prawnym.

SUMMARY

Legal framework of transplantations in European Union legislation

In recent years, a tormenting phenomenon can be observed related to the decreasing number of transplants performed due to the limited amount of patron organs. This fact has become an opportunity to analyse the European Union's regulations of transplantations. The achievements of the Council of Europe and the European Union in terms of organ donation and transplantation has been presented in detail with a conclusion heading towards the dangerous commercialization process of transplantations. This article presents also the standards developed by the European Union in regard to transplantology which clearly supports the fact that organ donation should be on non-profit and altruistic basis excluding commercial aspects.

KEYWORDS: European Union law, transplantology, human organs

³⁴ *Ibidem*, s.96.

Amerykańska koncepcja w unijnym prawie – *essential facilities doctrine*

Jednym z najgłośniejszych, a zarazem najbardziej kontrowersyjnych procesów ostatnich lat toczących się przed Trybunałem Sprawiedliwości Unii Europejskiej¹, jest proces wytoczony przez amerykańską spółkę Microsoft, określaną mianem największego potentata informatycznego na świecie. Microsoft, odwołując się do Sądu, zaskarżył wydaną wcześniej decyzję Komisji Europejskiej, stwierdzającą naruszenie przez spółkę przepisów ówczesnego art. 82 TWE². Powodem ogromnego zainteresowania sprawą *Microsoft* jest nie tylko rekordowa wysokość kary, jaka została nałożona na amerykańską spółkę (€ 497 196 304)³, ale także merytoryczne rozstrzygnięcie, przede wszystkim w zakresie interpretacji odmowy udostępniania informacji dotyczących interoperacyjności programów operacyjnych oraz sprzedaży wiązanej. Sprawa *Microsoft* rozpatrywana najpierw przez Komisję, a później Sąd, niewątpliwie przejdzie do historii stosowania unijnych reguł ochrony konkurencji.

Kazus *Microsoft* jest również niezmiernie istotny z perspektywy ugruntowania stosowanej w prawie unijnym doktryny urządzeń kluczowych (ang. *essential facilities do-*

1 Zgodnie z art. 19 TUE, Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej obejmuje Trybunał Sprawiedliwości, Sąd oraz Sąd do spraw Służby Publicznej. W sprawach z zakresu europejskich reguł konkurencji o wymiarze unijnym, Sąd rozpatruje jako organ I instancji, a od jego orzeczeń przysługuje prawo odwołania do Trybunału Sprawiedliwości, jako organu II instancji; *v. The Treaty of Lisbon and the Court of Justice of the European Union*, [w:] *Court of Justice of the European Communities*, Press Release no 104, 09, Luxembourg, 30 November 2009; *v. art. 19 TUE oraz art. 256.1 TFUE*; Dz. Urz. UE C 83 z 30 marca 2010.

2 Dz. Urz. UE C 321E z 29 grudnia 2006; Dz. Urz. UE L 32 z 6 lutego 2007; wyrok T-201, 04 *Microsoft v. KE* z 17 września 2007 r. ECR 2007, s. II-3601.

3 Wyrokiem z 17 czerwca 2012 r., Sąd ustalił ostateczną kwotę okresowej kary pieniężnej nałożonej na spółkę Microsoft, która opiewała na € 860 mln; *v. wyrok T-167, 08 Microsoft v. KE* z 27 czerwca 2012 r.

ctrine)⁴. Choć Komisja w decyzji poprzedzającej proces przed Sądem nie odwołała się bezpośrednio do owej doktryny, to jednak oparła swoją argumentację na linii orzeczniczej wypracowanej we wcześniejszych sprawach: *Ladbroke* oraz *Oscar Bronner*, uważanych za źródło doktryny *essential facilities* w prawie unijnym⁵. Czy należy zatem uznać, iż Sąd w orzeczeniu potwierdzającym stanowisko przyjęte przez Komisję ostatecznie potwierdził inkorporację doktryny urządzeń kluczowych do prawa unijnego?

W literaturze przedmiotu poświęcono wiele uwagi analizie oraz interpretacji wyżej wspomnianej sprawy. Powstało na ten temat sporo artykułów, prac magisterskich, doktorskich, a nawet monografie⁶. Na potrzeby niniejszej publikacji sprawa *Microsoft* stanowić będzie więc jedynie swoisty punkt wyjścia, a zarazem pretekst do głębszej analizy konstrukcji doktryny *essential facilities* oraz słuszności jej stosowania na gruncie prawa unijnego.

Jak daleko sięgają korzenie doktryny *essential facilities*? Czy i dlaczego jest ona niezbędnym uzupełnieniem reguł konkurencji? W jakim innym, poza unijnym, systemie prawnym jest ona stosowana? Czy, pomimo wielu kontrowersji, możliwe jest wskazanie jasnych granic jej stosowania? Niniejsza publikacja stanowi próbę odnalezienia odpowiedzi na wszystkie te pytania.

Czym jest doktryna *essential facilities*?

W pewnych sektorach działalności gospodarczej niemożliwym jest świadczenie usług na rynkach powiązanych⁷ bez dostępu do konkretnych urządzeń⁸. Zdarza się, iż owo szczególne, kluczowe urządzenie, bez którego świadczenie usług konsumentom lub odbiorcom końcowym byłoby wręcz niewykonalne, znajduje się w posiadaniu przedsiębiorcy o pozycji dominującej. W zaistniałej sytuacji przedsiębiorca, który dopiero wchodzi

4 L. Hou, *The Essential Facilities Doctrine – What Was Wrong in Microsoft?*, „International Review of Intellectual Property and Competition Law”, nr 4, 2012, s. 451.

5 F. Haus, *Effective Competition and the Essential Facilities Doctrine*, „Interconomics” nr 1, 2011, s. 32.

6 D. Miąsik, T. Skoczny, *Sprawa Microsoft – studium przypadku. Prawo konkurencji na rynkach nowych technologii*, Warszawa 2008.

7 Instytucja urządzenia kluczowego nierozłącznie związana jest z występowaniem dwóch rynków powiązanych. Pierwszym z nich jest rynek, na którym dany przedsiębiorca dysponuje urządzeniem kluczowym. Natomiast drugim jest rynek świadczenia usług z wykorzystaniem tych urządzeń. W doktrynie używa się także określeń: rynek wyższego i niższego szczebla, przy czym urządzenie kluczowe może występować na obydwu szczeblach. Przesłanka ta była szczególnie wyraźnie wskazana w decyzji Komisji dotyczącej sprawy *Sea Containers*, Dz. Urz. UE L 15 z 18 stycznia 1994.

8 Przykładowo można wymienić usługi transportowe (np. promowe, lotnicze), gdzie za urządzenie kluczowe należy uznać infrastrukturę transportową (odpowiednio porty, lotniska) czy produkcję oprogramowania, gdzie urządzeniem kluczowym będzie system operacyjny.

na rynek, jest zmuszony do szukania dostępu do urządzenia kluczowego, znajdującego się w posiadaniu tylko jednego właściciela bądź dysponenta.

Doktryna *essential facilities* znajduje zastosowanie w sytuacji, kiedy to przedsiębiorca o pozycji dominującej utrudnia dostęp do urządzenia kluczowego, które posiada. Naturalnym bowiem dążeniem podmiotów gospodarczych posiadających pozycję dominującą jest jak najpełniejsza kontrola nad wykorzystaniem swoich urządzeń kluczowych, co w praktyce często skutkuje dążeniem do uzyskania kontroli nad rynkami powiązаныmi. Wyróżnia się dwa rodzaje działań mających na celu utrudnianie dostępu do urządzenia kluczowego: całkowita odmowa dostępu oraz częściowe zamknięcie rynku. Całkowita odmowa dostępu obejmuje zarówno przypadki bezpośredniej odmowy, jak i pośredniej, tzw. konstruktywnej odmowy, kiedy to – przykładowo – przedsiębiorca posiadający urządzenie kluczowe ustanawia zaporową cenę dostępu do niego. Natomiast częściowe zamknięcie rynku następuje wówczas, gdy przedsiębiorca angażuje się w dyskryminację cenową, faworyzując jednocześnie niektórych partnerów, co oczywiście pociąga za sobą niekorzystne konsekwencje dla pozostałych konkurentów, mających ograniczony dostęp do urządzeń kluczowych.

Zgodnie z założeniami doktryny *essential facilities*, przedsiębiorca o pozycji dominującej odmawiający swoim konkurentom dostępu do urządzeń kluczowych, które posiada, robi to w celu zamknięcia rynku powiązanego⁹. Dlatego też należy uniemożliwić takie działanie. Złożoność owej sytuacji nakreśla fakt, iż w momencie zmuszenia przedsiębiorcy o pozycji dominującej do udzielenia dostępu konkurentom do urządzenia kluczowego, które posiada, naruszenia doznaje nie tylko konstytucyjne prawo własności, ale także swoboda zawierania umów i wyboru partnerów gospodarczych¹⁰.

Czemu służy doktryna *essential facilities*?

Wolny rynek to z definicji taki, na którym wymiana dóbr i usług dokonuje się w wyniku dobrowolnie zawieranych transakcji pomiędzy sprzedającymi a kupującymi, przy świadomości ustalonej przez nich ceny. Natomiast rynek doskonale konkurencyjny to taki, na którym każdy z przedsiębiorców z osobna jest zbyt mały, by wpływać na cenę rynkową. Oznacza to, iż niezależnie od poziomu produkcji może on sprzedawać wyprodukowane przez siebie dobra czy usługi po bieżącej cenie rynkowej. Na gruncie tak rygorystycznej definicji należy uznać, iż niewiele rynków – zarówno w Unii Europejskiej,

⁹ Należy oczywiście odróżnić sytuację, kiedy istnieje obiektywne uzasadnienie dla umów wyłącznych, np. celem takiej umowy jest utrzymanie reputacji marki czy kosztów promocji; v. C. Nagy, *Refusal to deal and the doctrine of essential facilities in US and EC competition law: a comparative perspective and a proposal for a workable analytical framework*, „European Law Review” no 5, , 2007, s. 680.

¹⁰ L. Hou, *op. cit.*, s. 451.

jak i Stanach Zjednoczonych – można opisać jako doskonale konkurencyjne. Dlatego, by zapewnić efektywność funkcjonującej konkurencji, niezbędne są przepisy ograniczające w pewnym stopniu zachowania przedsiębiorców, a przy tym i ich wolność.

Istotą doktryny *essential facilities* jest zapewnienie istnienia konkurencyjnego rynku świadczenia usług konsumentom¹¹. Innymi słowy, służy ona rozwojowi konkurencji na rynkach zdominowanych poprzez umożliwienie konkurentom dostępu do urządzeń kluczowych kontrolowanych przez przedsiębiorcę o pozycji dominującej. Doktryna *essential facilities* została stworzona, by przeciwdziałać odmowie dostępu do określonych urządzeń kluczowych, wykorzystywanej jako instrument zapewnienia sobie przez przedsiębiorcę pozycji dominującej na rynkach, na których pojawienie się konkurencji nieodłącznie związane jest z uzyskaniem dostępu do urządzenia kluczowego.

Pomimo krytyki dotyczącej jasnych granic stosowania doktryny *essential facilities*, zarówno w Stanach Zjednoczonych, jak i Europie¹², należy uznać, iż przynosi ona wymierne korzyści i winna być postrzegana pozytywnie¹³. Zapobiega bowiem umocnieniu pozycji dominującej i zmusza przedsiębiorcę posiadającego urządzenia kluczowe do otwarcia konkurencji na samego siebie. Doktryna *essential facilities* nie powinna być także postrzegana w kategoriach ograniczania swobody zawierania umów przez przedsiębiorców czy wyboru kontrahentów. Organy ochrony konkurencji i sądy nie nałożą bowiem na przedsiębiorcę obowiązku udzielenia dostępu do urządzenia kluczowego dopóty, dopóki nie będzie on postępował z zamiarem nadużycia swojej pozycji na rynku¹⁴. Innymi słowy, w sytuacji, kiedy przedsiębiorca odmawia dostępu, a powód odmowy jest obiektywnie ważny i uzasadniony, jego zachowania nie można uznać za ograniczające konkurencję, a tym samym nie ma podstaw do zastosowania przymusu zawarcia umowy z konkurentami.

Amerykańskie korzenie doktryny *essential facilities*

Amerykańskie reguły ochrony konkurencji zakorzenione są w systemie *common law*, a zasada wolnej konkurencji to podstawowe założenie prawa antytrustowego w Stanach Zjednoczonych. Jest ono skodyfikowane w trzech federalnych aktach prawnych: Sher-

11 J. Majcher, *Dostęp do urządzeń kluczowych w niezależnych regulacjach sektorowych*, „Problemy zarządzania” nr 3, 2004, s. 171.

12 P. Areeda podsumowując doktrynę *essential facilities* pisze: „it is less a doctrine than an epithet indicating some exceptions (...), but not telling us what those exceptions are”; P. Areeda, *Essential Facilities: An Epithet in Need of Limiting Principles*, [w:] „Antitrust Law Journal” no 58, 1990, s. 841.

13 A. Stratakis, *Comparative Analysis of the US and EU Approach and Enforcement of the Essential Facilities Doctrine*, [w:] „European Competition Law Review” no 8, 2006, 442.

14 F. Haus, *Effective Competition and the Essential Facilities Doctrine*, „Intereconomics” no 1, 2011, s. 31.

man Antitrust Act¹⁵ z roku 1890 oraz Clayton Antitrust Act¹⁶ i Federal Trade Commission Act¹⁷ – oba z roku 1914 – których treść uzupełnia generalne zakazy wymienione w tym pierwszym.

Sherman Antitrust Act został wprowadzony w życie w celu ochrony wolności konkurencji przed jej ograniczeniami i był pierwszą tego typu regulacją na świecie. Zawiera on dwa główne postanowienia. *Section 1* Sherman Antitrust Act zakazuje zawierania umów oraz podejmowania czynności i praktyk, które bezzasadnie ograniczają działalność gospodarczą, a w konsekwencji prowadzą do powstawania monopolii¹⁸. Natomiast *Section 2* tejże ustawy skierowany jest przeciw wzrostowi i nadużywaniu władzy przez istniejące już monopole¹⁹. Oba przepisy mają istotne znaczenie przy omawianiu pochodzenia i znaczenia doktryny *essential facilities*, która – obok doktryny zamiaru i doktryny dźwigni²⁰ – może być podstawą do stwierdzenia odpowiedzialności antymonopolowej za odmowę zawarcia umowy.

Do czasu ukształtowania się doktryny *essential facilities* sądy Stanów Zjednoczonych uznawały wolność przedsiębiorcy w zakresie dokonywania transakcji, za jedną z naczelných zasad prawa konkurencji²¹. Takie podejście wiązało się z niemożnością ewentualnego nałożenia na przedsiębiorcę obowiązku zawarcia umowy z jego konkurentami (w drodze orzeczenia sądu czy aktu prawnego). W miarę upływu czasu, stanowisko judykatury ewoluowało i sądy zaczęły stopniowo powoływać się na wyjątki od owej ogólnej zasady. Jednym z nich jest właśnie dostęp do urządzeń kluczowych. Należy jednak podkreślić,

15 Sherman Antitrust Act, 15 U.S.C. §§ 1-7.

16 Clayton Antitrust Act, 15 U.S.C. §§ 12-27.

17 Federal Trade Commission Act, 15 U.S.C. §§ 41-58.

18 W pełnym brzmieniu:

Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$100,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$1,000,000, or by imprisonment not exceeding 10 years, or by both said punishments, in the discretion of the court.

19 W pełnym brzmieniu:

Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$100,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$1,000,000, or by imprisonment not exceeding 10 years, or by both said punishments, in the discretion of the court.

20 J. Majcher, *Dostęp do urządzeń kluczowych w świetle orzecznictwa antymonopolowego*, Warszawa 2005, s. 32 i nast.

21 A. Stratakis, *op. cit.*, s. 435.

iz odmowa zawarcia umowy dotyczącej dostępu do urządzenia kluczowego może zostać uznana za naruszenie prawa wyłączne wtedy, gdy ma na celu monopolizację określonego rynku poprzez wykluczenie aktualnych lub potencjalnych konkurentów²².

Korzenie koncepcji, w której to urządzenia kluczowe zasługiwały na szczególne traktowanie, sięgają orzecznictwa amerykańskiego z XIX w., nakładającego na osoby utrzymujące lokalny monopol obowiązek uczciwego zawierania umów z potencjalnymi klientami. Natomiast początki samej doktryny *essential facilities* sięgają roku 1912²³ oraz orzeczenia SN w sprawie *Terminal Railroad*:

W roku 1889 czternaście z dwudziestu czterech niezależnych towarzystw kolejowych, które zajmowały się transportem kolejowym, zawarły umowę, na mocy której powstała spółka o nazwie Terminal Railroad Association of S. Louis. Kontrolowała ona przede wszystkim dworzec kolejowy w mieście S. Louis, ale także dwa mosty na rzece Missisipi, która to okalała ową miejscowość. Trzy lata później, w roku 1902, doszło do przejścia przez Terminal Railroad Association of S. Louis kolejnych spółek przewoźniczych, dzięki czemu zaczęła ona kontrolować najważniejsze linie kolejowe, dworce, mosty, a także połączenia po obu stronach rzeki w regionie. Ponadto pobierała specjalną opłatę za transport towarów przez mosty na rzece Missisipi, a sama umowa spółki dawała jej członkom możliwość odmowy dostępu do posiadanych przez nią urządzeń i instalacji osobom trzecim. Stan Missouri, na którego terenie znajduje się miasto S. Louis postanowił złożyć w tej sprawie pozew²⁴.

SN Stanów Zjednoczonych, opierając się w wyroku na wykładni *Section 1* i *Section 2* Sherman Antitrust Act, uwzględnił pozew stanu Missouri i orzekł, iż właściciel, który znajduje się w posiadaniu istotnego urządzenia, w tym wypadku terminalu kolejowego, i który odmawia dostępu do niego osobom trzecim, może przyczynić się do ograniczenia handlu pomiędzy stanami, a takie zachowanie uznane jest za próbę monopolizacji handlu pomiędzy nimi²⁵. W konsekwencji spółka Terminal Railroad została przez sąd zobowiązana do zaniechania pobierania opłaty mostowej, jak i do zapewnienia możliwości korzystania z jej urządzeń innym towarzystwom kolejowym, na takich zasadach, na jakich korzystają z nich członkowie spółki.

22 G. Knieps, *The Three Criteria Test, the Essential Facilities Doctrine and the Theory of Monopolistic Bottlenecks*, „Intereconomics”, nr 1, 2011, s. 17.

23 A. Pisarkiewicz, *Ochrona konkurencji w telekomunikacji ze szczególnym uwzględnieniem doktryny Urządzeń Kluczowych*, [w:] *Nowe Tendencje w prawie konkurencji UE*, red. E. Piontek, Warszawa 2008, s. 216.

24 *United States v. Terminal Railroad Association of St. Louis*, 224 U.S. 383, 1912.

25 V. pkt 151 wyroku: „restrain (...) commerce among the States and constitutes an attempt to monopolize commerce among the States (...)”.

Inny stan faktyczny stanowił podstawę dla wyroku w sprawie *Associated Press*²⁶ z roku 1945:

Amerykańska agencja prasowa Associated Press, jako stowarzyszenie zajmujące się dostarczaniem wiadomości na obszarze Stanów Zjednoczonych i zagranicą, uniemożliwiała dostęp do wiadomości, w których posiadaniu się znajdowała, osobom nie będącym członkami stowarzyszenia, a także zakazywała swoim członkom ujawniać jakiegokolwiek informacji wykreowanej czy zdobytej przez nich samych osobom trzecim. Ponadto Associated Press skutecznie odmawiało konkurentom członkostwa w agencji.

SN Stanów Zjednoczonych uznał, iż uniemożliwienie konkurentom członkostwa w agencji, uniemożliwiające im dotarcie do wytworzonych przez nią informacji, poważnie ograniczało możliwość wejścia na rynek nowych dzienników, przez co naruszało *Section 1 Sherman Antitrust Act*. W tym przypadku warto zwrócić uwagę na fakt, iż w przeciwieństwie do sprawy *Terminal Railroad*, decyzja sądu nie odnosiła się do urządzeń w sensie elementów natury technicznej, a jedynie nawiązywała do pewnej przewagi konkurencyjnej, jaką posiadała spółka Associated Press.

Choć doktryna *essential facilities* kilkakrotnie znajdowała zastosowanie w późniejszych sprawach (*Gamco*²⁷, *Aspen Skiing*²⁸ czy *Otter Tail*²⁹), to została tak nazwaną dopiero w roku 1977 w orzeczeniu wydanym w sprawie *Hecht*:

Drużyna Washington Redskins wynajmowała na wyłączność stadion im. Roberta Kennedy'ego w Waszyngtonie, D.C. Wyłączność ta polegała na tym, iż umowa najmu zawarta pomiędzy właścicielem stadionu a drużyną Redskins zawierała klauzulę, która stanowiła, iż na czas trwania umowy stadion nie może być wynajęty jakiegokolwiek innej drużynie futbolu zawodowego niż Washington Redskins. Drużyna Redskins powołując się na regulacje zawarte w umowie odmówiła innej drużynie futbolowej udostępnienia stadionu Roberta Kennedy'ego³⁰.

Sąd Apelacyjny dla Dystryktu Kolumbii rozstrzygając w tej sprawie po raz pierwszy *expressis verbis* użył pełnej terminologii doktryny *essential facilities*, opierając się przy

26 *Associated Press v. United States*, 326 U.S. 1, 1945.

27 *Gamco Inc. v. Providence Fruit & Produce Building Inc.*, 194 F.2d 494, 1st Cir. 1952.

28 *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.*, 472 U.S. 585, 611 n. 44, 1985.

29 *Otter Tail Power Co. v. United States*, 410 U.S. 366, 1973.

30 *Hecht v. Pro-Football Inc.*, 570 F.2d 982, D.C. Cir. 1977; wyrok w sprawie *Hecht* wraz z wcześniejszymi orzeczeniami SN Stanów Zjednoczonych w sprawach *Terminal Railroad*, *Associated Press* oraz *Otter Tail* są uznawane za tzw. wielką czwórkę wyroków, które przyczyniły się do trwałego ukształtowania linii orzeczniczej w sprawach dotyczących doktryny urządzeń kluczowych.

tym na wcześniej już ukształtowanej praktyce amerykańskiej judykatury. Uznał praktykę drużyny Redskins za naruszenie przepisów antymonopolowych, powołując się na wyroki we wcześniejszych sprawach *Terminal Railroad* oraz *Otter Tail*. Uzasadnił swoje orzeczenie twierdzeniem, że jeżeli urządzenia nie mogą być kopiowane, czy też powielane przez ewentualnych konkurentów, to na podmiotach znajdujących się w ich posiadaniu ciąży szczególnie obowiązek dzielenia się nimi. W powyższej sprawie drużyna futbolowa, która chciała wynająć stadion, nie miała możliwości najmu innego, podobnego obiektu. Poza tym, drużyna Washington Redskins nie wykorzystywała stadionu w pełnym wymiarze czasowym, co tylko podkreśla możliwość i powinność udostępniania stadionu przez drużynę Redskins innym zespołom.

Przejęcie doktryny do prawa unijnego

Na gruncie prawa Unii Europejskiej źródeł stosowania doktryny *essential facilities* należy szukać w instytucji odmowy dostawy jako przejawu zakazanego nadużycia pozycji dominującej. Instytucja ta nie została wyraźnie wymieniona w art. 102 TFUE, jednakże art. 102 lit. b) stanowi iż, nadużycie pozycji dominującej może polegać na „ograniczaniu produkcji, zbytu lub postępu technicznego ze szkodą dla konsumentów” i to właśnie ten przepis uznawany jest za podstawę prawną dla odmowy dostawy konkurentom³¹.

Początkowo recepcja amerykańskiej doktryny *essential facilities* na grunt prawa unijnego dokonywała się w ścisłym powiązaniu z liberalizacją sektora transportowego na przełomie lat 80. i 90. XX w.. W latach kolejnych stopniowo rozszerzano jej zastosowanie na inne rynki, jednocześnie precyzując formalne kryteria definicji urządzenia kluczowego³². Szczególnie doniosłą rolę w procesie transponowania doktryny *essential facilities* do systemu prawa unijnego odegrała Komisja Europejska³³.

Prekursorskie podejście Komisji

Pomimo iż w prawie pierwotnym Unii Europejskiej brak jest wyraźnego odniesienia do doktryny urządzeń kluczowych, to już od połowy lat siedemdziesiątych XX w. Komisja odwoływała się w swych decyzjach do wcześniej wypracowanej na gruncie prawa amerykańskiego doktryny, rozstrzygając niektóre sprawy z zakresu ochrony konkurencji i konsumentów³⁴.

31 M. Bergman, *When Should an Incumbent Be Obligated to Share its Infrastructure with an Entrant Under the General Competition Rules?*, Uppsala.

32 B. Targański, *Ochrona konkurencji w działalności platform handle elektronicznego*, Warszawa 2010, s. 135.

33 F. Haus, *op. cit.*, nr 1, 2011, s. 32.

34 *V. Dz. Urz. UE* L 35 z 10 lutego 1976.

Jednak pierwsze, wyraźne odwołanie do doktryny urządzeń kluczowych nastąpiło dopiero w roku 1992 w sprawie *B&I Line and Sealink Stena*³⁵, kiedy to Komisja w decyzji stwierdziła naruszenie ówczesnego art. 82 TWE.

Spółka grupy Stena posiadała dwie spółki-córki. Jedna z nich była właścicielem portu w Holyhead w Walii, a druga obsługiwała transport promowy z tego portu do Irlandii. Usługi transportu promowego z Holyhead do Irlandii świadczyła także inna spółka – B&I Line. Jednak warunki techniczne i geograficzne powodowały trudności w jednoczesnym korzystaniu z portu przez obie spółki. W konsekwencji często dochodziło do sporów dotyczącymi rozkładu połączeń, a dokładniej godzin odpływu promów³⁶.

Komisja – badając sprawę stwierdziła – iż grupa Stena, jako zarządca portu, dopuściła się nadużycia pozycji dominującej. Spółka Stena zarezerwowała dla swojej spółki-córki najbardziej dogodne godziny użytkowania portu, jednocześnie nie zatwierdzając dla spółki B&I Line równie konkurencyjnych godzin odpływów. Komisja nakazała spółce Stena zmianę dotychczasowego rozkładu odpływów w ten sposób, aby obie spółki przewoźnicze (Sealink Stena oraz B&I Line) miały możliwość dokonywania załadunków i rozładunków w porcie Holyhead na równie korzystnych zasadach. W powyższej decyzji Komisja, uznając port Holyhead za urządzenie kluczowe, stwierdziła, iż:

przedsiębiorca dominujący, który jest zarówno właścicielem (...), jak i użytkownikiem urządzenia kluczowego (...), bez dostępu do którego konkurenci nie mogą świadczyć usług swoim klientom, i który odmawia swoim konkurentom dostępu do tego urządzenia lub udziela dostępu na mniej korzystnych warunkach niż te, na których sam z niego korzysta i pozostawia konkurentów w mniej korzystnej sytuacji konkurencyjnej, narusza przepis [ówczesnego] art. 82³⁷.

Oprócz tej, duże znaczenie dla rozwoju doktryny *essential facilities* na gruncie prawa europejskiego miały także decyzje Komisji: *Sea Containers*³⁸, *Port Rodby*³⁹ (obie związa-

35 Decyzja KE w sprawie *B&I Line v. Sealink Harbour and Sealink Stena* z 11 czerwca 1992 r., Biuletyn WE nr 6, 1992, pkt 1.3.30.

36 A. Antapassis, E. Rosaeg, *Competition and Regulation in Shipping and Shipping Related Industries*, Leiden 2009, s. 146.

37 Decyzja KE w sprawie *B&I Line v. Sealink Harbour and Sealink Stena*, pkt 41.

38 Dz. Urz. UE L 15 z 18 stycznia 1994.

39 Dz. Urz. UE L 55 z 26 lutego 1994.

ne z działalnością spółki Stena), *HOV SVZ/MCN*⁴⁰, *Eurotunnel*⁴¹ oraz *FAG*⁴². Komisja wydała także katalog rozstrzygnięć, które sama uznała za precedensowe dla rozwoju stosowania doktryny *essential facilities* na gruncie prawa europejskiego⁴³.

Reakcja Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej

Chociaż Komisja, rozstrzygając sprawy z zakresu prawa konkurencji, podpirała się w swoich decyzjach założeniami doktryny *essential facilities* już od połowy lat siedemdziesiątych XX w., to zarówno Trybunał Sprawiedliwości, jak i Sąd z rezerwą odnosiły się do tego dorobku⁴⁴. Dopiero w roku 1997 Sąd wydając orzeczenie kończące sprawę *Tierce Ladbroke*⁴⁵, po raz pierwszy formalnie odniósł się do doktryny urządzeń kluczowych.

Ladbroke była belgijską spółką przyjmującą zakłady na wyścigi konne, które odbywały się w Belgii, Francji oraz Wielkiej Brytanii. Chcąc uatrakcyjnić jakość oferowanych usług, zamierzała wprowadzić telewizyjną transmisję francuskich wyścigów konnych. W tym celu zwróciła się do właścicieli praw do transmisji: Pari Mutuel Urbain oraz Sociétés de course (francuskie stowarzyszenie wyścigów), z prośbą o udzielenie licencji na transmisję wyścigów w Belgii. Jednocześnie w tym czasie żadna inna organizacja w Belgii nie posiadała podobnych uprawnień. Spółce Ladbroke odmówiono przyznania licencji, na co spółka wniosła skargę do Komisji powołując się m.in. na ówczesny art. 82 TWE oraz doktrynę *essential facilities*⁴⁶.

Sąd w toku postępowania odrzucił skargę spółki Ladbroke. Po pierwsze stwierdzając, iż odmowa udzielenia licencji nie była dyskryminującą, gdyż żadna licencja nie została przyznana na rynek belgijski, który w danej sprawie został uznany za rynek właściwy. W związku z powyższym, nie miał znaczenia fakt, iż licencje transmisji wyścigów były dostępne we Francji czy Niemczech, gdyż stanowiły one rynki odrębne⁴⁷. Po drugie, Sąd stwierdził, iż w przypadku spółki Ladbroke odmowa dostępu nie stanowiła nadużycia pozycji dominującej przez właścicieli praw do transmisji francuskich wyścigów konnych, gdyż nie był to czynnik, który byłby istotny dla prowadzenia pierwotnej działalności

40 Dz. Urz. UE L 104 z 23 kwietnia 1994.

41 Dz. Urz. UE L 354 z 31 grudnia 1994.

42 Dz. Urz. UE L 72 z 11 marca 1998.

43 *Obrwieszczenie o stosowaniu zasad konkurencji w porozumieniach o dostępie w sektorze telekomunikacyjnym – przepisy ramowe, rynki właściwe i zasady*, OJ 1998 C 265, s. 2-28, pkt 65-66: *Sea Containers v. Stena Sealink, Port of Rodby, National Carbonising Company*.

44 F. Haus, *op. cit.*, s. 32.

45 Wyrok T-504, 93 w sprawie *Tierce Ladbroke S.A. v. KE* z 12 czerwca 1997, ECR 1997, s. II-923.

46 *Ibidem*.

47 *Ibidem*, pkt 124.

przedsiębiorcy – przyjmowania zakładów wyścigów konnych. Transmisja owych wyścigów nie stanowiła też sama w sobie nowego produktu, na który istniałby popyt ze strony konsumentów. Sąd wskazał także, iż Pari Mutuel Urbain oraz Sociétés de course nie stanowiły konkurencji dla spółki Ladbroke na rynku belgijskim, żadne z nich nie prowadziło działalności bukmacherskiej, a więc odmowa udzielenia licencji nie miała na celu wyeliminowania konkurencji przez podmiot dominujący.

Pomimo sceptycznego podejścia Sądu do doktryny urządzeń kluczowych, należy uznać, iż nie przekreślił on dorobku rozstrzygnięć wypracowanych w tej kwestii przez Komisję⁴⁸. Sąd nie podważył także zasadności stosowania doktryny *essential facilities*, a jedynie odrzucił możliwość powołania się na nią w konkretnej sprawie. Wyrok w sprawie *Tierce Ladbroke* ukazuje, iż przejęcie doktryny przez TSUE nastąpiło w odmiennym kształcie aniżeli ten, wypracowany przez Komisję. Należy jednak uznać, iż początkowo bardziej zachowawcze podejście judykatury stopniowo ewoluowało na przestrzeni lat, co bardzo dobrze obrazują później wydane orzeczenia m.in. w sprawie *Oscar Bronner*⁴⁹.

Przesłanki stosowania doktryny *essential facilities*

Jak wspomniano, doktryna *essential facilities* obecna w porządku prawnym Unii Europejskiej pierwotnie wywodzi się z amerykańskich reguł konkurencji. Na tej podstawie można wnioskować o licznych podobieństwach podejścia do omawianej instytucji w Stanach Zjednoczonych i Europie. Bardziej szczegółowa analiza doktryny *essential facilities* wskazuje jednak także różnice, szczególnie w zakresie przesłanek stosowania doktryny urządzeń kluczowych⁵⁰.

Przesłanki w prawie amerykańskim

Kluczowym dla analizy przesłanek stosowania doktryny *essential facilities* w Stanach Zjednoczonych jest wyrok w sprawie *MCI vid. AT&T*⁵¹ z roku 1983, który to został uznany za przełomowy dla jej rozwoju.

48 A. Pisarkiewicz, *op. cit.*, s. 227.

49 Wyrok C-7/97 w sprawie *Oscar Bronner GmbH & Co. KG v. Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG, Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG* z 26 listopada 1998, ECR 1998, s. I-7791. Także orzeczenia w sprawach *European Night Services* oraz *IMS Health* dobrze obrazują ewoluujące podejście judykatury do doktryny urządzeń kluczowych; v. Wyrok łączny T-374, 94, T-375, 94, T-384, 94 i T-388, 94 w sprawie *European Night Services v. KE* z 15 września 1998, ECR 1998, s. II-3141, Wyrok C-418, 01 w sprawie *IMS Health GmbH & Co. OHG v. NDC Health GmbH & Co. KG* z 29 kwietnia 2004, ECR 2004, s. I-5039.

50 C. Nagy, *op. cit.*, s. 681.

51 *MCI v. AT&T*, 708 F.2d 1081, 1132-33, 7th Cir. 1983.

Spółka MCI świadczyła usługi telekomunikacyjne i zamierzała poszerzyć własną ofertę o połączenia międzystrefowe. W tym celu niezbędne było połączenie obsługiwanych przez nią sieci międzystrefowych z lokalnymi sieciami telekomunikacyjnymi Bell, które stanowiły własność AT&T. AT&T odmawiało, a innym razem sugerowało nierozsądne warunki tego podłączenia, co sprawiło, iż poszerzenie oferty przez MCI o usługi połączeń międzystrefowych stało się niemożliwe⁵².

Sąd federalny uznał polegającą na odmowie dostępu do infrastruktury telekomunikacyjnej praktykę AT&T za niezgodną z prawem. Infrastruktura ta stanowiła bowiem urządzenie kluczowe, a monopolista AT&T nie miał prawa utrudniać dostępu do niej. Zdaniem sądu zdublowanie lokalnych sieci telekomunikacyjnych poprzez wybudowanie przez przedsiębiorcę MCI własnej sieci było niemożliwe ze względów zarówno praktycznych jak i ekonomicznych. Uzasadniając powyższą decyzję sąd wskazał w wydanym wyroku cztery ogólne przesłanki, jakie muszą być kumulatywnie spełnione, by doktryna *essential facilities* znalazła zastosowanie. Przejawia się to w nałożeniu na przedsiębiorcę obowiązku udostępnienia urządzenia kluczowego⁵³:

- urządzenie kluczowe kontrolowane jest przez monopolistę,
- zdublowanie urządzenia kluczowego przez konkurentów rynkowych poprzez stworzenie własnych instalacji i urządzeń jest niemożliwe z przyczyn natury ekonomicznej lub uwarunkowań faktycznych,
- odmowa dostępu do urządzenia kluczowego nastąpiła na nierozsądnych warunkach,
- udostępnienie urządzenia kluczowego jest technicznie wykonalne oraz ekonomicznie możliwe.

„Test czterech przesłanek” został powszechnie uznany i wielokrotnie wykorzystywany przez sądy amerykańskie podczas wydawanych orzeczeń z zakresu dostępu do urządzeń kluczowych. Stał się on swoistą podstawą stosowania doktryny *essential facilities*, z czasem modyfikowanej i rozszerzanej⁵⁴.

52 J. Soma, D. Forkner *et al.*, *The Essential Facilities Doctrine in the Deregulated Telecommunications*, „Berkeley Technology Law Journal” no 13, 1998.

53 *MCI v. AT&T*, pkt 1132-33.

54 W amerykańskiej doktrynie prawa antytrustowego istnieją także bardziej rozbudowane koncepcje testu na możliwość zastosowania doktryny *essential facilities*. Ciekawym przykładem jest test Areeda, który ma na celu ograniczenie zakresu obowiązku udzielania dostępu do urządzenia kluczowego; v. P. Areeda, H. Hovenkamp, [w:] *Antitrust Law*, Aspen 1993, s. 838-914. Cf. C. Nagy, *op. cit.*, s. 673.

Przesłanki prawa unijnego

Samo określenie „urządzenie kluczowe”⁵⁵ (ang. *essential facility*, niem. *wesentliche Einrichtung*) nie jest ani jednoznaczne, ani ostre⁵⁶. Czasem w literaturze urządzenie szczególnie określane jest mianem „wąskiego gardła”⁵⁷ (ang. *bottleneck*)⁵⁸.

Aspekt leksykalny omawianego zagadnienia jest tym ważniejszy, iż wydaje się że polskie tłumaczenie nie do końca odzwierciedla swoje obcojęzyczne odpowiedniki. Trudno bowiem znaleźć tak pojemny ekwiwalent w języku polskim. W związku z tym autorzy nieanglojęzyczni dość często decydują się na pozostawienie oryginalnej angielskiej nazwy. Słowo „urządzenie” (ang. *facility*) ma w tym wypadku znaczenie przenośne, obejmuje swoją definicją zarówno obiekty materialne, niematerialne, jak i prawa własności intelektualnej. Jest ono synonimem narzędzia, rozwiązania, usługi, systemu, instalacji, a nawet środka. Innymi słowy, urządzenie kluczowe to infrastruktura stanowiąca immamentny warunek prowadzenia określonej działalności gospodarczej, zwłaszcza świadczenia określonych usług⁵⁹.

Dla omawianego pojęcia krytycznym jest także znaczenie terminu „niezbędność” (inaczej „kluczowość”)⁶⁰. W każdym z orzeczeń sądów unijnych oraz decyzji Komisji „kluczowość” konkretnego urządzenia jest rozpatrywana precyzyjnie i wąsko.

Po pierwsze, aby urządzenie uznane było za kluczowe, niezbędne jest, by należało ono do konkretnego przedsiębiorcy, który, korzystając z niego, zapewnia sobie pozycję dominującą na rynku właściwym. Po drugie, dany obiekt uważany jest za kluczowy, gdy dostęp do niego jest niezbędny innym przedsiębiorcom, operującym na rynkach powiązanych⁶¹. Niezbędność ta przejawia się brakiem możliwości zdublowania konkretnego urządzenia, wynikającym z trudności natury fizycznej, prawnej czy ekonomicznej⁶² oraz doniosłością

55 Określenie to różnie tłumaczone jest na język polski. Np. A. Tusiński, *Doktryna essential facilities w orzecznictwie ETS*, „Europejski przegląd sądowy” nr 9, 2006, posługuje się wyrażeniem „kluczowa infrastruktura”.

56 A. Jones, B. Sufrin, *EC Competition Law; Text, Cases, and Materials*, Oxford 2001, s. 387.

57 V. I. van Bael, J. F. Bellis, *Competition Law of the European Community*, Haga 2005, s. 1235.

58 W literaturze przedmiotu stosowany jest także termin „techniczne urządzenia kluczowe”, należą do nich głównie sieci: energetyczne, telekomunikacyjne, transportowe oraz „informacyjne urządzenia kluczowe”, czyli prawa własności intelektualnej np. w mediach czy multimedialach. V. *Polityka konkurencji, dostęp do urządzeń kluczowych*, Centrum Informacji Europejskiej, Warszawa 2009, s. 2.

59 T. Skoczny, *Zakaz praktyk ograniczających konkurencję*, [w:] *Prawo Unii Europejskiej*, red. J. Barcz, *Prawo materialne i polityki*, Warszawa 2005, s. 375.

60 W literaturze pojawia się także określenie „nieodzowności” urządzenia kluczowego; v. T. Skoczny, *op. cit.*, s. 376.

61 A. Tusiński, *Doktryna essential facilities w orzecznictwie ETS*, „Europejski przegląd sądowy” nr 9, 2006, s. 39.

62 Wedle języka Komisji Europejskiej niemożność zdublowania urządzenia występuje wtedy, gdy nie daje się ono zastąpić „w granicach rozsądku, innymi urządzeniami”; v. *Obwieszczenie o sto-*

znaczenia dostępu do urządzenia dla konkurentów. Nie wystarczy, by dostęp do urządzenia był wygodny czy korzystny dla konkurentów, ale musi być także krytyczny i to nie tylko dla działalności gospodarczej określonego konkurenta domagającego się dostępu, ale i dla wszystkich ewentualnych konkurentów mogących znaleźć się w podobnej do niego pozycji⁶³.

W wyroku w sprawie *Oscar Bronner*, stanowiącym pewnego rodzaju podsumowanie wcześniejszego orzecznictwa dotyczącego doktryny *essential facilities*, wskazano kryteria, które muszą być spełnione by dane urządzenie zostało uznane za kluczowe, a dostęp do niego wolny.

Spółka Oscar Bronner zajmowała się wydawaniem i dystrybucją dziennika „Der Standard” w Austrii. Czasopismo to miało niewielki udział w tamtejszym rynku gazet i reklam. Oscar Bronner konkurowało na rynku z dziennikami: „Neue Kroner Zeitung” i „Kurier”. Były one wydawane przez grupę Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG i posiadały prawie 50 procentowy udział w rynku zarówno w odniesieniu do nakładu jak i wpływu z reklam. Dla celów własnej dystrybucji Mediaprint stworzyło funkcjonujący na terenie całego kraju system dostarczania swoich dzienników do domów czytelników we wczesnych godzinach rannych. Spółka Oscar Bronner chciała wykorzystywać ten system do dystrybucji własnej gazety za odpowiednią opłatą, jednakże Mediaprint nie wyraziło na to zgody. Wtedy to Oscar Bronner wniósł pozew w austriackim sądzie przeciwko Mediaprint, zarzucając mu nadużycie pozycji dominującej. Powołał się on także na doktrynę *essential facilities* argumentując, że system dostaw bezpośrednich stanowi urządzenie kluczowe, a Mediaprint zarezerwowało go wyłącznie dla siebie bez obiektywnego uzasadnienia⁶⁴.

Trybunał Sprawiedliwości, wydając orzeczenie wstępne na wniosek sądu austriackiego, stwierdził, iż odmowę dostępu do kluczowych urządzeń w postaci systemu dystrybucji gazet można uznać za nadużycie pozycji dominującej tylko wówczas, gdy spełnione są kumulatywnie dwa warunki⁶⁵: po pierwsze, odmowa ta jest w stanie doprowadzić do wykluczenia istotnej konkurencji na rynku prasy codziennej przez podmiot świadczący

sowaniu zasad konkurencji w porozumieniach o dostępie w sektorze telekomunikacyjnym – przepisy ramowe, rynki właściwe i zasady, OJ 1998 C 265, s. 2-28, pkt 68.

63 Wyrok ETS w sprawie *Oscar Bronner*.

64 Otwarty dostęp do urządzenia oznacza, że każdy konkurent spełniwszy wyznaczone wymogi, ma możliwość otrzymania dostępu do urządzenia kluczowego na niedyskryminujących warunkach. Należy zaznaczyć, iż wymienione w orzeczeniu *Oscar Bronner* kryteria różnią się od tych, jakie są konieczne do udostępnienia kluczowego urządzenia w przypadkach, kiedy jest ono chronione prawami własności intelektualnej; wyrok ETS w sprawie *Oscar Bronner*, pkt 24-25.

65 *Ibidem*, pkt 41.

usługę dostaw bezpośrednich, nie znajdując przy tym obiektywnego uzasadnienia, a po drugie, świadczone w ramach systemu dystrybucyjnego usługi są niezbędne dla konkurentów oraz nie istnieje żadna rzeczywista lub potencjalna alternatywa dla tego systemu, co spowodowane jest barierami technicznymi, ekonomicznymi lub prawnymi (tzw. niemożność zdublowania urządzeń kluczowych).

Powołując się na powyższe przesłanki, sąd odrzucił całkowicie argumenty powoda, uznając, iż w tej sprawie istniały inne drogi dystrybucji prasy, jak na przykład przesyłki pocztowe, sprzedaż w sklepach czy kioskach. Trybunał podkreślił także, iż alternatywne sposoby dystrybucji wcale nie muszą być tak samo atrakcyjne jak ten wypracowany przez Mediaprint.

Podsumowując zagadnienie przesłanek stosowania doktryny *essential facilities* na gruncie prawa europejskiego można wymienić cztery z nich⁶⁶:

- urządzenie kluczowe kontrolowane jest przez przedsiębiorcę o pozycji dominującej,
- urządzenie to jest niezbędne dla wzmocnienia konkurencji na rynku,
- zdublowanie urządzenia jest niemożliwe,
- podmiot dysponujący urządzeniem kluczowym ma faktyczną możliwość udzielenia do niego dostępu.

Chociaż pierwsza przesłanka nie została wyraźnie wyliczona w orzecznictwie TSUE, to jednak wynika ona z faktu, iż odmowa dostępu do urządzenia kluczowego stanowi nadużycie pozycji dominującej w rozumieniu przepisu art. 102 TFUE.

Analizując drugą przesłankę, należy stwierdzić, iż podmiot gospodarczy o pozycji dominującej, posiadający urządzenie, jest zobowiązany dzielić się nim tylko wtedy, gdy jest ono kluczowe dla całości konkurencji i jednocześnie zwiększa efektywność ekonomiczną. Natomiast, gdy dane urządzenie nie jest niezbędne, wtedy odmowa dostępu wymusza jedynie na części konkurentach opuszczenie rynku, ale nie stanowi przy tym zagrożenia dla utrzymania na danym rynku konkurencji jako takiej.

Kolejnym warunkiem jest brak możliwości zduplikowania urządzenia czy uzyskania dostępu do podobnego urządzenia od innego niż dominujący przedsiębiorcy.

Jednak nawet w wyniku spełnienia trzech powyższych przesłanek, właściciel urządzenia kluczowego nie zostanie prawnie przymuszony do udzielenia dostępu, jeżeli nie istnieje realna możliwość takiego działania.

Podsumowanie

Doktryna *essential facilities* powstała w Stanach Zjednoczonych i choć jej korzenie sięgają orzecznictwa amerykańskiego XIX w., to dopiero w latach siedemdziesiątych XX w. zrodziła się idea przejścia doktryny urządzeń kluczowych na grunt prawa unij-

66 J. Majcher, *op. cit.*, s. 139; cf. C. Nagy, *op. cit.*, s. 681.

nego. Szczególną rolę w recepcji owej konstrukcji prawnej odegrała Komisja Europejska, która w 1992 roku po raz pierwszy wyraźnie odwołała się do doktryny urządzeń kluczowych w decyzji dotyczącej *B&I Line and Sealink Stena*.

Pomimo pojawiającej się w literaturze ostrej krytyki⁶⁷, należy uznać, iż doktryna *essential facilities* przynosi wymierne korzyści dla unijnej konkurencji i winna być postrzegana pozytywnie⁶⁸. Zapobiega bowiem umacnianiu pozycji dominującej i zmusza przedsiębiorcę posiadającego urządzenie kluczowe do otwarcia konkurencji na samego siebie. Poza tym stanowi również ważny instrument wspomagający proces liberalizacji gospodarki. Co więcej, doktryna *essential facilities* nie powinna być postrzegana w kategoriach ograniczania swobody zawierania umów przez przedsiębiorców czy powszechnej zasady wyboru kontrahentów, gdyż jedynie kumulatywne spełnienie ściśle określonych przez TSUE przesłanek może skutkować nałożeniem na przedsiębiorcę obowiązku udzielenia dostępu do posiadanego urządzenia kluczowego.

Sprawa *Microsoft* będąca pretekstem, a zarazem inspiracją niniejszej publikacji, niewątpliwie ugruntowała pozycję doktryny urządzeń kluczowych w prawie unijnym. Komisja w decyzji dotyczącej sprawy *Microsoft* nie odwołała się bezpośrednio do doktryny *essential facilities*, niemniej oparła się na linii orzeczniczej wypracowanej we wcześniejszych sprawach, m. in. *Ladbroke* oraz *Oscar Bronner*, uważanych za źródło doktryny *essential facilities* w prawie unijnym. Co więcej, Komisja, analizując okoliczności odmowy udostępniania informacji przez spółkę Microsoft, skorzystała z elementów testu wypracowanego w sprawie *Oscar Bronner*: warunku niezbędności urządzenia, wykluczenia efektywnej konkurencji oraz braku obiektywnego uzasadnienia odmowy⁶⁹. Natomiast Sąd, oddalając późniejszą skargę spółki Microsoft na decyzję Komisji, uznał za udowodnione ustalenia Komisji dotyczące naruszenia przez Microsoft art. 82 TWE m. in. w zakresie odmowy udzielania informacji dotyczących interoperacyjności systemów operacyjnych. Należy zatem uznać, iż Sąd w wydanym orzeczeniu ugruntował istnienie doktryny *essential facilities* w europejskim prawie konkurencji, wskazując jednak, że należy ją stosować z dużą ostrożnością i tylko w określonych, szczególnych okolicznościach.

67 Doktryna *essential facilities* spotyka się w literaturze z bardzo skrajnymi ocenami. Jej przeciwnicy zarzucają jej brak możliwości faktycznego zastosowania, niebezpieczeństwo wprowadzenia za jej pomocą niepewności na rynku i osłabienie bodźców do innowacji. Uważają, iż instrument w postaci osobnej doktryny jest po prostu zbyteczny, a istniejący art. 102 TFUE wystarczająco skutecznie pozwala uregulować stan faktyczny spraw dotyczących dostępu do urządzeń kluczowych; v. R. Whish, *Competition Law*, Butterworths 2003, s. 668.

68 Komisarz ds. Polityki Konkurencji określił wręcz doktrynę *essential facilities* jako jedno z najważniejszych dóbr zaimportowanych ze Stanów Zjednoczonych do Unii Europejskiej w latach dziewięćdziesiątych: „Indeed, it could be said that In the 90ies the essential facilities doctrine has been one of the US’s most successful exports to the European Union”, M. Monti, *Antitrust in the US and Europe: a History of convergence*, General Counsel Roundtable American Bar Association Washington DC, 14 November 2001.

69 Decyzja KE w sprawie *Microsoft* COMP/C-3/37.792, pkt 554 i 558.

SUMMARY

Essential facilities doctrine in European Union Law

Formed at the end of the nineteenth century in the United States, the essential facilities doctrine was created to prevent the refusal of access to certain key equipment, which is used as an instrument to secure the dominant position of the undertaking in those markets where the emergence of competition is strictly related to obtaining access to key device. The author describes the initiation in the 1970's of the acquisition of the American doctrine by European Union law by focusing on the role of the European Commission and the Court of Justice of the European Union in this process. Both American and European premises for an application of the essential facilities doctrine are presented, as well as its advantages and disadvantages.

KEYWORDS: European Union Law, American law, Essential facilities doctrine

OLGA GERLICH
UNIVERSITY OF WROCLAW

State Immunity or State Impunity? Human Rights and State Immunity Revisited in the ICJ's Judgment on the Case of the Jurisdictional Immunities of a State

State immunity is not a right but rather a prerogative or privilege; it cannot be upheld in a way that leads to manifest injustice¹

In its recent judgment on the case of *the Jurisdictional Immunities of the State* between Germany and Italy², the International Court of Justice dealt with the issue of the relationship between the immunity of states before national courts, and the protection of fundamental human rights. One of the most relevant matters presented by the parties to the court involved the question of the binding force of the *ius cogens* exception to state immunity. The ICJ rejected this concept, stating that immunity must be granted to the perpetrator state even in cases of severe human rights violations amounting to violations of peremptory norms of international law. Although this decision was largely anticipated, the Court's formalistic approach was met with a wave of criticism from human rights advocates. This paper seeks to evaluate the Court's line of argumentation, analyze the major points of critique of the decision and consider its impact on public international law.

Factual background

The case focused on the atrocities committed against Italian citizens by the German Reich between 1943 and 1945. These included massacres, deportations and submission of the civilian population in Italy to forced labour. The Republic of Germany undertook a number of legislative efforts to compensate the victims of the national so-

1 Dissenting Opinion of Judge Trindade – the case of *the Jurisdictional Immunities of the State* between Germany and Italy.

2 Judgment of 3 February 2012 on the case of *the Jurisdictional Immunities of the State* between Germany and Italy.

cialist regime. They included the Federal Compensation Law of 1953, agreements between the Republics of Germany and Italy of 1961, as well as the establishment of the “Remembrance, Responsibility and Future Foundation” of 2000 in the federal law. Still, many Italian victims did not qualify for any of these reparation programs on various grounds.

The direct reason for bringing the dispute before the ICJ were the proceedings commenced by the Italian Courts. In 1998, Mr. Luigi Ferrini, an Italian national arrested and deported to Germany in 1944, instituted proceedings before the Court of Arezzo in Italy. After the case was considered in two instances, the Italian Court of Cassation issued a final judgment stating that Mr. Ferrini should be granted compensation from the German State. Following this judgment, the Italian Court of Cassation confirmed its jurisdiction over the claims against the German Republic in a case concerning Giovanni Mantelli and others as well as in the proceedings brought against Mr. Milde, a member of the special division of German armed forces responsible for the massacres in Civitella, Val di Chianna, Cornia and San Pancrazio.

The case before the ICJ was further based on proceedings brought before Italian courts involving Greek nationals. The families of victims of the massacre at the Greek village of Distomo obtained favorable judgments in proceedings against Germany before Greek courts, which awarded them compensation. However, the judgments could not be executed due to the provision of the Greek Code of Civil Procedure requiring the authorization of the Minister of Justice to enforce a decision against a foreign state. After unsuccessful attempts before German courts, the victims sought enforcement in Italy. It was granted in 2005 by the Court of Appeal in Florence and confirmed by the Court of Cassation. Pursuant to the decision, the claimants filed for measures of constraint to be taken against Villa Vigoni, a property of the Republic of Germany in Italy.

State Immunity

State immunity protects a state and its property from the exercise of jurisdiction by foreign domestic courts. It is divided into *jurisdictional immunity* which protects a state in administrative, civil and criminal proceedings, and *enforcement immunity* which covers the measures of enforcement of the judicial decisions³. Sovereign immunity is distinct from immunity of heads of states and diplomatic immunity, although all those types of immunity are closely related. State immunity is largely accepted as part of customary international law, which was confirmed in the ICJ’s judgment in the case of *Jurisdictional Immunities*.

3 P. T. Stoll, *State Immunity*, “Max Planck Encyclopedia of Public International Law”, 2011.

The concept of state immunity is drawn from the principles of the sovereignty of states and their equality which is reflected in the notion “*par in parem non habet imperium*” formulated by Bartolus de Saxoferrato as far back as 1354. With time, state immunity was regarded less and less as an absolute privilege. Several restrictions to the principle have been accepted by the international community. Firstly, immunity can be waived with the explicit consent of a state (*waiver of immunity*). Secondly, state immunity covers *acta iure imperii* exclusively, sovereign acts of state, which are to be distinguished from the notion of *acta iure gestionis*, covering the realm of the commercial activities of a state. The other possible limitation to state immunity would be applicable in cases of violations of human rights. This limitation was first discussed in the *Pinochet Case* before the UK House of Lords and in the *Arrest Warrant* case before the ICJ. However, the immunity of heads of states was the central issue in these disputes and the relevance of their effects on state immunity is disputable. The question was recently raised in the Al-Adsani case before the European Court of Human Rights, dealing with state immunity from the alleged violation of the prohibition of torture.

The *Ius Cogens* Exception

The idea that international law shall not accord immunity before domestic courts to a state which commits violations of fundamental human rights is based on the theory of the normative hierarchy of international law. Art. 53 of the Vienna Convention on the Law of Treaties⁴ provides that a peremptory norm of general international law, accepted and recognized by the international community of States as a whole and from which no derogation is permitted (*ius cogens*), prevails over any norm of international law which is inconsistent with it. As jurisdictional immunity does not have the status of a peremptory norm, it ranks lower in the hierarchy of international law and must give way to a *ius cogens* norm when such a situation arises. In the discussed case, the power of *ius cogens* to derogate colliding norms would extend beyond the direct inconsistency of obligations under international law and would also include any overriding obligations that impair the effectiveness of the norm⁵. The proposition of primacy of *ius cogens* over state immunity finds as much support⁶ as opposition among scholars. An animated academic

4 155 U.N.T.S. 331, 8 I.L.M. 679.

5 A. Mills, K. Trapp, *Smooth Runs the Water where the Brook is Deep: The Obscured Complexities of Germany v Italy*, “Cambridge Journal of International and Comparative Law” vol. 1, 2012, p. 153,160; M. Karagiannakis, *State Immunity and Fundamental Human Rights*, “Leiden Journal of International Law” vol. 11 no. 1, 1998, p. 9, 19.

6 Cf. A. Orakhelashvili, *State Immunity and Hierarchy of Norms: Why the House of Lords Got It Wrong*, “European Journal of International Law” vol. 5, 2007, p. 955; L. McGregor, *Torture and State Immunity: Deflecting Impunity, Distorting Sovereignty*, “European Journal of International Law” vol. 5, 2007, p. 903; A. Belsky, M. Merva, N. Roht-Ariaza, *Implied Waiver under*

discussion of this concept evolved after the delivery of a judgment in the *Al-Adsani* case⁷. As the concept of the primacy of *ius cogens* over state immunity was rejected by the Court with a small majority (9-8), it is not seen as a final resolution of the dispute.

Apart from the argument of the derogating power of *ius cogens*, the supporters of the concept emphasize the effect of peremptory norms for state recognition⁸. As laid down in Art. 41 of the ILC's Articles on State Responsibility⁹, states are precluded from recognizing as lawful any situation which is an outcome of a breach of an *ius cogens* norm. Thus, granting immunity to a state in cases of violations of fundamental human rights would amount to recognizing such a situation and assisting in the upholding of it.

Another argument implies the existence of the so-called implied waiver of immunity¹⁰. It is based on the fact that immunity before domestic courts is not absolute and can be waived by the state. This approach is explained by a two-fold argumentation. Firstly, it is assumed that the state by implication waives its immunity by committing an act which constitutes a violation of a *ius cogens* norm of international law. Secondly, by ratifying a treaty on human rights provisions, states bound themselves to providing effective remedies for individuals in cases of violations of these rights. Under such circumstances, the obligation to protect human rights translates into an implied waiver of immunity before national courts. It must be noted that the general idea of a waiver of immunity was heavily criticized and declared to be unconvincing¹¹.

The Judgment

In the judgment delivered on 3 February 2012, the ICJ decided in favor of the Applicant. It stated that Italy failed to respect Germany's immunity under international law in three instances: (i) by allowing the civil claims based on violations of international humanitarian law committed between 1943-1945 to be brought against Germany before Italian Courts; (ii) by taking measures of constraint against Villa Vigoni, a property of the German state in Italy; and (iii) declaring as enforceable the decisions of Greek courts, which were based on violations of international humanitarian law in Greece. During

the FSIA: A Proposed Exception to Immunity for Violations of Peremptory Norms of International Law, "California Law Review" vol. 77, 1989, p. 365; For opposing views cf. L.M. Caplan, *State Immunity, Human Rights and Ius Cogens. A Critique of the Normative Hierarchy Theory*, "American Journal of International Law" vol. 97 2003, p. 741; H. Fox, *The Law of State Immunity*, Oxford 2005.

⁷ *Al-Adsani v. United Kingdom* 2001; Appl. no. 35763/97, ECHR 752.

⁸ A. Orakhelashvili, *op.cit.*, p. 967.

⁹ *Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, UN Doc. A/56/10, adopted by the International Law Commission at its fifty-third session (November 2001).

¹⁰ V. Belsky, M. Merva, N. Roht-Ariaza, *op.cit.*

¹¹ J. Bröhmer, *State Immunity and The Violation of Human Rights*, Hague 1997, p. 190-193; Karagiannakis, *op.cit.*, p. 21.

the proceedings, Italy claimed as part of its defence that international law had developed certain exceptions to the principle of sovereign immunity, applicable to the case at hand. The derogations which they invoked, and which were subsequently rejected by the Court, were the 'territorial tort principle' and the exception based on the particular nature of violations of fundamental human rights, the subject-matter of the case¹².

The Court examined Italy's argument in three strands that, according to their claims, would cumulatively result in an exception to the rule of state immunity¹³. Firstly, the acts giving rise to the Italian claims constituted grave violations of humanitarian law, amounting to war crimes or crimes against humanity. Secondly, the rules of law which were violated constitute peremptory norms of international law. Thirdly, the lack of any other form of redress rendered the exercise of jurisdiction by the Italian court to be a measure of last resort for the Italian victims.

Gravity of violations

In the first strand, the ICJ denied customary status to the public international law norm under which, as claimed by Italy, state immunity does not apply where a claim concerns redress for alleged violations of international human rights or humanitarian law. According to the Court, apart from the decisions of the Italian and Greek courts, there is almost no example of state practice to support this claim. In order to draw this conclusion, the Court carefully analyzed the judgments of domestic courts involving the question of state jurisdiction in cases of alleged human rights violations¹⁴, as well as the relevant treaty law¹⁵. After considering national case law, the Court concluded that states were likely to support the notion of state immunity and found almost no proof of practice to the contrary. With regard to treaty law, the United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property¹⁶ was the subject of thorough examination by the Court. Violations of human rights were explicitly discussed as a possible exception to state immunity, yet this was not included in the final draft of the Convention as the matter was "*not yet ripe*" for codification¹⁷.

This approach was criticized by Judge Yusuf in his dissenting opinion and described by him as a "*cherry-picking*" approach¹⁸. Given the limited amount of applicable case law and

12 Judgment on the case of *the Jurisdictional Immunities of the State* between Germany and Italy, para. 64-108.

13 *Ibidem*, para. 80.

14 *Ibidem*, para. 83.

15 *Ibidem*, para. 88-89.

16 UN Doc. A/RES/59/38.

17 Judgment on the case of *the Jurisdictional Immunities of the State* between Germany and Italy, para. 89.

18 Dissenting Opinion of Judge Yusuf – the case of *the Jurisdictional Immunities of the State* between Germany and Italy, para. 23.

the conflicting domestic decisions on application of this exception, the arguments of the Court were rather unpersuasive as the other exceptions to state jurisdiction were accepted by it as part of customary international law, despite the similar circumstances of their application. Moreover, as the applied approach was based on a comparison of the number of reasons ‘for’ and ‘against’ the exception, it is hard to substantiate the Court’s decision not to take into proper consideration the decisions of the Italian and Greek courts¹⁹.

Having dealt with the question of the existence of customary international law supporting the argued exception to the principle of state immunity, the Court turned to a more systematic argument regarding the consequences of the *ius cogens* norms involved in the case.

State immunity as a procedural rule

The Court employed clear and logical reasoning. The question of immunity is preliminary in nature, thus a domestic court must determine if the immunity is granted to a state, before it proceeds to the merits of the case. However, if the question of immunity were dependent upon the determination of whether human rights or humanitarian law violations had occurred, the court would be compelled to inquire into the merits of the case, thus exercising its jurisdiction²⁰.

The Court established that the arguments of the Parties relied on the premise of the existence of a conflict between the violation of peremptory norms of international law, on the one hand, and the rules of state immunity on the other. In the opinion of the Court, no such conflict exists as these norms address entirely different matters²¹. While state immunity constitutes a “*rule essentially procedural in nature*”, the peremptory norms are of a substantial character²². The distinction between procedural and substantial rules is not new to the jurisprudence of the ICJ²³. It has also been drawn upon in decisions of regional²⁴ and domestic courts²⁵ dealing with the issue of the alleged conflict between *ius cogens* norms and immunity of state, and has also been advanced in its legal literature²⁶.

However, it is far from obvious which norms of international law are to be of “*procedural character*”. Some scholars, like Stefan Talmon, have attempted to compile a catalogue

19 *Ibidem*, para. 24.

20 Judgment on the case of *the Jurisdictional Immunities of the State* between Germany and Italy, para. 82.

21 *Ibidem*, para. 93.

22 *Ibidem*.

23 In the *Arrest Warrant Case* the ICJ held that “*Immunity from criminal jurisdiction and individual criminal responsibility are quite separate concepts. While jurisdictional immunity is procedural in nature, criminal responsibility is a question of substantive law.*”.

24 In the *Al-Adsani* case involving the freedom from torture the ECtHR decided that state immunity is “*to be seen not as qualifying a substantive right but as a procedural bar on the national courts’ power to determine the right.*”

25 *Jones v. Ministry of Interior of the Kingdom of Saudi Arabia*, 1 AC 270, para. 44-45.

26 H. Fox, *op.cit.*, p.525.

of such norms²⁷. Others, like A. Orkasheshvili, deny even the possibility of categorizing the norms of international law, as no clear criteria has hereto emerged upon agreement of states²⁸. Moreover, the usefulness of this distinction for the practice of international law has also been the subject of academic disputes and even Greece, the non-partisan intervener, claimed the distinction to have “*no logical or, still less legal consequence*”²⁹.

Apart from those contestations, another question arises as to whether the employment of this strict “substantial-procedural” distinction, which results in barring proceedings from providing a remedy for violations of human rights, was appropriate in terms of being incompatible with the universally accepted idea of justice.

The “Last resort” argument

The last Italian argument implied that Germany was to be denied immunity as the victims were deprived of any remedies to preserve the realization of their individual right to reparation for grave violations of human rights and humanitarian law.

According to the Court, this argument was also flawed. Once again, the “substantial-procedural” was employed. Immunity before foreign domestic courts is to be regarded as a totally separate question from the issue of obligations arising from its responsibility under international law³⁰. Moreover, the Court found no basis in customary international law for requiring the existence of alternative means of securing redress for a state’s entitlement to immunity³¹. In any case, following the Italian argument, the ICJ found a difficulty in the practical realization of such an approach. The mere fact that the victims received no redress is not decisive, as long as the inter-state discussions were still ongoing and were showing the prospect of success³². In such cases, the right to immunity shall prevail. The problem lies in determination of the point when the prospect of such an outcome ceases to exist.

In his dissenting opinion, Judge Trindade elaborated on the problem of the notion of the right to access to justice presented to the parties in the dispute³³, which was not given

27 Such a catalogue would include *e.g.* rules on the establishment and composition of a court, its jurisdiction, admissibility of claims or application, rules concerning preliminary objections, implementation of international responsibility. Moreover, according to the author the “rules of procedural nature” are not identical in content with rules of procedure or procedural law; S. Talmon, *Ius Cogens after Germany v. Italy, Substantive and Procedural Rules Distinguished*, “Bonn Research Papers on International Law” no. 4, 2012.

28 A. Oraksheshvili, *op.cit.*, p. 968.

29 Written Statement of the Hellenic Republic.

30 Judgment on the case of *the Jurisdictional Immunities of the State* between Germany and Italy, para. 100.

31 *Ibidem*, para. 101.

32 *Ibidem*, para. 102.

33 Dissenting Opinion of Judge Trindade – the case of *the Jurisdictional Immunities of the State* between Germany and Italy, para. 73.

much attention in the judgment. He observed that the parties understood this in very different terms. Germany construed it narrowly, arguing it should be restricted to access to the judicial system of the forum state without discrimination and with full procedural rights³⁴. Italy argued that it comprises both the right to establish the judicial proceedings and the individual right to reparation³⁵. Judge Trindade associates this disagreement with the bigger problem of understanding the notion³⁶. Following the assertion of the ECtHR in the *Hornsby v. Greece Case*³⁷, he contends that the right to receive reparation should be seen as one of the essential components of the right to access to justice, providing its full realization.

Positivism versus Human Rights?

When considering Germany's claim to immunity, the Court employed a positivistic, source-oriented attitude which is deeply rooted in the tradition of international law. However, it must be observed that this formalistic attitude contravenes some basic concepts of human rights and humanitarian law such as the right to effective remedy, right to compensation for damages resulting from serious breaches of humanitarian law or protection from denial of justice.

This calls into question whether this approach is appropriate in cases seeking redress for violations of fundamental human rights. At first glance, it could be stated that a banal issue of logic³⁸, considered in an *a priori* position, in disregard of its consequence and purpose, led to a contravention of fundamental values, and in fact of injustice. This fact was a particular point of criticism of the supporters of the more value-oriented view of international law, also within the Court itself (see the dissenting opinion of Judges Trindade and Yusuf).

International law is state centered. This is a fact. Although new actors emerge in the arena of international relations, the position of states as the main actors remains unchanged. The principle of state immunity, created to safeguard states' special position in international relations, stems from this state – centric approach. But it is also a fact that the extent of state immunity has evolved. From its original position as an absolute, it has shrunk to immunity restricted by numerous exceptions. Another remark on the evolution of international law would be that the weight that was once attached to the prerogatives of states, as projected in Jean Bodin's vision of state sovereignty, has

34 Reports of Judgments and Decisions 1997-II – Judgment of 19 March 1997.

35 Dissenting Opinion of Judge Trindade – the case of *the Jurisdictional Immunities of the State* between Germany and Italy, para. 77.

36 *Ibidem*, para. 221.

37 Reports of Judgments and Decisions 1997-II – Judgment of 19 March 1997.

38 Judgment of 3 February 2012 on the case of *the Jurisdictional Immunities of the State* between Germany and Italy, para. 82.

moved towards their obligations as members of the international community. The decision to uphold state immunity in cases of human rights violations, grounded upon formalistic grounds, could be seen as a step towards the fossilization of the state – orientated concept of international law. Some practical difficulties in supporting the position of denial of state immunity in cases of human rights violations have been pointed out. A. Orakhelashvili identifies the deterioration of bilateral relations between the forum state and the perpetrator state among the possible risks as well as the flood of litigation when the victims come to the relevant forum state to sue the perpetrators³⁹. These would justify considering the approach applied by the Court as a “*conflict avoidance technique*”, resorted to in order to avoid the questions of normative hierarchy⁴⁰, which along with “*excessively formalistic*”⁴¹ or “*illusory*” are only a few of the many adjectives used to describe the attitude taken.

Conclusions

In 1933, Walter Wheeler Cook, author of numerous publications on the methodology of law, argued that the “substance-procedure” distinction has no “necessary” content; that there is no objective line which must be “discovered” and indeed, that different lines are drawn in different contexts⁴². Implying that this had been the Court’s assumption, one could conclude that the Court had discovered the line regarding *Jurisdictional Immunities of the State* and decided that state immunity should prevail. The paper does not aim to dispute this decision, as it is appreciated that a number of factors based on the facts of the case were considered by the Court.

However, it could be argued that the Court could have adopted a different approach, namely to preserve state immunity on the basis of an *a priori* “substance-procedure” distinction, disregarding the importance and normative value of the principles at stake. The author of this paper would rather suggest a case-by-case approach which would allow a drawing of the line between the substance and the procedure. Such a line would be construed upon a balancing of the values at issue, which would be more appropriate. Referring to the title of the paper, “*in practice immunity leads to de facto impunity*”, as observed by Judge van den Wyngaert, an *ad hoc* Judge in the *Arrest Warrant Case*⁴³. Applying an *in casu* approach to the “substance-procedure

39 Orakhelashvili immediately rejects the argument of both risks stating that no firm evidence in favor of the first can be provided, while the avoidance of the latter is safeguarded by the *forum non conveniens* principle.

40 P. Webb, *Human rights and the Immunities of State Officials*, [in:] *Hierarchy of International Law: the Place of Human Rights*, ed. E. de Wet, J. Widma, Oxford 2012, p. 300, 308.

41 L. McGregor, *op.cit.*, p. 911.

42 *Cit. per.* A. Mills, K. Trapp, *op.cit.*, p.163.

43 Dissenting Opinion of Judge van der Wyngaert the case of the *Arrest Warrant*, para. 34.

re” distinction would help to avoid such controversy as it would allow for a balancing of the competing interests and arguments, previously barred on notional and formalistic grounds. Furthermore, it would not contravene the idea of distinction itself as its functions and content are largely justified, which has already been demonstrated.

SUMMARY

State Immunity or State Impunity? Human Rights and State Immunity Revisited in the ICJ’s Judgment in the Case of the Jurisdictional Immunities of a State

The paper aims to comment on the judgment of the International Court of Justice of 2nd February 2012 in the case of *Jurisdictional Immunities of the State* between Germany and Italy from the perspective of the problem of jurisdictional immunity. In its decision concerning compensation for atrocities suffered by Italian citizens during World War II granted by Italian courts against the German State as well as the execution of the analogical decisions of Greek courts, the International Court of Justice upheld the immunity of the German State. The compensation sought by the plaintiffs in the national proceedings was to redress massacres on the civil population, deportations and forced labour. In its decision the Court analyzed the exception proposed by Italy in three strands which, according to the Respondent, cumulatively would result in an exception to the rule of state immunity. Firstly, the acts giving rise to the Italian claims constituted grave violations of humanitarian law; secondly, the rules of law violated constitute peremptory norms of international law; thirdly, no other form of redress was available rendering the exercise of jurisdiction by the Italian court to be a measure of a last resort for the victims.

KEYWORDS: International Court of Justice, state immunity, human rights

TOMASZ LEWANDOWSKI
ADAM MICKIEWICZ UNIVERSITY POZNAŃ

Can mouse clicking be seen as involvement in armed conflict? Some notes on the direct participation in hostilities in cyberspace

The history of the conduct of hostilities is tightly related with technological development. Over the centuries man has looked for more effective methods which could help him overwhelm his enemies without taking too many losses. Military technologies are particularly designed to put the man out of the loop. This is why gunpowder, sniper rifles, dynamite, rockets, torpedoes were invented. This is also how drones and robotics are developed. Contemporary armed conflicts rely greatly on new technologies which enable the participation of hostilities from a distance even by eliminating the human factor outside of the real battlefield. This phenomenon causes a lot of risks for the potential victims of modern armed conflicts. It also creates difficulties with the effective implementation of the international humanitarian law of armed conflicts (IHL) which was designed due to the collision between the art of warfare and issues of dignity and human compassion.

IHL is based on two groups of laws – the Geneva law and the Hague law. The first seeks to protect the victims of armed conflicts mainly civilians, while the latter provides guidelines on the conduct of hostilities mainly by the means and methods of warfare. The main foundation of this branch of international law is to distinguish persons who are legitimate, allowed to participate in hostilities and therefore permitted to being attacked and killed from those who are protected against attack and who therefore should not be taking a part in hostilities. Simply IHL is based on the differentiation between combatants and civilians. Civilians as all persons who are not members of the armed forces or party to the conflict nor participants are the most protected group of persons protected under IHL.

Again the history of warfare shows that the role civilians play in it is increasing rapidly. Moreover, it often takes the form of direct participation. Traditionally, direct participation in hostilities was associated with situation of civilians actually fighting against the enemy using similar methods as combatants. However, the new perspective of di-

stance hostilities enabled civilians to perform hostile acts without being present on the battlefield. As the consequence of new technologies development led by the invention of computers and the Internet, the concept of the battlefield has transferred from reality to cyberspace¹.

The Internet is an acronym of an inter-network which generally may be described as a worldwide computer network, also known as a network of networks². The spread of the Internet encourages the development of technologies enabling individuals to perform almost every kind of activity. It has mostly a positive effect on world development and globalization; however there is also a less glamorous aspect of cybernetic human activity. The Internet enables people from all around the world³ not only to communicate and share ideas but recently also to participate in hostilities. Governments seek to use the facilities given through such networks to obtain a military advantage on the battlefield. However, this process requires a level of knowledge and abilities greatly exceeding those of standard combatants. The special training of member states armed forces is really expensive and long, therefore it is obvious that the military needs a civilian factor to perform activities in cyberspace requiring IT skills of the best quality. The problem lies in the eventual identification of such activities as a form of direct participation in hostilities which “refers to conduct which if carried out by civilians, suspends their protection against the dangers arising from military operations”⁴.

This article addresses the issues of direct participation in hostilities (DPH) in cyberspace. In the first part it discusses the impact of technological development on the activation of the civil factor during armed conflicts. It seeks to answer the question why civilians perform hostile acts through cyber network attacks. Then in the second part by analyzing the current practice of cyber conflicts it refers to the concept of direct participation in hostilities and its constituent elements (threshold of harm, direct causation, and belligerent nexus) at the cybernetic level. The third and final part examines the possibility of the loss of protection, in particular, it addresses the issues related to its temporal nature and the question of means and methods of attacking civilians involved in cyber warfare.

1 The vast array of public and private networks connecting computers and users all over the globe; D. E. Denning, P. P. Macdoran, *Grounding Cyberspace in the Physical World*, [in:] *Cyberwar: Security, Strategy and Conflict in the Information Age*, ed. A. D. Campen, Fairfax 1998, p. 119.

2 A. S. Tannenbaum, *Sieci komputerowe*, Gliwice 2004.

3 As of 2011 Internet World Stats, more than 2.1 billion people – nearly a third of Earth’s population – use the services of the Internet.

4 N. Melzer, *Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law*, Geneva 2009, p. 12.

Civilians directly participating in hostilities

The customary rule states that civilians are not the object of any attack unless directly participating in hostilities⁵. Therefore it is obligatory to begin with defining civilians as all persons who are not or no longer either members of the armed conflicts of a party to the conflict or participants in a *levée en masse*⁶. Civilians take part in hostilities in different ways ranging from an indirect general contribution to war efforts to exact belligerent activities performed on the battlefield. Not all civilian behaviour can be qualified in a category of direct participation in hostilities in a context given by IHL. Such a qualification depends on the circumstances prevailing at the relevant time and place. Moreover, such a qualification does not affect a person's status, therefore a civilian cannot be transformed into a combatant simply by directly participating in hostilities. Civilians are not prohibited to take a part in hostilities, they are not however also permitted to do so. However, there are situations in which civilians actually participate in hostilities and they do it really actively. I leave the topic of civilians performing a continuous combat function during non-international conflicts, I simply focus on the issue of civilians spontaneously deciding to actively participate in hostilities especially in cyberspace. They can be divided into two groups: private contractors working on behalf of belligerent armed forces⁷ and freelancers – talented hackers working on their own behalf.

Cyberspace gives a great opportunity to perform different acts against the enemy. These include illegal exploration, hacking, cyber crimes, hacktivism, espionage, terrorism, warfare⁸. Civilians can do it intentionally or unintentionally. Intentional actors intend to compel an opponent to fulfil a national will, executed against an opponent's computer and software systems⁹. Unintentional cyber actors are civilians who unintentionally attack but affect national security and are largely unaware of the international ramifications of their actions¹⁰. This includes cyber infiltration, penetration of the defen-

5 J.M. Henckaerts, L. Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, vol. I, Cambridge 2005.

6 N. Melzer, *op. cit.*, p. 30; *V. ICTY, Prosecutor v. Blaskic, Case no. IT-95-14-T, Judgement of 3 March 2000, para. 180.*

7 This group however is recruited, regardless of form, by the armed forces. Therefore, such an authorization of civilians direct participation in hostilities by state causes a transformation from civilian into a member of the armed forces/combatant status. *V. Report DPH 2003 p. 4 f.; Report DPH 2004, p. 11 f., 14; Expert Paper DPH 2004, p. 8 ff.; Report DPH 2005, p. 74 ff and 80 f.; Background Doc. DPH 2005, WS VIII-IX, p. 17.*

8 N. Solce, *The Battlefield of Cyberspace: The inevitable New Military Branch – The Cyber Force*, "Albany Law Journal of Science & Technology" 18 2008, p. 293, 301.

9 Therefore, if working under a government order they may be recognized as members of armed forces; *v. D. Alford Jr., Cyber Warfare: Protecting Military Systems*, "The Journal of Defense Acquisition University" no. 2, 2000, p. 105.

10 *Ibidem.*

ces of a system. Sometimes they can be influenced and manipulated by intentional actors to participate in cyber operations¹¹.

Civilians start to actively participate in hostilities motivated by different factors. The first group may be described as “harmless”. It consists of users who do not intend to cause harm to a victim. Their motivations range from the simple will to perpetrate tricks, impress others, building a reputation, feelings of pleasure or a thrill, facing a challenge, possessing more knowledge and abilities¹². The second group ‘harmful’ consists of users who intend on causing loss based on political or antisocial motives or getting financial goals¹³. A civilian may act against its own state or against the enemy state. In both cases he/she commits a crime. His/her will to engage in a hostile attack may be an effect of dissatisfaction with a particular action or policy of the government. Civilians may just wish to object, sure to draw attention to the problem, as well as to fight the unjust, according to his/her assessment behaviour of the State. Their reasoning is based mostly on humanitarian and fraternal causes. This type of behaviour is called hacktivism¹⁴. It includes Distributed Denial of Service Attacks mostly on government websites as well as publishing some manifestos on them, which may be accomplished with only one computer in a multitude of ways. The extensive computer games industry is not without influence on the issue. It has facilitated the creation of so-called virtual soldiers, specializing in virtual war performed through Massive Multiplayer Online Games (MMOG or MMO). Frequently addicted to the game, they will, if having suitable hacking skills, try taking a virtual part in real hostilities. Often unaware of the consequences of their actions they treat it as an exciting form of an entertainment¹⁵. Others take even more drastic measures. They are often inspired by nationalistic or anarchist motives and simply seek to terrify and destroy the enemy. It is even more “tempting when hackers have the power to participate on the international scene”¹⁶. Despite these factors any civilian from teenage hacker to professional hacker taking part in criminal activity may have the skills necessary to create extensive damage to cyber infrastructure wherever in the world. Moreover, the danger arises when we take into consideration that any attack can be performed distantly and anonymously. Even the mere existence of such risk forces parties to a potential conflict to take measures to prevent and if necessary counter-attack.

11 *Ibidem*.

12 Examples of members of this group are pranksters and hackers.

13 Crackers, professional hackers (career criminals), hacktivists, cyber terrorists.

14 S. Wray, *Electronic Civil Disobedience and the World Wide Web of Hacktivism: A Mapping of Extra-parliamentarian Direct Action Net Politics*, A paper for The World Wide Web and Contemporary Cultural Theory Conference, Drake University 1998.

15 This may be described as a video game syndrome.

16 C. Kirby, *Hacking with a Conscience is a New Trend*, “San Francisco Chronicle” 20th November 2000.

Direct participation in hostilities in cyberspace

As it has been already mentioned direct participation in hostilities is restricted to specific hostile acts. It is necessary to underline that the IHL interpretation of the notion of direct participation in hostilities covers actions taken by civilians during existing armed conflict both of an international and non-international character. To be interpreted as such under IHL it has also to meet three cumulative conditions. Firstly, “the act must be likely to adversely affect the military operations or military capacity of a party to an armed conflict or, alternatively, to inflict death, injury, or destruction on persons or objects protected against direct attack (threshold of harm). Secondly, there must be a direct causal link between the act and the harm likely to result either from that act, or from a coordinated military operation of which that act constitutes an integral part (direct causation). Lastly, the act must be specifically designed to directly cause the required threshold of harm in support of a party to a conflict and to the detriment of another (belligerent nexus)”¹⁷.

These criteria do not cover only conventional participation in hostilities like using weaponry by civilians to attack the enemy but also activities like cyber network attack (CNA) or any civilian behaviour in cyberspace operated to “disrupt, deny, degrade, or destroy information resident in computers and computer networks, or the computer and networks themselves, which may be conducted over long distances through radio waves or international communication networks”¹⁸.

The threshold of the harm condition is met when there is an objective likelihood of harm as a result of action. This means that there is no necessity for the materialization of harm as such. Cyberspace gives a lot of opportunities which do not directly harm an enemy but could start a chain reaction of many consequences just to mention the possible results of an eventual attack on a power plant, public transportation system, health care system etc. Simply taking this into account a cyber network attack can be as deadly and hazardous as a traditional attack. It can inflict death, injury or destruction on persons or objects protected against a direct attack. Therefore, using a personal computer in order to cause harm for an enemy definitely suits the threshold of the harm requirement.

Direct participation in hostilities via the Internet mostly has a direct causal link between the act (hacking, DoS) and the harm itself. However, in order to qualify each action as one’s direct participation in hostilities a civilian must perform it him/herself. The mere facilitating of a general war effort is not enough to meet the direct causa-

17 These three criteria are constitutive elements of direct participation in hostilities developed in *Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law* p. 46–64.

18 The definition of CNA remains still inconsistent. However, for the purpose of this article the most suitable is the one from the Background Document DPH 2003 p. 15 ff. with references.

tion criterion. Any harm to the party of the conflict should be brought in one causal step. Moreover, even “where a specific act does not on its own directly cause the required threshold of harm, the requirement of direct causation would still be fulfilled where the acts constitutes an integral part of a concrete and coordinated tactical operation that directly causes such harm”¹⁹.

Thirdly, apart from these two objective requirements any direct participation hostilities shall consist of a third subjective element, precisely an act specifically designed to do so in support of a party to an armed conflict and to the detriment of another (belligerent nexus). Therefore, no conduct lacking a sufficient nexus to the hostilities could qualify as direct participation in hostilities²⁰. Civilians cannot directly participate in hostilities if they are totally unaware of the role they are playing in the conduct of hostilities. An example of such a situation in cyberspace is when a hacker unintentionally acting on behalf of the government thinking his task has nothing to do with the conduct of hostilities.

The first conflict which took place in cyberspace is the one in Kosovo²¹. During that conflict Serbian hackers (hacking groups such as Black Hand or Serbian Angel) used a wide range of means in order to stop the bombardment of Belgrade by NATO forces. They used the Internet for propaganda, communication, disinformation of the enemy, virus attacks, DoS, DDoS, e-mail bombing, so called Yugospams etc²². Even presuming the presence of the subjective hostile intent of hackers these examples cannot be interpreted as direct participation in hostilities because they lack the necessary threshold of harm (no adverse affect on the military capacity of NATO or infliction of death, injury or destruction on persons or objects protected against direct attack) as well as such mere propaganda can only be understood in terms of an indirect causal link because the eventual harm neither was brought in one causal step nor it was a part of a general Serbian strategy. Internet propaganda was also used by Pakistani hackers in their conflict with India in 1998. They attacked mostly the websites of nuclear concerns such as the Bhabha Atomic Research Center (BARC) or the India Gandhi Center for Atomic Research (IGCAR) as well as governmental websites²³. They also established online manuals for amateurs in order let them know how to attack Indian websites using mostly DDoS attacks²⁴. They even managed to steal some data on the Indian nuclear program²⁵. Such

19 Report DPH 2004, p. 5; Report DPH 2005 p. 35 f.

20 Report DPH 2005, p. 25.

21 D. E. Denning, *Activism, Hacktivism, and Cyberterrorism: the Internet As a Tool for Influencing Foreign Policies*, [in:] *Networks and netwars. The Future of Terror, Crime, and Militancy*, ed. J. Arquilla, D. Ronfeldt, Santa Monica 2001, p. 248.

22 Ibidem, p. 240.

23 R. Visvesvaraya Prasad, *Hack the hackers*, “Hindustan Times” 19th December 2000.

24 S. Bhattacharjee, *War in cyberspace*, “The Indian Express” 31st May 2002.

25 S. Sristava, *Indo-Pak war raging in cyberspace*, “The Times of India” 3rd January 2002.

behaviour comparing to that of Serbian hackers reaches the necessary threshold of harm as well as other two requirements. Therefore, it may be described as direct participation in hostilities.

One of the most extensive cyber conflicts took place between Israel and Palestine. Palestinian hackers launched an open campaign against Israel called Electronic Intifada and one of the hackers group called Unity established a four year program of internet war in order to destroy the Israeli's internet infrastructure²⁶. Israeli hackers responded with DDoS attacks actively blocking six Hezbollah websites. Cyberspace military actions became one of the priorities for the Israeli army at the beginning of the 21st century²⁷.

Direct participation in hostilities does not only include the immediate execution phase like hacking, performing DDoS or taking control over the enemy's information system but also preparatory measures taken to execute an act itself as well as the deployment to and return from the location of its execution, where they constitute an integral part of such a specific act or operation²⁸. This concerns especially hackers specialized in virus creation. Before launching a virus attack it is necessary to produce them. Such conduct may be seen as a preparatory measure in order to perform a direct attack. However, there are also situations in which the virus is simply bought from a creator and then used by a totally different person or entity. Unless a creator has knowledge about his client's aims he should be held liable as the mere creation of a virus which does not fulfil the threshold of the harm requirement is still a part of the operation as such adversely damaging the opponent. Of course buying computers and items necessary to perform a cyber network attack as well as learning abilities or gathering intelligence to do so can be seen as a preparatory measure but only if it directly aims to perform an attack.

The deployment and return after the execution of a specific act of direct participation through the Internet generally does not include geographic displacement. However, if the perpetrator after committing an attack performs the actions in order to hide his presence in the web or simply eliminate all the traces it shall be seen from this perspective as a form of deployment and return. The same can be said about blocking of eventual pursuit. The direct participation in hostilities therefore begins with the first action taken in order to attack the enemy, it finishes when a civilian stops to attack and separates him/herself from the action.

26 C.J. Gentiler, *Hacker War Rages in Holy Land*, "The Wired" 8th November 2000.

27 Ibidem.

28 Report DPH 2006, p. 54-63.

Loss of protection as a consequence of direct participation in hostilities in cyberspace

Civilians enjoy protection against direct attack unless and for such a time as they take a direct part in hostilities (taking into account preparatory measures and deployment and return after its execution)²⁹. In other words their protection is temporarily suspended. What is necessary to mention is the fact that a civilian can regain his/her protection anytime. In order to do so he/she has to stop participating in hostilities. In the case of any doubt, a civilian must be seen as the one not directly participating in hostilities. Every civilian's behaviour must be interpreted in good faith due to the just assessment of the prevailing circumstances. This is a difficult task especially in cyberspace. Taking into the consideration hacking skills which enable camouflage the identity of a civilian may create a long path for attack including a cross-border attack. In order to evaluate each of the examples it is necessary to have also some knowledge and abilities about cyberspace and cyber network attacks. It is extremely hard to establish which from the mouse clicks was the first and started a civilian's direct participation in hostilities. For sure it is not the last "enter" which commences the attack, but also turning the computer on should not be the one in question either.

However, it is almost impossible to attack a civilian who directly participates in hostilities the moment he/she does so. It is caused by the tracking time. Even if we establish that civilian "A" is responsible for the particular attack on the power plant we cannot attack him/her as he has/she already stopped to participate. This however does not mean that he/she cannot be prosecuted for the criminal behaviour against a particular state including perfidy or other activities prohibited by IHL³⁰. The difficulty lies here in the fact that very often states do not wish to cooperate in the determination of the path of the attack. That is one of the factors which makes civilians practically unaccountable. Such impunity often encourages others to perform the hacking activity.

Before attacking all feasible precautions must be taken to verify that targeted persons are legitimate military targets³¹ and there is no risk of causing incidental loss of civilian life, injury to civilians and damage to civilian objects³² as well as other incidental harm that would be excessive compared to an anticipated military advantage³³. Moreover as in the case of a combatant a direct attack against a civilian must be suspended or can-

29 Art. 51 [3] AP I, Art. 13 [3] AP II.

30 *V. ICTY, Prosecutor v. Tadić*, Case no. IT-94-1-AR72, Decision on the Defense Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction of 2nd October 1995, para. 67, 70; *ICTY Prosecutor v. Kunarac et al.*, Case no. IT-96-23, Judgment of 12th June 2002 Appeals Chamber, para. 55 ff.; *ICTR, Prosecutor v. Rutaganda*, Case no. ICTR-96-3, Judgment of 23rd May 2003, para. 569 ff.

31 Art. 57 [2] (a) (i) AP I.

32 Art. 57 [2] (a) (ii) AP I.

33 Art. 57 [2] (a) (iii) AP I and art. 57 [2] (b).

celled if he or she becomes *hors de combat*. The problem lies in the determination of such a situation namely what does *hors de combat* mean in the case of hostilities conducted in cyberspace? Turning the computer off? Also the means and methods of attacking civilians involved in cyber warfare are not unlimited³⁴. In other words the use of force against civilians not entitled to protection against direct attack remains subject to legal constraints derived from IHL norms namely the principles of military necessity and humanity. These principles have also a major role in determining the level of the attack on a civilian directly participating in hostilities who does it in his/her private house at the same time taking care of his/her children. For sure launching a rocket to destroy his/her premises along with all the innocent civilians around him/her would be in contradiction with the above mentioned principles. Referring to the famous words of Jean Pictet it can be said that “if we can put a hacker out of action by capturing him, we should not wound him; if we can obtain the same result by wounding him, we must not kill him. If there are two means to achieve the same military advantage (in our case stop a civilian from a cyber network attack), we must choose the one which causes the lesser evil”³⁵.

Conclusion

In any modern conflict, cyberspace can be an additional avenue of attack. Cyber attacks are not launched frequently by a state itself, but by an individual or group of citizens. It can be under assault from cyber-spies, thieves, saboteurs and hackers. Their goal is to defeat and weaken the enemy party without fighting. Its rapid horizontal escalation is based on three reasons. First, the main criteria for civilian hacker attacks appear to be the vulnerability of targets. Second, international hacker groups like Anonymous view the situation as one in which they can wield power without fear of retaliation. Third, the more bipolar a conflict is, such as those which we have witnessed, the greater the chance that it will attract volunteers to one side or the other³⁶. Moreover, civilians willing to directly participate in hostilities do not need to obtain conventional weapons; instead they can simply create and send viruses from their home computers and while performing it they can still remain anonymous or even steal an identity and pretend being someone else. This includes perfidy. The current practice shows however that cyber network attacks very rarely take the form of direct participation in hostilities under IHL mostly because of the lack of a threshold of the harm requirement. However, an Estonian example of taking control over the railway infrastructure represents the

34 Art. 22 H IV R. Art. 35 [I] AP I.

35 V. J. Pictet, *Development and Principles of International Humanitarian Law*, Dordrecht 1985, p. 75.

36 Cf. P.D. Allen, *The Palestinian-Israeli Cyberwar*, “Military Review” March-April 2003, p. 55.

growing tendency of not only blocking governmental websites based on DoS attacks but also attacking strategic points in order to disrupt the functioning of the state itself.

The future of armed conflicts is definitely connected with cyber attacks mostly from the non-state actor's side. It is used by them in order to balance the difference of power. Here the single man with special abilities can keep in check the whole country as the United States of America. The more the state depends on cyber infrastructure, the more it is vulnerable for the potential attack. The cyber activity of civilians can be interpreted in the terms of direct participation in hostilities, however this is a difficult task. Not all such activities subsequently fulfil the requirements of the threshold of harm, direct causation and belligerent nexus. On the other hand some of them do. Moreover, mouse clicking can be seen as an involvement in hostilities for many reasons like propaganda and disinformation, enhancing the general war effort and often as a particular kind of involvement namely direct participation in hostilities. What will bring the next cyber conflict? I do not know, but for sure, any civilian must be aware that even because of such mouse clicking aimed at causing an enemy harm he or she is deprived for such a moment from the protection of the international humanitarian law of armed conflicts.

SUMMARY

Can mouse clicking be seen as involvement in armed conflict? Some notes on the direct participation in hostilities in cyberspace

Contemporary armed conflicts are increasingly based on new technologies. These technologies enable to conduct hostilities from a distance, often eliminate the human factor from the battlefield. Nowadays, cyberspace created by the Internet allows to frame the idea of armed conflict outside the traditional recognition of the fight between belligerent armed forces. This article addresses issues of the direct participation of hostilities in cyberspace. In the first part it discusses technological development and its impact on the activation of the civil factor during armed conflicts. In the second part by analysing the current practice of cyber conflicts it refers to the concept of direct participation in hostilities and its constituent elements as a threshold of harm, direct causation, belligerent nexus at the cybernetic level. The third and final part examines the possibility of the loss of protection, in particular, it addresses the issues related to its temporal nature and the question of means and methods of attacking civilians involved in cyber warfare.

KEYWORDS: Humanitarian law, armed conflicts, cyberspace

Human Rights and the role of courts in Thailand

Introduction

Inarguably, all “legal states” governed under the rule of law must adhere to the basic principles of democracy. More important is the need to incorporate in their Constitution provisions that offer the appropriate level of protection and guarantee the fundamental rights vested in the people. As for Thailand, which is my home country, such provisions can be found in the Constitution of the Kingdom of Thailand B.E. 2550 (2007). For instance, Article 4 offers the basic protection of human dignity, rights, liberty and equality whereas Article 26 ensures that people are not deprived of their Constitutional rights in the course of enforcing the law. In this respect, Article 28 clearly states that a person can invoke exercise his/her rights insofar as it does not deprive other people of their respective rights or is not contrary to the Constitution or the good moral of the people of Thailand. For example, a person can invoke his/her judicial rights to directly compel the State to comply with these aforementioned provisions. Any law allowing the exercising of these rights that is recognized by the Constitution shall be applied and not be derogated from in all circumstances without any exception¹.

As regards to human rights, Thailand strictly follows the 1948 Universal Declaration of Human Rights (UDHR) introduced to the world by the United Nations, a supra-national organization of which Thailand became a loyal member 65 years ago. To date, Thailand has become a signatory in 7 conventions, which are as follows²:

- Convention on the Rights of the Child (CRC),
- Convention on the Elimination of All forms of Discrimination against Women (CEDAW),
- International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR),

1 B. Meewongaukot, *Kod-Mai-Rat-Tha-Tham-Ma-Noon*, Bangkok 2010, p. 416.

2 M. Haas, *International human rights: A comprehensive introduction*, New York 2008, p. 151.

- International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR),
- International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (ICERD),
- Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CAT),
- Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD).

As a dualist country, Thailand must first enact its national laws domestically. In this light, the binding obligations undertaken under each Convention will be incorporated into a national law, in other words acquiescing to the international commitment. In addition to this, various government bodies are established in order to ensure that these commitments are duly delivered³. The aforesaid authorities will act independently and separately from one another to monitor and oversee the acts of the State.

The issue of human rights is not limited only in Thailand but also a major problem in the world as it becomes more serious day by day; whether problems of human dignity, problems of racial discrimination, problems of liberties to assembly and association or the rights of women and children, etc. The grounds of problems to protect human rights in Thailand are the following:

The lack of knowledge about human rights. The State agency or State official including the people did not know his or her fundamental rights and duties. That's why we are always making a mistake about the interpretation of the term "human rights" just only in legal terms, as a result human rights violations are ongoing and increasingly more common in Thailand. They have to realize that human rights are inherent natural rights; as a fundamental right of every human being without regard to race, nationality, religion, health or disability. Which does not depend on the extent of the law, but it looks beyond the law⁴.

Law enforcement is ineffective. Although, Thailand has obligations according to The Universal Declaration of Human Rights by the United Nations Organization but law enforcement is ineffective to enforce or sanction with the person or organization that breaks the law. It might be that the access into the rights of people is more difficult or the lack of expertise personnel to take responsibility for protecting the rights and freedoms of citizens. The protection of human rights must have a balance between public interests and protection of the rights and freedom of citizens. They have to start protecting human rights and strongly control and inspect the States power for ensuring human rights in Thailand.

The problem of the cultural beliefs of Thai people. The Buddhist interpretation of karma does not refer to preordained fate. Karma refers to the good or bad actions a person takes during his/her lifetime. Good actions, which involve either the absence of bad ac-

3 A. Clapham, *Human rights: A very short introduction*, Oxford 2007, p. 134.

4 J. Ife, *Human rights and Social work : towards rights-based practice*, New York 2008, p. 12.

tions or actual positive acts such as generosity, righteousness, and meditation bring happiness in the long run. Bad actions such as lying, stealing or killing bring unhappiness in the long run. The weight that actions carry is determined by five conditions: frequent or repetitive action; determined or intentional action; action performed without regret; action against extraordinary persons and action toward those who have helped one in the past. Finally, there is also neutral karma, which derives from acts such as breathing, eating or sleeping. Neutral karma has no benefits or costs. Thai people believe about “the cycle of rebirth” also.

The cultural beliefs of Thai people are that only men are leaders, so it has instilled a belief or an idea that men have to drink alcohol; Men have to be polygamous or as a matter of “fate” for example, if a family has children with disabilities they are viewed as “deeds”⁵ or unfortunate to get children with disabilities and then are treated differently with disabled children.

Problem of the double standard⁶. The double standard makes a huge difference to Thai society such as; in criminals case the police take suspects or the accused for questioning or to get a confession then the people who were watching come to beat up the accused. Most people think that they have rights to do so because the accused or the suspects deserved to be punished by them. The criminal justice system is quite unsupportive for criminals. On the contrary, I think if the accused or the suspect were one of his family members, what will they do in this situation? And that’s why the author would like to explain the structure and the problem of law for controlling and monitoring human rights violations in Thailand.

5 C. Kosananan, *Ni-Ti-Prat-Ya*, Bangkok 2004, p. 388.

6 A double standard refers to the treatment of one class of entities differently than another class of entities, and implies unfair or unjustified differentiation. Double standards can be applied to many entities including people, groups, and concepts.

When judicial processes are applied more strictly to some people more than others, such double standards are seen as unjust because they violate a basic maxim of modern legal jurisprudence: that all parties should stand equal before the law. Double standards also violate the principle of justice known as impartiality, which is based on the assumption that the same standards should be applied to all people, without regard to subjective bias or favoritism based on social class, rank, ethnicity, gender or other distinction. A double standard violates this principle by holding different people accountable according to different standards.

There is a distinction to be made between double standards and hypocrisy, which implies the stated or presumed acceptance of a single standard a person claims to hold himself or herself accountable to, but which in practice may be disregarded. For example: a man who believes it is his right to have extramarital affairs, but that his wife does not have such a right holds a double standard. A man who publicly condemns extramarital affairs while maintaining his mistress is a hypocrite.

The Role of the Courts according to the Thai Constitution of 2007

The 2007 Constitution of the Kingdom of Thailand sets out the means to control and inspect State power, government authorities or government officials in order to protect the rights and freedoms of people from the abusive use of State power or the partial or total disregard of any person's, *inter alia*, human dignity, privacy, liberty and safety to life and property. The control measures by the Courts embedded in the 2007 Constitution of the Kingdom of Thailand consists of, will be shown below.

The Constitutional Court

The Constitutional Court consists of one president and fourteen judges appointed by the King upon the advice of the Senate. The Senate approves the list of the nominees selected from the following persons; Five Supreme Court Judges elected at the general meeting of the Supreme Court, two Supreme Administrative Court judges elected at the general meeting of the Supreme Administrative Court, five qualified persons in law and three qualified persons in political science. They elect one judge, among themselves, to be the President of the Constitutional Court. The President and Judges of the Constitutional Court shall be in office for only one term of nine years.

The functions of the Constitution Court affirmed by the Thai Constitution B.E. 2550 (2007) derive from four areas of its jurisdictions as following:

Firstly, the Jurisdiction in determining the constitutionality of the statutes and the organic law bills;

Secondly, the Jurisdiction in considering and deciding about the qualifications of a member of the house of representatives, a member of the senate, a cabinet minister, the Election commissioner and any person holding a political position who shall submit an account showing the particulars of his/her assets and liabilities;

Thirdly, the Jurisdiction in considering and deciding a dispute regarding the powers and duties of the organizations under the Constitution;

Fourthly, other jurisdictions as stipulated by the Constitution and the organic law.

The rationale behind the establishment of the Constitutional Court extends beyond the need for the adjudication of cases. It is specifically set up to oversee issues involving the State and/or the Constitution including issues relating to the protection of the rights and liberty of the people.

To establish a good standing in order to bring the case before the Constitutional Court, and as required by a provision under the Constitution, the question at issue must be one of constitutionality i.e. whether it violates or is against the Constitution. In any event, if such an issue, for example, a piece of law, is held as unconstitutional by the Co-

urt, that law will become void and unenforceable under Article 6 of the Constitution⁷. The conclusion or judgment rendered by the Court shall be strictly complied with as Article 216 of the Constitution clearly states that it is final and binding on all parties including Parliament, the Cabinet, the Courts and other governmental authorities.

Persons injured under the relevant provisions may submit a motion before the Constitutional Court to hear the case and decide whether the provisions of the law are contrary to or inconsistent with the Constitution provided that such persons have exhausted all means of remedies available under other organic laws as required by the Constitutional Court procedural law.

Moreover, there is another restriction that was invented to prevent the backlog of cases in the Constitutional Court and to screen only the important cases that necessarily require a hearing before the Constitutional Court e.g. a case that affects the feeling of the people nationwide or involves indispensable national interest. In other words, the injured parties are not allowed to file the case with the Constitutional Court directly⁸. Rather, they must submit the motion through either one of the two following authorities:

- (I) The National Human Rights Commission (NHRC) – Article 257 (2) of the Constitution sets out that if the case involves detrimental effects on human rights caused by any provision of any law and/or constitutionality, the injured person must submit a motion to the NHRC⁹.
- (II) The Office of the Ombudsman – Article 244 allows the injured person to submit a motion with the Office of the Ombudsman. Note well that the Ombudsman has exclusive discretion on deciding whether to accept or deny the motion¹⁰.

According to all of the above mentioned it seems that the Thai Constitutional Court concentrates on political disputes more than other cases. At the same time, in those cases when a human rights dispute had happened and the law also created the complicate

7 Article 6 stipulates that “the Constitution is the supreme law of State. The provisions of any law, rule or regulation, which are contrary to or inconsistent with this Constitution, shall be unenforceable.”

8 S. Vetmook, *Kan-Khum-Kong-Sit-Thi-Ma-Nut-Sa-Ya-Chon-Doi-Kan-Sa-Noe-Ruang-Tor-San-Rat-Tha-Tham-Ma-Noon-Khong-Kha-Na-Kam-Ma-Kan-Sit-Thi-Ma-Nut-Sa-Ya-Chon-Haeng-Chad-Tam-Mat-Tu-257(2)-Khong-Rat-Tu-Tham-Ma-Noon-Haeng-Rat-Cha-A-Na-Chak-Thai-Por-Sor-2550*, „Review of Asian Law” no 39, 2009, p. 402-411.

9 C. Sawengsak, *Kod-Mai-Ma-Ha-Chon : Kwam-Pen-Ma, Thit-Sa-Di, Lae-Lak-Kan-Ti-Som-Kan*, Bangkok 2010, p. 177.

10 M. Joompa, *Kod-Mai-Rat-Tha-Tham-Ma-Noon : Kham-Tham-lae-Kham-Top*, Bangkok 2010, p. 189.

procedure to file the case to the Constitutional Court according to the Article 257(2) and 244. Nowadays, the case about human rights violations in Thailand does not work with the Constitutional Court because Political influence still causes some problems of transparency for trial and adjudication in the case of human rights violations and weak institutional monitoring.

In practice, it has been said that the magnitude of cases deliberated by the Constitution Court alone is meaningless to the calculation of the amount of exposure of the Court to political interests. The overview of the issue is that the diversity or less of it in the cases handled by the Constitutional Court is dictated by the functions of the Court. If many of the functions are geared toward settling disputes with or stemming from political interests, it can serve as an indication that a great deal of the Constitutional Court's time and resources will be expended looking at political cases.

The Courts of Justice

The Courts of justice have power to try and adjudicate criminal, civil, bankruptcy, and all cases which are not within the jurisdiction of other types of court. When there is a problem of whether a particular case will fall under the jurisdiction of which type of courts, the commission on jurisdiction of courts chaired by the president of the Supreme Court is authorized by the Constitution to make a decision. The Court of Justice has three levels as follows: The Supreme Court, The Court of Appeal and The Court of First Instance.

All cases commence at the Court of First Instance. The appeal of the judgment of the Court of First Instance is filed to the Court of Appeal with some restrictions. The Supreme Court is the highest court which has jurisdiction over the cases appealed from the Court of Appeal subject to the restriction provided by Civil and Criminal Procedure Codes. There is a requirement under the constitution that the hearing of a case should have a full quorum of judges. Any judge who is not sitting at the hearing of a case shall not give judgment or a decision for such a case, except for the case of force majeure or any other unavoidable necessity¹¹.

The Courts of Justice has general jurisdiction over all cases. Therefore, as required by Article 218 of the 2007 Constitution of the Kingdom of Thailand, the Courts of Justice has the power and jurisdiction to try and adjudicate all cases unless the Constitution specifically requires that it must be under the jurisdiction of any other Court.

Generally, the Courts of Justice will render judgments on the issue of whether an arrest or detention of a person is illegal or against the Constitution. Even a suspect cannot be deprived of his or her privacy and liberty unless a warrant is duly issued by the responsible Court on a reasonable and probable cause under the virtue of the law (Ar-

11 V. Muntarbhom, *Human rights and human development: Thailand country study*, "Human Development Occasional Papers" no. 1, 2000, p. 1-28.

ticle 32). A warrantless search or arrest or entering the dwelling of a person without the consent of the owner of the premise must also be justified by the Constitution, although these can be seen in rare circumstances e.g. hot pursuit, exigent evidence or plain view, etc (Article 33).

According to all of the above mentioned the Constitution has purposed to protect the rights and liberties of people. Especially, the rights in a criminal case which provided that the accused shall have the rights to a speedy trial, correctly and with fairness. The delay of justice is one of the causes that effects the rights of people according to the Constitution and commits an act of damage for the parties who were arrested or a lack of liberty. The Court of Justice is one organization that is ineffective for the protection of human rights violations because the Court does not manage the cases that are overloaded at this time and do an unreal speedy trail. The Court has to remind that justice delayed is justice denied. People hope that the Courts speedily and correctly run the trail and adjudication within a suitable time limit. The Court does not avoid the main role in the trail and adjudication proceedings. It might be said that the Court needs to manage the cases in the Court and train the judicial profession and law enforcers on human rights.

The Administrative Courts

The Administrative Court has an exclusive jurisdiction over the administrative disputes between the private sector and the State organs concerning the issue of the abuse of power by such a State organ. Accordingly, the Act for the establishment of and procedure for Administrative Court B.E. 2542 (1999) gives the Administrative Court the jurisdiction over the cases as follows: 1) case of a dispute between a private sector or individual and the State agency, State enterprise, local government organization, or State office under the superintendence or supervision of the government 2) case of dispute between the State agency, State enterprise, local government organization, or State official under the superintendence or supervision of the government.

Both of the cases mentioned above are concerned with issues of dispute as a consequence of the act or omission of the act that must be performed by such an agency, State enterprise, local government organization or State official; or the dispute as a consequence of the act or omission of the act of such a State agency, State enterprise, local government organization, or State official which under the responsibility of the said State agency, State enterprise, local government organization, or State official in performing duties under the law¹².

According to the Act for the establishment of and the procedure for Administrative Court B.E. 2542 (1999), the Administrative Court shall have two levels as follows: 1) the Supreme Administrative 2) the Administrative Court of First Instance.

12 The Central Intellectual Property and International Trade Court, *The Judicial System in Thailand: An Outlook for a New Century*, "IDE Asian Law Series" no. 6, 2001, p. 1-166.

One of the most important rationales behind the establishment of the Administrative Courts is human rights protection. This is so that the Administrative Courts can decide whether a particular public or national interest should outweigh or supercede an individual protection of human rights. The type of cases brought before the Administrative Courts often result in the revocation of an illegal or unconstitutional administrative act or order and usually accompany with the payment of compensation to the injured party¹³.

The Role of the Administrative Courts according to Article 223 of the Constitution of the Kingdom of Thailand B.E. 2550 (2007) separately states the competence and the adjudication matters under the jurisdiction of the Administrative Courts whilst the Courts of Justice, defined by Article 218 has the power to try and adjudicate all cases except those specified by the Constitution or the law to be within the jurisdiction of the other Courts. The linkage between the Constitutional Court, the Administrative Courts or the Courts of Justice and the National Human Rights Commission is prescribed by Article 257 paragraph one (2) (3) and (4) of the Constitution that the National Human Rights Commission has the powers and duties to bring the case to the Constitutional Court, the Administrative Courts or the Courts of Justice for the injured person at the request of the victim.

The case study is focused on Article 23 paragraph two of the Internal Security Act B.E. 2551 (2008) stating “Any court case arising from a regulation, notification, order or action under this provision shall fall within the power of the Courts of Justice” and Article 16 of the Emergency Decree on Public Administration in Emergency Situation B.E. 2548 (2005) stating “A regulation, notification, order or an act under this Emergency Decree shall not be subject to the law on administrative procedures and the law on the establishment of Administrative Court and Administrative Court Procedure.” Both acts were enacted for public administration in an emergency situation and involve the powers and duties of the National Human Rights Commission regarding the submission of cases for court adjudication as provided by Article 257 paragraph one (2) (3) and (4).

The problem arose when the complainant files a petition to the National Human Rights Commission that any law, order or administrative act is detrimental to the human rights of the complainant and begs the question of constitutionality. The case is to be submitted before the Administrative Courts under Article 257 paragraph one (3) of the Constitution and under clause 10, 11 and 12 of the National Human Rights Commission Regulation regarding the principles and practice of case submission before the Constitutional Court or the Administrative Courts, whilst the provisions of the aforesaid Act or Decree recall the case has to be lodged before the Courts of Justice and that the case

13 *Ibidem*.

shall not be subject to the law on the establishment of Administrative Court and Administrative Court Procedure. However, according to the provisions of the Constitution, the National Human Rights Commission has to submit the case to the Administrative Courts who independently take the case within their jurisdictions.

In the event that an injured victim submits a complaint to the Administrative Courts because any law, rule or administrative act is detrimental to the human rights of the complainant and parties, the same problem arises. This type of case is often submitted to the Administrative Courts. This action might be argued by state agencies or state officials who are defendants that the above-mentioned cases are not under the jurisdiction of the Administrative Courts because the provisions of the aforesaid Act or Decree recall that the case is subject to the adjudication of the Courts of Justice, or is not subject to the law on the establishment of Administrative Courts and Administrative Court procedure. These problems reflect the linkage between the national security and the management system of human rights protection tools; the enactment of the law stating the court jurisdiction relevant to the human rights. The issue here is to consider whether the relation is drawn up in accordance with the court jurisdiction system as provided by the Constitution.

Conclusion

Regardless of the obvious fact that the Constitution of the Kingdom of Thailand B.E. 2550 (2007) clearly honors and undertakes to protect human rights and ensure that such rights and freedoms of citizens are not violated against, only a small minority has access to such information or truly understand what it means or how it involves them. However, In respect of all of the above mentioned the role of the Constitutional Court should have development paradigms about human rights cases and reduce the complicated proceedings to receive the human rights case and need to promote transparency and counter political intervention in the Constitutional Court. The Court of Justice needs to manage the case for trial and adjudication in the Court. The Court of Justice needs to be improved, and the trial system should be speeded up because "Justice delayed is Justice denied" and train the judicial profession for human rights protection according to international standards.

Finally, The Administrative Courts are regarded as a state mechanism that protects citizen rights as provided by law by promoting the right to development and other rights concerned. The court has the duty to protect all rights linked with the right to development guaranteed by the constitutions and laws by stressing the importance for a quick adjudication occurred in time to prevent the damage that might be caused, by establishing appropriate executive measures to ensure a remedy to the damage to an individual allegedly violated of rights and to promote the right to development, the Admini-

strative Court performs in accordance with the principles of its vision stating that the Administrative Court will exercise its judicial power to provide justice to administrative disputes with the aim of balancing the protection of citizens rights and the states performance for public interests, so that the development is carried out in the favor of all human rights, equally and can be beneficial for the nation.

This is the reason; the author decides to justify the article, with the clear vision so that more Thai nationals can become aware of their own rights. They should be aware of the fact that they are all equal and are entitled to the same protection and law. No matter who they are and where they come from. Additionally, if the attempt to increase the awareness in Thailand becomes successful, and the public is well-informed about their rights it will be a great help in participating in the check and balance system which oversees the work of the government and other government authorities, creates transparency and accountability, and prevents corruption to a certain extent. In this respect the government and their sub-bodies should keep in mind that it is the duty of the State to preserve and protect human rights to create transparency, accountability and human rights protection in compliance with the Universal Declaration of Human Rights under the framework of the United Nations.

SUMMARY

Human rights and the role of courts in Thailand

The purpose of the article is to analyse the subject of the problems involved in protecting human rights in Thailand and the role of the courts according to the Thai Constitution. The author discusses four selected issues of human rights protection in Thailand: the citizens' insufficient awareness of human rights, the ineffectiveness of law enforcement, the possible conflicts linked to traditional beliefs and the problems of applying double standards. The article also presents the structure and the function of the Constitutional Court, the Court of Justice and the Administrative Court of Thailand. Throughout the paper the author seeks to prove that the Constitution of the Kingdom of Thailand honours and protects human rights.

KEYWORDS: human rights, checks and balances, Courts of Thailand, Thai Constitution

SEMEN V. YANKEVICH
NATIONAL RESEARCH UNIVERSITY
HIGHER SCHOOL OF ECONOMICS MOSCOW

Legal regulation of the principle of transparency in the budgetary process of the Republic of Poland¹

Introductory remarks. The legal basis for access to information about the activities of public authorities

The study of the organizational and legal basis of the principle of transparency of the budgetary process and the research methodology of its provision is impossible without an analysis of the constitutional foundations of the right to information in general. The conditions of the modern world lead governments of different countries to work towards fulfilment of the principle of free public access to public information. Creating the most convenient, least expensive implementation mechanisms for the citizen's rights is a priority for the majority of developed countries. The problem of implementation of the principle of transparency (openness)² has acquired a new meaning after the proclamation of the right to information in international legal acts.

In 1948, the General Assembly of the United Nations³ in article 19 of the Universal Declaration of Human Rights established that:

Everyone has the right to freedom of opinion and expression: this right includes freedom to hold opinions without interference and to seek, receive and impart information and ideas through any media and regardless of frontiers.

This international law norm has become the basis for the establishment of the right to information and has been reproduced in the constitutions of many states adopted after

1 In this paper the results obtained in the course of the project "Legal regulation of the principle of transparency of the budgetary process in the Republic of Poland" have been used. The project was implemented within the framework of a scientific grant from the Queen Jadwiga Fund of the Jagiellonian University, awarded in 2012.

2 In international practice, most used the term "transparency".

3 Hereinafter — the UN.

the coming into force of the Universal Declaration (e.g., article 29 of the Constitution of the Russian Federation, article 34 of the Constitution of Ukraine). Subsequently, the right to information has been reflected in article 10 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of 4 November 1950, where it was stated that “everyone has the right to freedom of expression. This right includes freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by a public authority and regardless of frontiers. The exercise of these freedoms, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, the protection of the reputation or rights of others, for the prevention of the disclosure of information received in confidence, or for the maintenance of the authority and impartiality of the judiciary”.

Today, about 100 countries have special laws regulating citizens’ access to government information. The first similar law — the Law “About transparency of public documents” — was adopted in Finland in 1951⁴. In Poland, the right of citizens to access public information was established in the Constitution of the Republic of Poland of 2 April 1997⁵, which states that everyone has the right of access to official documents relating to its collection and data. This right can only be limited by law (§ 3, article 51). The principles and order of data collection, as well as open access to it, are defined by law. The provisions of article 51 of the Constitution detail the Law of the Republic of Poland of September 6, 2001 “On Access to Public Information”⁶, which regulates the organization of access to information, cases of restrictions on the right to information and the other most important elements of the legal regulation of access to public information.

In the law of the Republic of Poland the notion of transparency (openness) is denoted by several terms most often used in this sense in the regulatory acts and research: “jawność” and “przejrzystość” (comprehensibility, clarity, explicitness). The activities of the parliament, the government and other public authorities are now largely predetermined by a principle called “jawność” (the principle of publicity). Often in the Polish juridical literature, one encounters the opinion that the principle of transparency is — one “of the most effective guarantors of democracy”⁷.

Initially, the principle of transparency in Poland was connected with the activities of representative bodies. According to Polish lawyer Bogusław Banaszak, thanks to modern media and the direct broadcasts of parliamentary sessions, society not only gets information about their work, but, primarily about the opinions they express through their

4 S. Andreev, *Public participation in the budget process*, Saint-Petersburg 2010, p. 179.

5 Dz. U. 1997 nr 78 poz. 483.

6 Dz. U. 2001 nr 112 poz. 1198.

7 A. Jamróz, *Demokracja współczesna. Wprowadzenie*, Białystok 1993, p. 137.

elected representatives, meanwhile, the activities of other public authorities, in particular, the executive authorities are bound by confidentiality of information⁸.

I believe that in order to better explain the principle of transparency, we should apply the legal regulation of the broadcasts from the sessions the lower house of Congress — the House of Representatives. As an example, in paragraph “b” § 4 of section 11 of the Rules of the House of Representatives of the U.S. Congress, it was established that broadcasting must be carried out by at least two TV stations and two radio companies. Broadcasting cannot be interrupted by advertising. The prohibition of video recording or transcribing of conduct for party purposes was also introduced⁹. In the Republic of Poland, the citizens’ right to public information is guaranteed to everyone, and is implemented in accordance with the Law “On Access to Public Information”. In § 1, article 2 of the Act was established an important position on the basis of which the person who is exercising the right to public information is not required to perform any legal action, including providing payment for the information, by the authorities. Thus, the law defined one of the essential conditions — the free provision of such information.

The Law “On Access to Public Information” listed entities who are required to provide citizens with public information. According to § 1 of article 4 of the Act such entities include:

- Public authorities;
- Bodies of economic and professional self-government (e.g., trade unions);
- The Ministry of the State Treasury of the Republic of Poland and other public authorities, representing its interests;
- Government entities and entities of municipalities (here one can make a comparison with state and municipal unitary enterprises whose status is regulated by article 113-115 of the Civil Code of the Russian Federation).

It should be noted that the list of entities that are obliged provide public information is not closed. According to the cop. 5 § 1 article 4 of the Law “On Access to Public Information” they also include “persons and organizations that perform public functions or dispose of public property”. Thus, in the Resolution of November 16, 2011 II So / Kr 11/11, the Provincial Administrative Court in Kraków ordered the director of a private pre-school educational institution to grant the applicant the required information about the activities of such an institution. Thus, the court analyzed the status of a legal entity, and included it in the list of those obliged to contribute to the implementation of the right of citizens to information based on the performance of public functions and disposal of public property¹⁰. Or, for example, in the Resolution of September

8 V. B. Banaszak, *Porównawcze prawo konstytucyjne współczesnych państw demokratycznych*, Kraków 2008.

9 Rules of the House for the 112th Congress.

10 II So/Kr 11/11.

7, 2011 II SAB / Rz 58/11, the Provincial Administrative Court in Rzeszów recognized the obligation of a deputy of a local council to provide information at the request of the applicants, despite the fact that it is not listed among the entities named in cop. 1-4 Section 1, article 4 of the Law “On Access to Public Information”¹¹.

The analysis of judicial practice that has developed since the adoption of the Law “On Access to Public Information”, often shows that such entities as private entrepreneurs, charities, universities, political parties, religious and other community organizations are attributed¹². In general, it should be noted that the courts usually take the position of the applicants and stand up for their right to public information, except in cases where disclosure of such information poses a danger to the stability of the state’s political and economic system. However, Polish constitutionalist Wiesław Skrzydło notes that the authorities cannot arbitrarily order a particular amount of information to be disclosed, or provide a list of the documents where access is to be restricted or denied. Such a restriction of the right to information is possible only on the basis of law, based on the purpose of ensuring the security of the state and economic stability¹³.

The doctrinal position is fully reflected in the legislation of Poland. In accordance with § 3 of article 51 of the Constitution of the Republic of Poland, the right of access to official documents and data can only be restricted by law. This constitutional provision is developed in article 5 of the Law “On Access to Public Information”, which established the limits to the right to public information. Firstly, such restrictions are dictated by the presence of the legal system of confidentiality, extending to statutory information. In particular, access to information is subject to restrictions regarding the private life of an individual (article 49 of the Constitution of the Republic of Poland), trade secrets (article 551 of the Civil Code from April 23, 1964¹⁴) and professional confidentiality (article 6 of the Act of May 26, 1982 “On the Bar”¹⁵). The exceptions to this rule are persons who perform public functions, but only within the boundaries of information associated with those functions.

Secondly, the spread of information is limited if it could harm the economic interests of the state through:

- The creation of insurmountable difficulties for the negotiations of the Ministry of the State Treasury of the Republic of Poland in the process of applying their powers in the management of state property, in the fulfilling by the Republic of Poland of international agreements or decisions of the European Council or the Council of the European Union;

11 II SAB/Rz 58/11.

12 M. Kłaczyński, *Komentarz do Ustawy o dostępie do informacji publicznej*, Warszawa 2003.

13 W. Skrzydło, *Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, Kraków 2002.

14 Dz. U. 1964 nr 16 poz. 93.

15 Dz. U. 2009 nr 146 poz. 1188.

- The creation of difficulties regarding the property interests of the Republic of Poland and the protection of the interests of the Ministry of the State Treasury of the Republic of Poland in proceedings in a court or administrative order.

Also, in view of the provisions mentioned above in article 5 of the Law “On Access to Public Information” it was established that information on cases before the courts in civil, administrative or criminal proceedings against public authorities or persons exercising public functions is not to be limited. Section II of the Law “On Access to Public Information” details the procedure for providing public information. In particular, the purpose of the use of such information (for personal use, for the preparation of regulations, etc.) was established. Such data shall be published in the Bulletin of Public Information. If they are not published in the Bulletin, they should be promptly submitted to the applicant orally or in writing, taking into account the established limits and upon his request. In accordance with article 13, requested information should be submitted to the citizen not later than 14 days from the date of submission of the application. However, the competent public authority has the right to extend this period for up to two months, but must notify the applicant beforehand. In addition, refusal must be properly formalized. In the absence of the necessary administrative decisions, refusal is unlawful.

Finally, the Law “On Access to Public Information” establishes the liability of public authorities for wrongful denial of access to public information. Often, the public authorities provide incomplete information or information that is different from that which the applicant requested and this becomes the subject of litigation. Thus, the Provincial Administrative Court in Warsaw, in a judgment of 9 December 2010 II SAB / Wa 280/10, indicated that the presentation of information other than that which the applicant is awaiting, or incomplete information cast doubt on the performance of public authority requirements for providing access to public information. The court ordered the head of the gmina¹⁶ to provide the requested information to the applicant and to pay a penalty in his favor¹⁷.

Thus, the principle of transparency of the budgetary process is related, in my opinion, with the constitutionally guaranteed right to information as well as the obligation to provide access to public information on the financial activities of the state at all stages of the budgetary process. And if even half a century ago, in many European countries, satisfaction of the public interest in fields of public expenditure was reduced to the discretion of the State to provide such information or not, today the principle of fiscal transparency has become the responsibility of public authorities.

Since Poland is taking part in well known integration processes, like other European Union countries, acts according to supranational legislation when it comes to the regulation of many matters, therefore it is necessary for Poland to designate the levels

¹⁶ The smallest administrative unit in Poland.

¹⁷ II SAB/Wa 280/10.

of the legal regulations of its institutions, in order to allow an analysis of the structure of the implementation of the principle of transparency of the budgetary process. The agreements on stability, coordination and management in economic and currency union, that are aimed at reinforcing budgetary discipline and introducing stricter control in the Eurozone, comprise one of the greatest aims of the provision of transparency of the budgetary process¹⁸.

Being a member of The International Monetary Fund (IMF) since 1986 and of the Organization for Economic Cooperation and Development (OECD) since 1996, Poland also incorporates documents adopted by these international organizations into national legislation, despite their recommendatory nature. In this way, Poland is working to become a part of the national legal system of the provision adopted in 1998 by the IMF Interim Committee of Code of Good Practices on Transparency in the fiscal domain¹⁹ and the best practices of OECD for transparency of the budget, adopted in September 2000.

I believe that the use of such documents is very important for countries aiming to achieve the maximum transparency in public finance due to the following reasons. Firstly, the Code of the IMF and the Practice of the OECD are perfect examples and templates by which national legislation can be brought in line with international regulations. Furthermore, it is difficult to ignore the demands of the provision of transparency of the budgetary process for countries that are bound by international agreements, including agreements on accession to the OECD and the IMF. Finally, within framework of the IMF and the OECD, it will be possible to achieve a relatively unified legal regulation of the institution of the budget law and a smoother and more progressive implementation of the principle of transparency of the budgetary process.

Legal foundation of the principle of transparency of the budgetary process in the Republic of Poland.

According to § 1 of the Constitution of the Republic of Poland, funding for public purposes is being collected and spent in the manner specified by the law. The law, which determines the amount of revenue and expenditures of the state, the method of the government's borrowing and loans and the regulation of the budgetary processes, in accordance with the Constitution, is the Law of 27 August 2009 "On the public finances"²⁰. Prior to that, the legal regulation of the financial matters of the state was carried out by the Law of 30 June 2005 "On the public finances"²¹, which is no longer valid, apart from a few articles.

18 Treaty on Stability, Coordination and Governance in the Economic and Monetary Union.

19 Hereinafter — the Code of IMF.

20 Dz. U. 2009 nr 157 poz. 1240.

21 Dz. U. 2005 nr 249 poz. 2104.

One of the incentives to adopt the 2005 “On public finances” Law, was a desire to provide transparency in public finances, in order to implement the constitutional right of citizens to access information. The explanatory note accompanying the bill states that: “Only the transparency of public finances, achieved by constant publication of relevant reports, can protect the coffers from the prodigality and frivolity of the authorities, as well as prevent disorder and corruption. The transparency of budget matters is the foundation of a modern democratic country, and serves as a significant source of strength for the citizens”²².

The Law “On public finances” from 2009 has maintained the trend initiated in the previous Law “On Public Finance” from 2005. The Polish legislator has defined the concept for the organizational and legal bases of the principle of transparency in the budget process with the terms “jawność” and “przejrzystość”, covered by section 4 of the Law “On public finances”. It is stated in § 1 of the Law “On Public Finance”, that all activities related to public finances should be transparent. This means an ability to obtain free access to information about all financial transactions.

The notion of transparency of budgetary processes is subdivided into the formal and material senses in the academic literature²³. The transparency of budget processes, in a formal sense, provides for transparency of public authorities in the area of public finance, and can be implemented, for example, through parliamentary debate at the stage of the budget project being under consideration, being approved and being implemented. The procedures of parliamentary debates are described in detail in the Rules of the Lower House of Parliament of the Republic of Poland, approved by the Resolution of the Lower House of Parliament of the Republic of Poland on 30 July 1992²⁴. The transparency of the budgetary processes, in the material sense, is the ability to analyze operations within the budget. In order to fully implement the principle of transparency, the budget execution reports should be as detailed and easy to understand for most citizens as possible. It is not accepted when the transparency and accuracy of financial performance requires citizens to possess a set of special skills and knowledge in the field of financial law or economics.

A system of budgetary accounting reporting, and budget classification, is extremely important within this context. It is no coincidence that the laws of many states repeat the succession of budget classification, contributing to the comparison of budgetary performance during different financial years, and a more complete picture of the income and expenses of a public legal process. It is possible to be exempt from the regulations

22 Uzasadnienie z dnia 23 kwietnia 2005 r. do projektu ustawy o finansach publicznych.

23 C. Kosikowski, *Finanse publiczne w świetle Konstytucji RP oraz orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, Warszawa 2004, p. 107; L. Lipiec-Warzecha, *Komentarz do ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych*, Warszawa, 2011.

24 M.P. 1992 nr 26 poz. 185.

on § 1, of the Law “On Public Finance” in cases where it is necessary to refrain from publishing different kinds of documentation, which may contain, among other things, statistics on the financial performance of the country, due to specific rules or regulations in international treaties.

Special provisions are set out in the Act of August 5, 2010 “On the protection of classified information”²⁵, Law of 25 June 1997 “On the main witness”²⁶, and the Act of 29 August 1997 “On Protection of Personal Data”²⁷. According to § 5 of the Law “On protection of classified information” information that could pose a threat to the independence, sovereignty or territorial integrity of the Republic of Poland, internal security and the constitutional order, as well as the international situation of the state, or weaken the country’s defence, cannot be distributed.

The legislation is not only limited by the proclamation of the principle of transparency in the budgetary processes. There are specific requirements set in § 34 of the Law “On Public Finance”, on the openness of the budgetary processes. First of all, the procedure of consideration of the draft budget, the adopted budget, the discussion and approval of the budget execution reports in the Lower House of Parliament and the Senate, as well as representatives of local self-government shall meet the requirements of openness. Next, the information that is allowed to be published is: the long-term financial plans of municipalities; the amount of subsidies allocated from the state budget and the budgets of municipalities; subsidies allocated from the state trust funds; monthly reports on the current budget. Then, the mandatory disclosure data is: information concerning contracts concluded with private sector organizations to provide social services; information on the amount of funds allocated for the payment of budgetary obligations of public law entities; information that serves as a proof of the implementation of socially significant services and their payments. Moreover, the officials of the National Health Fund must prove the transparency of their operations through: the publication of data on the sources of revenue and expenditure, details of the Fund agreements, their significant conditions and costs. This obligation is also adopted in a special Act of 27 August 2004 “On health care at the expense of public finances”²⁸. The article 135 of the Act stipulates that the National Health Fund implements the principle of transparency, particularly through the publication of information about the concluded agreements on their services, as well as goods delivery with the cost and the quantity on its official website. Such information will be made public no later than 14 days from the date of contracting. The requirement for transparency is also contained in the Charter of the National Health Fund, approved by the Decree of the President of the Council of Ministers of the Re-

25 Dz. U. 2010 nr 182 poz. 1228.

26 Dz. U. 2007 nr 36 poz. 232.

27 Dz. U. 2002 nr 101 poz. 926.

28 Dz. U. 2004 nr 210 poz. 2135.

public of Poland on September 29, 2004²⁹. Then, a failure to provide information to the officials of the National Health Fund is a subject of litigation. For instance, according to the Provincial Administrative Court in Warsaw, the Minister of Health of the Republic of Poland on the basis of article 167 of the Law “On health care at the expense of public funds”, has fined the head of the Lower Silesia provincial office of the National Health Fund for failure to release information specified by law, on the official website of the Department of the Foundation³⁰.

Then, the transparency of the budget processes is achieved through the publication of a list of persons to whom the budget of the State or municipal budgets have been allocated grants or funds to co-finance the performance of statutory functions. Next, the annual reports on the financial performance of public authorities are subject to mandatory disclosure. Furthermore, the public authorities are obliged to provide public access to the data of budgetary accounting and reporting records of the results of the audit authorities to verify the intended use of the budget; the audit report on the financial performance report for the previous financial year. Moreover, a report on the implementation of the budget for the previous fiscal year and the proposed budget for the next fiscal year should be published in the Bulletin of Public Information.

However, the principle of transparency, including the area of financial activity of the State, has legal limits related to the protection of the rights and interests of citizens, organizations and the government. Article 35 of the Law “On Public Finance”, requires compliance with the legal restrictions on transferring information, such as trade secrets, during the implementation of the principle of transparency of public finances. The list of responsibilities of public authorities involved in the budget process is provided in article 36 of the Act, the execution of which contributes to the realization of the principle of fiscal transparency.

Thus, according to the § 1, the Minister of Finance of the Republic of Poland must present the following documents to the public:

- Information on the financial performance of public authorities, including information on commitments and guarantees made;
- Monthly operational reports on the budget with the mandatory reflection of the amount of deficit or surplus of the budget;
- A list of businesses and individuals which were given guarantees or collateral by the Ministry of the State Treasury of the Republic of Poland in order to ensure fulfilment of the obligations.

These documents shall be published in the official edition of “Monitor Polski” annually by 31 May of the following year. In addition to this, according to article 38 the Minister of Finance will publish information on the ratio of GDP and public debt of the state

²⁹ Dz. U. 2004 nr 213 poz. 2161.

³⁰ III SA/Wa 1943/05.

of the Republic of Poland, the aggregate debt of the Ministry of the State Treasury of the Republic of Poland, the amount of guarantees and sureties granted to companies and individuals by the Ministry of State Treasury, in order to ensure the fulfilment of obligations. It should be noted that the requirement for the publication of such data does not arise from the principle of transparency of the financial activities of the state, but from the provisions of Section 5, article 216 of the Constitution of the Republic of Poland, which prohibits borrowing or providing financial guarantees and sureties, that can result in the state public debt exceeding three fifths of GDP. In this case, we believe, such a rule is in place in order to prevent the country being in a debt that exceeds the norm, which could threaten the country's economy and, as a consequence, the sovereignty of the state.

According to Skrzydło, analysis of financial performance of state power in recent years shows that the figures indicated above do not exceed the allowed limit of the Constitution³¹. The Law "On Public Finance" establishes the executive bodies of local self-government, aimed at implementing the principle of transparency in the budget process. In general, the provisions of this article are similar to the duties of the Minister of Finance of the Republic of Poland, provided in article 34, 36 and 38 of the Law "On public finances". It should be noted that during the development of the new Law "On Public Finance" in 2009, the legislator made separate provisions for municipalities for the first time.

Article 37 of the Law "On Public Finance" defines the terms of disclosure of information on the financial performance of a municipality: Firstly, before the end of the month following the end of the quarter, the executive body of the local self-government shall publish a report on the implementation of the operational budget. The report must include information about collected revenues and expenditures, information about changes introduced into the budget during the reporting period, as well as data about the existing deficit or surplus of the budget. Then, by 31 May of the following year, the executive bodies of local self-government shall disclose:

- A report on the budget of the municipality in the previous fiscal year, with the obligatory indication of the budget surplus or deficit;
- A report on the use of the amounts of money allocated from the budget of the European Union;
- Information on the amount of liabilities not covered by the budget of the municipality, arising from the decisions of the courts;
- A report on the use of funds from the budgets of other municipalities, as well as data on the amounts of grants provided by the municipalities to other municipalities;
- A list of businesses and individuals, which are provided with guarantees or collateral by the executive authorities of local government, as well as the amount of such representation or warranty;

31 W. Skrzydło, *op.cit.*, Krakow 2002.

- A list of businesses and individuals who have been granted tax relief and which are provided with the amended terms of tax obligations, including the provision of instalments or deferred payments, if the amount of taxes that make up such benefits exceed PLN 500. Not only should the basic amount of debt to pay taxes be taken into account, but also the amount of interest on the instalment plan to pay the tax³². Providing tax relief to taxpayers must be justified and documented. Such a detailed list of responsibilities of public authorities that are parties to the budget process, fully meets the requirements of Section I “Clarity of roles and responsibilities” Code of the IMF.

Conclusion

Contemporary analysis of the legal regulation of the principle of transparency in the budget processes in the Republic of Poland shows that it is complete and makes sense. However, it is not possible to perceive this principle in isolation from constitutional law without damage to the proper understanding of the legal nature of the principle of transparency in the budget process and the development of the methodology for its implementation. It can be assumed that the right of citizens to have access to information on the activities of public authorities in the area of public finance was predetermined by the right to information in general. The Law of the Republic of Poland “On the public finances” contains a detailed list of procedures, actions of state and local governments to ensure the openness of operations within budgets and lists the types of reports and other requirements for the persons taking part in the budget process. It should be noted that the principle of transparency in the budget processes is achieved not only by publishing budget reports and other information on the financial activities of the state, but also other elements of the budgetary process: budget classification, the cash execution of the budget, budget accounting. Thus, we can see a direct link between a transparent budget process and the possibility of free access to information on past, current and future activities of the state in the field of public finance, information on the structure and powers of public authorities and other participants in the budget process, on the objectives and results of financial activities of the state, and the implementation of proper legal regulation and the adoption of effective measures aimed at improving the transparency of public finances at each stage of the budget process.

32 Dz. U. 2009 nr 157 poz. 1240.

SUMMARY

Legal regulation of the principle of transparency in the budgetary process of the Republic of Poland

The article describes the organizational and legal foundation of the principle of budget transparency in Poland. The study considers the legal basis for access to information about the activities of public authorities and the legal foundation of the principle of transparency of the budgetary process in the Republic of Poland. The main instruments for achievement of transparency of all operations with public funds such as budget classification, the cash servicing of budget implementation, budget accounting and reporting are analysed. While attempting to describe the aforementioned matters, the author proposes a definition of the term “budget transparency”.

KEYWORDS: budget process; transparency; budget classification; cash servicing; accounting and reporting.

SERGEY BOCHKAREV
UNIVERSITÉ PEDAGOGIQUE D'ÉTAT DE RUSSIE HERZEN

Constitutionnalisme français. Expérience de la troisième république

La notion de « constitutionnalisme » est une des notions essentielles dans la science juridique. Les idées du constitutionnalisme sont apparues bien plus tôt que les premières constitutions écrites¹. Le constitutionnalisme moderne – est une notion aux aspects multiples. Les priorités du constitutionnalisme sont des valeurs humaines universelles telles que : les libertés, les droits de l'homme et du citoyen, la souveraineté du peuple, le parlementarisme, le pluralisme politique, le multipartisme, les diverses formes de propriété, etc².

Le terme « constitutionnalisme » est apparu pour la première fois dans la pensée politique et juridique américaine fin du XVIII^e – début du XIX^e siècle, en général, pour désigner dans la doctrine américaine la prééminence de la constitution écrite sur les lois. Ce fait était lié à une représentation effective de l'idée de constitutionnalisme. A la fin du XVIII^e siècle, des constitutions ont été adoptées aux Etats-Unis, en France et en Pologne³. Plus tard, les idées constitutionnelles se sont concrétisées à divers degrés dans plusieurs Etats. Les institutions constitutionnelles, fondées en France à la fin du XVIII^e ont exercé la plus grande influence sur l'Europe continentale sans qu'il y ait, à cette époque, de délimitation terminologique entre les notions de « constitution » et de « constitutionnalisme »⁴. L'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du

1 W. Berns, *Democracy and the constitution: essays*, Washington 2006, p. 4.

2 Un des attributs existants du constitutionnalisme est leur protection, qui peut être réalisée au moyen de différents mécanismes. Ce fait est indiqué, notamment, Richard S. Key, *American Constitutionalism*, [dans:] *Constitutionalism: Philosophical Foundations*, ed. Alexander, Larry, Cambridge 2001, p. 27.

3 Les idées du constitutionnalisme, fondées dans ces pays, ont exercé une influence réciproque apparente; v. A. Martin, A. Rogoff, *Comparison of Constitutionalism in France and the United States*, «Maine Law Review» vol. 49 no 1, 1997, p. 21-83; S. Rózycki, *L'influence du constitutionnalisme français sur la Constitution Polonaise du 17 mars 1921*, Paris 1930.

4 Des chercheurs contemporains traitent « le constitutionnalisme » comme une notion plus lar-

citoyen de 1789 peut servir ici d'exemple: « *La société, dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée et où il n'y a pas de séparation des pouvoirs, n'a pas de Constitution* »⁵.

Ainsi, pour les législateurs français des XVIII-XIX siècles, le constitutionnalisme réunit les institutions étatiques et juridiques, bâtis selon le principe de la séparation des pouvoirs, ainsi que l'état de droit, c'est-à-dire le respect des droits des citoyens, conférés par la constitution. Il est à noter que le constitutionnalisme français du dernier quart du XIX^{ème} siècle a intégré les traditions constitutionnelles formées depuis l'année 1789⁶; notamment, les organes constitutionnelles de la Troisième république qui, avec leur institutionnalisation, ont absorbé les institutions créées aux époques précédentes. On pourra citer par exemple, le bicamérisme, institué pour la première fois dans la Constitution de 1795 ; la présidence unipersonnelle, fondée par la Constitution de 1848 ; le Conseil d'Etat, déjà consolidé par la Constitution de 1799.

A cet égard, le constitutionnalisme français, formé dans le dernier quart du XIX^{ème} siècle présente un intérêt particulier.

Le système des entités de l'autorité d'État de la Troisième République, consolidé dans la Constitution, a été créé sous l'influence de facteurs politiques importants et particuliers ; ce qui a conditionné l'originalité des lois organiques elles-mêmes ayant formées la Constitution ainsi que celles des institutions étatiques et juridiques essentielles de la Troisième République.

La Constitution de l'année 1875 n'est pas consolidée ; elle est composée de trois lois à caractère constitutionnel : la Loi « Sur l'organisation du Sénat » du 24 février 1875, la Loi « Sur l'organisation des autorités étatiques » du 25 février 1875 et la Loi Constitutionnelle « Sur les rapports entre les autorités étatiques » du 16 juillet 1875.

Deux lois organiques dérivèrent encore directement de ces lois Constitutionnelles : les Lois « Sur les élections au Sénat » et « Sur les élections dans la Chambre des députés », adoptées respectivement par l'Assemblée nationale le 2 août et le 30 novembre 1875.

La Constitution de la Troisième République est le résultat d'une longue lutte dans les rangs de l'Assemblée nationale entre les partisans d'une forme républicaine de gouvernement et les monarchistes qui avaient une approche différente du constitutionnalisme. Cela provoqua dans la Constitution une synthèse entre différentes approches relatives à l'organisation des pouvoirs publics en France. Les monarchistes forcés d'accepter une forme républicaine de gouvernement cherchèrent pourtant à rapprocher au maximum les institutions des institutions de la Troisième République du régime monarchique.

ge, que « la constitution », en notant que la doctrine du constitutionnalisme inclut des composantes différentes. v. V. Constantinesco, S. Pierré-Caps, *Droit constitutionnel*, Paris 2011, p. 8; Y.Poirmeur, D. Rosenberg, *La doctrine constitutionnelle et le constitutionnalisme français*, Paris 1989, p. 230–251.

5 A. Depper, *Commentaire de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et de 1793*, Paris 1902, p. 18.

6 M. Morabito, *Histoire constitutionnelle de la France (1789–1958)*, Paris 2008, p. 9.

De ce fait, les institutions propres aux monarchies constitutionnelles du XIX^{ème} siècle (par exemple, responsabilité collective des ministres auprès du parlement) ont été établis dans la Constitution. A cet égard, on peut accepter la caractéristique de la Loi Fondamentale de la Troisième république, présentée par A. Lebon, ex-ministre des colonies:

Cette Constitution est très loin d'être parfaite... Mais elle est la plus élastique et de compromis de toutes les constitutions, connues en France depuis l'année 1789 ... Etant un bébé de l'assemblée monarchique... elle n'est pas un produit d'une doctrine, et les pouvoirs publics essentiels, établis par elle, sont empruntés de l'expérience des époques et des régimes différents, et sont destinés à servir des contrepois mutuels⁷.

Les approches parfois contraires des acteurs de l'Etat et des hommes politiques de l'époque comme le duc Victor de Broglie, Édouard Laboulaye et Lucien-Anatole Prévost-Paradol, ont aussi leur reflet dans les lois Constitutionnelles de la Troisième république et font que la République a reçu les organes et les institutions de droit constitutionnel propres à une monarchie dualiste. Pourtant, ces institutions étatiques et juridiques elles-mêmes se sont avérées indifférentes à la forme de gouvernement. Cette circonstance a permis aux contemporains d'arguer contre la création d'une « *République trop monarchique pour les républicains et trop républicaine pour les monarchistes* »⁸.

La Troisième république a été parachevée constitutionnellement en tant que république parlementaire en 1875 mais en comportant toutefois des éléments particuliers de la république Présidentielle.

Certains chercheurs croient que la république parlementaire établie en France prévoyait déjà l'adoption des lois Constitutionnelles en 1875⁹.

Pourtant, ce n'était qu'à partir de la moitié des années 1880, qu'on a pu parler en France de république parlementaire, quand le statut effectif et juridique des organes concernés a changé.

Les lois Constitutionnelles de 1875 contenaient, de même, l'ensemble des particularités formelles et juridiques, conditionnées, principalement, par les modalités du compromis politique entre les républicains et monarchistes. Précisons que l'une d'elles concernait directement la problématique du constitutionnalisme français du XIX^{ème} siècle.

Les lois Constitutionnelles de l'année 1875 ne promulguaient ni les principes du régime constitutionnel, ni les droits et libertés traditionnels. La Constitution ne contenait aucunement de demandes déclaratives ayant caractère de principe.

⁷ A. Lebon, *Cent ans d'Histoire intérieure (1789-1895)*, Paris 1898, p. 298.

⁸ F. Lamy, *Quatre ans de provisoire (1871-1875)*, Paris 1876, p. 40.

⁹ V. M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, Paris 1923, p. 386; R. Redslob, *Le régime parlementaire*, Paris 1924, p. 170.

L'histoire de la France ne connaît que deux Constitutions dans lesquelles on ne dit rien sur les droits et libertés : les lois Constitutionnelles de 1875 et la Constitution de la Cinquième république. Et en outre, à la différence des lois Constitutionnelles de 1875 qui ne le prévoient pas, le préambule de la Constitution de 1958 fait référence au préambule de la Constitution de 1946 ainsi qu'à la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789.

Le législateur de 1875 était face à un problème plus important qui consistait en la consolidation d'une forme particulière de gouvernement. Dans ces conditions, on n'introduisait dans les lois Constitutionnelles que des articles absolument nécessaires à l'assurance d'un bon fonctionnement de l'administration d'Etat. Toutefois, cela ne signifia pas que l'Assemblée nationale rejetait les dispositions essentielles de la Déclaration de 1789. Là, on peut noter une tendance précise, qu'on suivit au cours du XIX^{ème} siècle : la déclaration de plus en plus insignifiante des droits et des libertés (exception faite de la Constitution de 1848).

Mais, postérieurement, à la fin du XIX^{ème} et au début du XX^{ème} siècle, le législateur français a adopté un ensemble de lois, contenant les normes relatives aux droits et aux libertés (*par exemple, loi sur la liberté de réunion de 1881, loi sur la liberté de la presse de 1881, la loi sur la liberté d'association de 1901 etc.*). Celles-ci et un ensemble d'autres lois ont été par la suite approuvées par le Conseil Constitutionnel de la Cinquième république en tant que les lois constitutionnelles.

Le Parlement est alors une des institutions constitutionnelles et juridiques la plus importante. Selon les lois Constitutionnelles, le Parlement était composé de deux chambres : le Sénat et la Chambre des députés.

Le pouvoir législatif dans la république est basé sur la représentation. C'est surtout sur la base des élections que le peuple délègue son pouvoir à ses représentants et autorise les autorités représentatives à exercer l'autorité étatique. En ce sens le parlement de la Troisième république est une autorité représentative.

Le principe de la séparation des pouvoirs est un des éléments fondateurs du constitutionnalisme. Malgré le fait qu'au cours des premières années d'existence de la Troisième république, selon M. Troper, « *la conception moderne de la séparation des pouvoirs a été formée* »¹⁰, les lois Constitutionnelles de 1875, elles-mêmes, et le système des entités de l'autorité d'État, établi par ces dernières, violaient ce principe. Ainsi, l'estimation de la légitimité des élections selon l'article 10 de la loi Constitutionnelle du 16 juillet 1875 n'appartenait pas au pouvoir judiciaire : « *Chacune des chambres prend elle-même une décision concernant le droit de ses membres d'être députés ou sénateurs et concernant la justesse de leur élection* »¹¹. Ainsi, le Sénat et la Chambre des députés prenaient eux-mêmes les décisions concernant la légitimité des élections et l'éligibilité de leurs membres.

10 M. Troper, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Paris 1973, p. 208.

11 *Bulletin des lois de la République française*, t. 11, no 260, Paris 1875, p. 2.

Il est à noter que les pouvoirs de la Chambre haute du Parlement français ont empiété sur ceux du pouvoir judiciaire et exécutif.

Premièrement, la Chambre des députés ne pouvait être dissoute sur la proposition du Président qu'après l'accord du Sénat. Le Sénat lui-même ne pouvait être dissout (*article 5 de la Loi du 25 février 1875*)¹². Une telle restriction des prérogatives du pouvoir exécutif de dissoudre l'assemblée représentative est apparue, notamment, dans la Constitution Française en 1875.

Deuxièmement, le Sénat en tant que Cour Suprême examinait les affaires liées à l'accusation pour haute trahison contre le Président de la République. Il examinait aussi facultativement les affaires liées à des accusations contre des ministres pour forfaitures. Et de plus, pour de telles accusations, c'est la Chambre des députés qui engageait la procédure.

De tels pouvoirs octroyés au Sénat sont tout à fait logiques puisque les députés de l'Assemblée nationale, ayant voté la Constitution en 1875, espéraient faire du Sénat « un appui du régime »¹³ dans l'espoir de rétablir une forme de gouvernement monarchique. Cependant, le trait apparent du parlementarisme en France du dernier quart du XIX^e siècle consistait en influence prédominante de la Chambre des députés sur toute la vie politique du pays avec une « inactivité » relative du Sénat. En effet, les pouvoirs exceptionnels que le Sénat avaient reçu selon la Constitution ne furent presque pas été utilisés.

Le pouvoir exécutif occupait une place à part dans le mécanisme d'Etat de la Troisième république.

Le Président de la République était chef de l'Etat. Il est à noter que le statut formel et juridique du Président de la république fut changé après l'adoption des lois Constitutionnelles de 1875. Dans les années 1871–1875, le Président de la République était en fait le chef du pouvoir exécutif. Il formait le gouvernement, était son président, dirigeait son travail. L'ascendance directe du Président de la République sur l'Assemblée nationale était absolument réduite : il n'avait qu'un droit de veto ou de suspension sur les décisions de l'Assemblée nationale (Loi du 13 mars 1873)¹⁴. Dans le même temps, certaines dispositions des lois adoptées auparavant furent consolidées dans le texte des lois Constitutionnelles¹⁵.

¹² *Ibidem*, p. 165.

¹³ J.P. Marichy, *La deuxième chambre dans la vie politique française*, Paris 1969, p. 195.

¹⁴ Selon les lois Constitutionnelles de l'année 1875 le Président de la république a reçu le droit de dissoudre la Chambre des députés avec l'agrément du Sénat (article 5 de la Loi du 25 février 1875) ; de déclarer la clôture de la session, la convocation des chambres en session extraordinaire, d'ajourner la séance des chambres (article 2 de la loi Constitutionnelle du 16 juillet 1875).

¹⁵ Ainsi, par exemple, selon la Loi du 31 août 1871 le Président nommait les ministres. La loi du 20 novembre 1873 prévoyait la durée du mandat du Président à sept ans. Ces dispositions ainsi qu'un ensemble d'autres dispositions ont donné lieu à une consolidation constitutionnel-

Le Parlement de la France élit directement le Président ; ce qui est un des traits caractéristiques de la république parlementaire.

Le Président de la république était doté de droits qui, par leur étendue, ne cédaient presque pas formellement aux droits du monarque. Les monarchistes, représentant la pluralité dans l'Assemblée nationale, étaient de fervents irréductibles d'un pouvoir présidentiel puissant. Ils espéraient restaurer la monarchie en France à l'aide du Président, « *en créant... la monarchie sans roi* »¹⁶. Cependant ces droits étendus ne correspondaient pas à la position réelle, occupée par le Président dans le système d'entités de l'autorité de l'État sous la Troisième république.

Premièrement, les lois Constitutionnelles elles-mêmes, constituaient un grand obstacle à l'exécution de la compétence d'autorité du Président¹⁷.

Deuxièmement, le Président n'était que chef de l'État, n'était pas chef du gouvernement, et était dépendant de la volonté des parlementaires qui l'avaient élu.

Troisièmement, l'adoption des lois Constitutionnelles a marqué une certaine évolution de l'institution de la Présidence ; son rôle et son importance dans la vie politique du pays ont peu à peu diminué.

Ainsi, selon la Constitution, si le Président de la Troisième république était doté de pouvoirs élargis, issus partiellement des lois, adoptées par l'Assemblée nationale dans les années 1871–1874, l'institution de la Présidence a aussi des racines plus profondes. On peut mentionner ici l'influence particulière de la Constitution de 1848 et plus largement de toute l'histoire constitutionnelle française. Il est incontestable que certaines particularités de la position juridique du Président ressemblent aux monarchies constitutionnelles. Cependant, au cours de la période courant de 1877 jusqu'à 1884, le Président a perdu de facto peu à peu ses pouvoirs sans que ce processus n'ait influé sur le contenu de la Constitution. Selon l'image de R. Poincaré, devenu président, les lois Constitutionnelles de 1875 peuvent être exprimées dans les deux articles: « *La Premier article – le Président a tous les droits, le deuxième article – le Président n'exerce aucun de ses droits sans autorisation du gouvernement* »¹⁸.

Après la réforme constitutionnelle de 1884, l'institution du Président de la République a reçu définitivement un statut propre à toute l'histoire postérieure de la Troisième république. Selon la pratique constitutionnelle, le Président n'exerçait ses droits que formellement. Une règle a été aussi établie en vertu de laquelle le Président ne devait pas prétendre à sa réélection¹⁹.

le, notamment, dans les articles 2 et 3 de la Loi du 25 février 1875.

16 B. Gueudan, *Les rois de la République*, t. 1, Paris 1925, p. 18.

17 Par exemple, les actes du Président exigeaient le contreseing du ministre concerné; le Président ne pouvait pas prendre la parole au parlement, et il communiquait avec lui soit à travers ses ministres soit à l'aide de notifications.

18 M. Baumont, *Gloires et tragédies de la III République*, Paris 1956, p. 93 – 94.

19 Pendant toute la durée de la Troisième république, il n'y eut que deux tentatives de réélection

Et, à partir de l'année 1884, en France, la restauration de la monarchie est devenue impossible par la voie suivante: « *La forme de gouvernement républicaine ne peut pas servir l'objet des propositions de révision* » (article 2 de la Loi du 14 août 1884)²⁰. L'institutionnalisation de la Troisième république s'est alors achevée en France.

Il est à noter que la Constitution ne contenait que les dispositions fragmentaires concernant le travail du gouvernement, bien que les ministres aient joué un rôle important dans le système constitutionnel français.

Les ministres étaient nommés en vertu de décrets du Président de la République. Etant précisé que le droit du Président de nommer les membres du ministère n'était indiqué par aucun article des lois constitutionnelles de 1875. Le silence de cette loi fondamentale relatif à cette question peut être expliqué par le fait que, premièrement, ce droit du Président avait été déjà exercé au moment de l'adoption de la Constitution et deuxièmement, que ce droit résultait indirectement de l'article 3 de la Loi du 25 février 1875. Aux termes de ce dernier, le Président nommait à toutes positions militaires et civiles. Il en résulte que le chef de l'Etat nommait, ainsi que révoquait tous les ministres.

Le Conseil des ministres a été révisé par la Constitution, mais il n'est évoqué qu'en passant, dans l'article 4 de la Loi du 25 février 1875, où on notait que :

Dans la mesure de présence des positions vacantes, après la proclamation de la loi existante, le Président de la république nomme au Conseil des ministres les membres réguliers du Conseil d'Etat²¹.

Cependant les lois Fondamentales de la Troisième république ne prévoyaient pas de modalités précisant l'effectif et l'activité du Conseil des ministres. Jusqu'au début du XX^{ème} siècle, le nombre des ministres fut défini par le Président ; et, en outre, le chef de l'Etat lui-même déterminait la répartition des fonctions et des engagements entre les ministres. Le président du Conseil des ministres était chef du gouvernement français, mais ses fonctions et missions n'étaient pas prévues par la Constitution.

Le trait du régime parlementaire de la Troisième république consistait en ce que le parlement, n'est pas restreint par son rôle législatif, exerçait aussi le contrôle sur l'action des ministres. Le Conseil des ministres était responsable de la gestion générale des affaires, mais en cas de vote de censure de la part des députés adressé au gouvernement, ce dernier devait se soumettre (l'article 6 de la Loi du 25 février 1875 définissait la responsabilité collective des ministres auprès du Parlement)²². Les démissions fréquentes du Conseil des ministres sont propres à la Troisième république. Pour la période allant

pour un deuxième mandat de Président (G. Grévy, A. Lebrun) et les deux furent malheureuses.
20 *Bulletin des lois de la République française*, t. 29 no 861, Paris 1884, p. 113.

21 *Bulletin des lois de la République française*, t. 10 no 246, Paris 1911, p. 165.

22 *Ibidem*, p. 166.

de 1877 et jusqu'à 1879, la durée maximal d'un cabinet du Conseil des ministres ne dépassait pas quatorze mois²³, et la « l'espérance de vie » moyenne pour la période allant de 1879 à 1914 – était d'un peu plus de neuf mois²⁴.

Ainsi, le législateur français de 1875, du point de vue formel, s'est écarté de la notion du constitutionnalisme, établie dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : les institutions constitutionnels et juridiques n'étaient pas construites selon le principe de la séparation des pouvoirs, les droits des citoyens et leur respect n'étaient pas garantis par la constitution et n'ont de plus jamais connu de mécanisme de consolidation constitutionnelle. La pratique de la construction étatique et juridique de la Troisième république s'est avérée assez éloignée dans plusieurs aspects des institutions constitutionnelles. Ainsi dans la pratique constitutionnelle, le parlement, principalement, la Chambre des députés a commencé à jouer un rôle prédominant dans le système des entités de l'autorité d'État ; ce qui, à son tour, a conditionné pour beaucoup la longévité des institutions constitutionnelles et juridiques essentielles de la Troisième république.

SUMMARY

French constitutionalism. The experience of the Third Republic

The aim of the article is to discuss the prominent features of French constitutionalism that were formed in the last quarter of the 19th century. The author underlines the particular importance of the constitutional experience of France and notes that the form of government and the several political institutions established with the proclamation of the Third Republic also exist in general terms at the present time. Further in the text, the author observes that the practice of the state and legal construction of the French Third Republic was in many ways rather distant from constitutional establishments. It is emphasized that in the practical implementation of the Constitution, the Parliament (mainly the Chamber of Deputies) came to play a major role in the system of government and that in turn has been largely responsible for the durability of the basic constitutional and legal institutions of the Third Republic.

KEYWORDS: constitutionalism, the Constitution of 1875, constitutional development, National Assembly, President

23 V.L. Dupriez, *Les ministres dans les principaux pays d'Europe et d'Amérique*, t. 2, Paris 1893, p. 334.

24 В.В. Маклаков, *Парламент Франции. Национальное собрание*, « М.: РАН. ИНИОН » 2008. Ч. 1, с. 28.

La souveraineté ou les souverainetés ? Réflexions sur les relations entre souveraineté de l'État et souveraineté de la nation

L'objet de cet article est d'analyser les relations entre théorie de la souveraineté de la nation et théorie de la souveraineté de l'État dans le droit international, ainsi que l'impact de ces concepts sur le système des sources du droit polonais. On peut distinguer essentiellement deux modèles extrêmes de relations entre ces deux concepts, à savoir :

- souveraineté de l'État, conséquence de la souveraineté de la nation, donc, de fait, cette nation exerce sa souveraineté dans ses relations internationales (*concept correspondant au droit à l'autodétermination*),
- souverainetés de l'État et souveraineté de la nation aux fonctions et niveaux de nature différente mais qui ont toutefois chacune d'elles, des modèles intermédiaires.

Afin d'analyser ces relations, nous effectuerons une tentative de définition du contenu de ces deux principes. Les systèmes doctrinaux, philosophiques et juridiques qui sous-tendent l'axiologie démocratique contemporaine seront également une référence pour nous aider dans ce processus. Il sera très important de déterminer l'origine de ces deux constructions. Elles seront analysées à travers le prisme du concept des droits naturels, du positivisme juridique et de la théorie du contrat social. Puis, il y aura confrontation des résultats de l'analyse à partir de la norme constitutionnelle polonaise, de la doctrine juridique et de la jurisprudence de la Cour Constitutionnelle (CC).

Souveraineté de l'État

La théorie classique de la souveraineté, proclamant que l'État est la plus forme suprême d'organisation politique et sociale, trouve ses racines au XIV^{ème} siècle. Cette théorie est directement liée à l'effondrement de la puissance universelle à la fois du Pape en Europe et de l'Empereur¹. C'est J. Bodin qui l'a présentée le premier, d'une manière

1 I. Wierchowicka, *Suwerenność państwowa w prawie międzynarodowym*, [dans:] *Koncepcje suwerenności. Zbiór studiów*, ed. I. Gawłowicz, I. Wierchowicka, Warszawa 2005, p. 141.

globale, dans son livre « *Six livres de la République* », publié en 1576. Sa conception de la monarchie absolue est identifiée au monarque quant à la notion de souveraineté. Il la définit comme un pouvoir absolu indépendant de tous facteurs externes ainsi que comme une indépendance totale vis à vis de ses sujets².

Le tournant de l'idée de souveraineté nationale fut sans aucun doute la Paix de Westphalie en 1648. Elle marque la fin en Europe d'une période à tendance universaliste quant à l'Empire et la Papauté. Cette paix assura en effet l'existence de pays indépendants et égaux en droit, qui reconnurent l'autonomie en matière de foi et de religion. Ce traité procurait aux monarques une souveraineté selon la conception de Bodin, c'est-à-dire absolue, indépendante de tous facteurs externes et aux compétences illimitées.

Aujourd'hui, la conception de souveraineté de l'État est fondamentalement différente de la conception westphalienne. Elle est basée sur le concept de G. Jelinek, selon laquelle le concept de l'État se compose de trois éléments essentiels constitutifs : sa population, son territoire et son pouvoir politique³. Cette définition est également élargie par un quatrième élément, la capacité qu'a l'état d'entamer et de maintenir des relations internationales (*art. 1 de la Convention sur les droits et obligations des États signée en 1933 par les pays américains, à Montevideo*)⁴.

La relation entre élément du pouvoir politique et capacité de maintenir des relations internationales, d'une manière telle que ces deux aspects de la souveraineté soient en étroite collaboration, est mise en évidence par un éminent professeur de droit international, Louis *Ehrlich*. Dans son ouvrage de référence « *Droit des Nations* », il distingue deux aspects de la souveraineté à savoir : un aspect externe, autocratique qui définit la capacité de l'État à agir sur la scène internationale, indépendamment de facteurs externes, et un aspect interne, omnipotence, qui définit la capacité de développer de manière complète et exclusive l'ensemble des relations à l'intérieur du pays⁵. Parfois, se dresse sur l'aspect autocratique un troisième aspect - l'exclusivité⁶. La souveraineté nationale est un concept indivisible qu'un état possédera ou pas. Si il y a diminution de l'un de ces aspects, on pourra conclure que l'État n'est pas souverain (*et, par conséquent, ne répond plus à la définition d'État, perdant ainsi de son statut*)⁷.

Aujourd'hui, il ne peut être question d'une souveraineté comprise dans les termes de la paix de Westphalie. Ceci est lié à la validité d'un certain nombre de normes juridiques internationales restreignant les actes des États en matière à la fois interne et externe. Il est essentiel de constater, que malgré le fait que, comme nous l'avons indiqué précédem-

2 K. Chojnicka, H. Olszewski, *Historia doktryn politycznych i prawnych*, Poznań 2004, p. 77.

3 R. Bierzanek, J. Symonides, *Prawo międzynarodowe publiczne*, Warszawa 2003, p. 120; W. Szymborski, *Międzynarodowe stosunki polityczne*, Bydgoszcz 2008, p. 75.

4 I. Wierchowicka, *op. cit.*, p. 145.

5 W. Szymborski, *op. cit.*, 75 et s.; R. Bierzanek, *op. cit.*, p. 121.

6 P. Sarnecki *et al.*, *Prawo konstytucyjne Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2011, p. 9 et s.

7 R. Bierzanek, *op. cit.*

ment, la souveraineté est aujourd'hui un concept de plus en plus commun, il existe un processus, au sein de communautés, de transfert de certaines compétences appartenant maintenant à d'autres états contractants ou à des organismes supranationaux⁸. C'est pourquoi il semble que la souveraineté de l'état actuel doive être définie simplement comme la capacité de l'État à décider de ses compétences⁹.

En Pologne, compte tenu de l'expérience d'une l'histoire amère, la souveraineté est l'une des valeurs constitutionnelles fondamentales¹⁰. Elle est mentionnée dans le deuxième paragraphe du préambule de la Constitution. Bien qu'elle ne soit pas mentionnée comme telle dans cet article, nous parlons ici littéralement de la notion de sécurité et d'intégrité de l'État mentionné à l'article 5, où la première place est donnée à la protection de l'indépendance de la Nation – ce principe coïncide avec le sens de la notion de souveraineté. Cette notion justifie en premier lieu l'existence des Forces Armées¹¹. Il apparaît en deuxième lieu, dans l'article 162 paragraphe 2, le principe selon lequel la protection de la souveraineté, après qu'il s'est assuré de la conformité de ses actes avec la Constitution, relève de la mission du Président.

Une question intéressante est de savoir si le concept de souveraineté est normatif en vertu du droit international. La doctrine reste dans ce domaine inégale¹². Il est vrai que la souveraineté est explicitement énoncée, comme déjà mentionné ci-dessus, dans l'article 1er de la Convention de Montevideo, puis, dans la Charte des Nations Unies, comme un concept « d'indépendance ». Il semble alors que, dans ces conventions, la signification de ces termes vise à protéger, selon les normes contenues dans ces documents, un certain nombre de faits déterminés.

La souveraineté de la nation.

La seconde théorie de la souveraineté réside dans la souveraineté de la nation. Le premier chercheur ayant évoqué son existence fut le penseur italien, Marsile de Padoue, (1275-1343). Il estima que le corpus de la notion de souveraineté est la capacité de légiférer, qu'il attribue uniquement au peuple et ce, de façon univoque. Plus tard, Niccolò Machiavel, dans « *Le Prince* » publié en 1513 a également considéré le gouvernement du peuple comme la meilleure forme de gouvernance possible. Les chercheurs fondent leur

8 W. Skrzydło, *op. cit.*, p. 98.

9 R. Bierzaniek, *op. cit.*, p. 122.

10 P. Sarnecki *et al.*, *op. cit.*, p. 211, Warszawa 2011; J. Kunikowski, *Suwerenność państwa wyznaczonym racji stanu Rzeczypospolitej Polskiej*, [dans:] *Suwerenność państwa w dobie integracji i globalizacji*, ed.. S. Jaczyński, A. Wielomski, Siedlce 2007, p. 219 et s.

11 Cf. M. Kordela, *Zarys typologii uzasadnień aksjologicznych w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, Bydgoszcz-Poznań 2001, p. 62.

12 W. Góralczyk, S. Sawicki, *Prawo międzynarodowe publiczne w zarysie*, Warszawa 2011, p. 128; I. Wierzchowiecka, *op. cit.*, p. 141.

position sur les arguments utilitaristes. Tout d'abord, ils ont souligné que le peuple est prêts à respecter les lois qui a établies et qu'il préfère des lois même encore plus sévères, tant qu'il en est l'auteur ; puis, qu'un tel système de gouvernance fonde le bien public, parce que le peuple mieux qu'un seul individu ou une petite élite sait reconnaître son bon droit, et de plus le désire ; d'où la volonté du peuple de mieux légiférer et d'appliquer un contrôle effectif sur les activités du gouvernement

Mais la clé de la compréhension moderne du concept de souveraineté a été, sans aucun doute donnée par Jean-Jacques Rousseau. Le penseur français a défini le souverain comme un « corps moral et collectif ». Il se compose de tous les citoyens, et la source de sa création est le contrat social. Voici à qui devait appartenir l'autorité suprême et la possibilité de créer la loi ; ce qui ne pourrait être justifiée que si celle-ci est l'expression de la volonté générale¹³. L'autorité suprême du peuple a été caractérisée par sa non-transférabilité ; et même, avec la décision unanime de tous, cette autorité ne pourra être transférée à un autre corps¹⁴. Comme il est facile de le constater, la conséquence de ce raisonnement est la thèse de la supériorité de la démocratie indirecte. J.J. Rousseau a souligné que la démocratie représentative n'est possible qu'à la condition que le représentants n'aient pas d'autorité propre, et ne fassent rien d'autre que d'exécuter leur mandat tout en restant lié à leurs instructions en termes absolus. En outre, les actes du Parlement ne sont pas convaincantes. Il faut les approuvées par un vote populaire¹⁵. J.J. Rousseau a reconnu, toutefois, une limite au droit statutaire du peuple – ce sont le droits naturels dont jouit chaque individu. N'étant pas le un résultat d'une législation, ils ne peuvent être limités ou abolis par aucun acte.

Il convient toutefois de noter que, récemment, est né un constat diamétralement opposé à celui de Rousseau dans lequel il est affirmé la supériorité d'une démocratie représentative dont le pouvoir serait confié, en raison de l'augmentation significative de la population, de l'intensification de l'activité, ainsi que la complexité de la logique politique et économique, à des agents spécialisés. Ce processus est également clairement de nature économique ; en effet, les gouvernances sous forme de démocratie directe génèreraient des coûts énormes qui serait insupportables pour la plupart des pays du monde.

Cependant, il semble que l'on ne puisse pas refusé au peuple souverain le droit de prendre les décisions finales, en particulier dans les questions clés. À l'ère de l'Internet, il ces obstacles économiques et technologiques semblent également s'estomper ; par conséquent, il ne peut être exclu, qu'à l'avenir, l'idée d'une souveraineté pleine et entière conforme à la vison de Rousseau, sera pleinement réalisée.

13 P. Uziębło, *Demokracja partycypacyjna*, Gdańsk 2009, p. 25.

14 K. Chojnicka, H. Olszewski, *op. cit.*, p. 137.

15 A. Sylwestrzak, *Historia doktryn politycznych i prawnych*, Warszawa 2012, p. 204.

Modèle de la relation entre le droit national et le droit international

Pour déterminer la relation entre les deux souverainetés sur la base de la Constitution polonaise, ils doit être mis en balance les conclusions susmentionnées du système adopté aux plans du droit national et international. On peut distinguer à cet égard quatre modèles : deux positions, qui sont des solutions distinctes du dilemme des systèmes juridiques, moniste et dualiste, et deux positions sur le pouvoir de créer des normes en vigueur dans le pays, multcentrisme et monocentrisme.

La position moniste suppose que la loi de l'État et le droit international constituent un système juridique dans lequel les règles sont disposées par rapport à l'autre d'une manière hiérarchique. Le problème avec ce système, qui est une sorte d'échelle des normes, est de savoir quelle norme, au niveau national ou international devrait être la plus élevée dans la position hiérarchique, et donc, si le droit interne doit être conforme au droit international, ou vice et versa.

A l'opposé, la position dualiste a été développé en 1899 par le scientifique allemand H. Tripel. Il a énoncé que droit de l'État et droit international sont deux systèmes complètement différents, n'ayant pas les uns avec les autres de points de contact. Ils ont d'autres sources et des objets du normalisation différents. Cette théorie ne permet pas l'application directe du droit international dans l'ordre juridique interne. Pour que ce processus ait lieu, il doit d'abord venir par des règles de transition du droit international à la norme de droit interne. Cela peut se faire de deux manières différentes : en vertu d'une règle générale interne à la Constitution, qui est de s'assurer que toutes les normes sont contraignantes pour les États membres qu'elles soient incorporées ou non à la législation nationale ou par la publication de la norme dans le bulletin officiel approprié.

La position monocentrique, quant à elle, suppose qu'un territoire puisse fonctionner à partir d'un système juridique unique et standard, qui est le résultat d'activités législatives constitutionnellement autorisées par l'entité. Les actes légiférés par des organismes internationaux et des organisations internationales ne sont en vigueur qu'après adoption par le pays.

L'opposé du monocentrisme est le conception multcentrisme. Selon E. Łętowska, le multcentrisme *est comme un système dans lequel différents centres de décision agissent de manière contraignante pour s'acquitter de leurs actions dans un même domaine juridique*¹⁶. Une définition légèrement différente du terme est donnée par A. Bień-Kacała, pour qui *le fonctionnement d'un certain nombre de centres législateurs composent un système de sources de droit fondé sur les différentes règles qu'il crée*¹⁷.

16 V. E. Łętowska, *Multicentryczność współczesnego systemu prawa i jej konsekwencje*, « Państwo i Prawo » no. 4, 2005.

17 Z. Witkowski et al., *Prawo konstytucyjne*, Toruń 2011, p. 27.

On peut déduire de ces définitions, que le multicentrisme du système juridique sur le sol polonais est étroitement lié à l'intégration du pays aux structures européennes ; intégration européenne qui signifie que la loi en vigueur dans la République est validée non seulement au niveau national, mais aussi européen. Ce principe peut également se référer à la ratification des accords internationaux par la Pologne, que l'on peut justifier en invoquant l'article. 9 de la Constitution. Mais il crée alors une série de problèmes liées aux relations entre règles du droit européen primaire et secondaire, du droit international et de la Constitution, qui est la norme supérieure du système.

L'article 87 de la Constitution stipule que « *les normes du droit international font partie du droit interne* ». Dans un sens, il peut être interprété comme l'adoption de l'existence constitutionnelle de la dualité du système juridique. Si le législateur rationnel utilise le terme « *ordre juridique interne* », on peut supposer que, en plus de l'ordre juridique interne, il existe un autre ordre juridique. Le législateur a donc intégré dans les normes nationales, le droit international. En outre, comme argument en faveur du dualisme et du multicentrisme, on peut invoquer la décision de la Cour Constitutionnelle relative à l'affaire P 37/05, dans laquelle il est stipulé que la règle du droit international a une origine différente et s'applique indépendamment de toute règle au droit national. En outre, de l'avis de la Cour, une règle de droit international peut entraîner qu'une règle de droit national ne sera pas appliquée, sans toutefois entraîner son abrogation. La Cour Constitutionnelle a reconnu qu'il s'agit là d'une source complètement différente, avec une genèse différente. Ainsi elle a directement approuvé le concept du système juridique multicentrisme. Indirectement, cela peut être interprété aussi comme une acceptation de la notion de dualité. Notant que les normes sont de nature différente, cette juridiction a indirectement admis qu'elles appartiennent à d'autres systèmes. Si un état transmet à une organisation internationale, la compétence de « légiférer » en conformité avec son ordre constitutionnel, il est présumé que cela se fera conformément aux pouvoirs qui lui ont été délégués par le peuple. Il n'y a pas alors d'obstacle à ce que les normes en vigueur sur le territoire de l'état soient formées par un autre législateur.

Le multicentrisme peut signifier non seulement la possibilité qu'à différents organismes de légiférer, mais aussi de reconnaître la possibilité de différentes origines des normes juridiques, de sorte que la législation, ainsi que d'autres sources du droit – indépendamment de la décision d'une autorité – qu'on peut définir comme loi naturelle (*les auteurs ici ne présume pas de quoi ou qui seraient constituée une source de droit spécifique à la loi naturelle – la nature humaine, un être supérieur, Dieu, la validité d'un organisme indépendant et intemporel, sans commencement*), puissent coexister dans un système juridique unique. Les droits naturels déclarés par le législateur sont intégrés au système juridique national. Par exemple, le chapitre II de la Constitution déclare fournir des garanties aux droits et libertés de l'Homme et du Citoyen. Ce sont, cependant, les droits des individus définis à partir de la théorie de J.J. Rousseau. Ces droits sont la base à toute autre loi. Si c'est le

cas, c'est que législateur ne peut les établir, telles qu'elles existent déjà. Cela se passe de la même façon en droit international – dans la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et dans la Déclaration Universelle des droits de l'Homme. Il faut faire là attention à la forme de la langue – le législateur déclare seulement ces droits. En supposant que les législateurs ne manquent pas de rationalité, on doit accepter que ce langage est utilisé spécialement. Les droits sont reconnus « naturellement », ils ne font pas l'objet d'un acte législatif.

Déterminer la relation entre souveraineté de l'État et souveraineté de la nation

Il y a une certaine analogie entre ces deux concepts. Selon le concept de la souveraineté de la nation, celle-ci doit déléguer certains pouvoirs aux représentants qu'elle a elle-même élus ; c'est ainsi qu'est formé le système de démocratie représentative et, c'est ce qui arrive généralement dans les démocraties modernes. Ceci est fait pour rationaliser le processus de gouvernance. Toutefois, le peuple souverain a le droit de prendre les décisions finales, et certaines lois qu'il peut réserver pour lui-même. Cette situation se produit, par exemple, lors d'un référendum qui est la seule forme de la décision directe dans une situation donnée. En outre, la nation a le droit d'intervenir dans le processus décisionnel, de s'opposer aux décisions de ses représentants, en particulier, s'il s'agit du pouvoir de veto du peuple, qui s'inscrit dans le cadre du référendum. De même, dans les relations internationales, l'État ne pourra jamais renoncer à sa souveraineté ; il transmettra seulement l'exécution d'une partie de ses compétences relatives à son pouvoir exécutif ou législatif. On peut y voir ici une certaine similitude entre ces concepts, mais ils ont différentes origines. Le principe de la souveraineté de la nation dans les relations internes vient du droit naturel ; la genèse de la souveraineté provient principalement du *common law*, établi dans l'émergence de normes par la pratique diplomatique. Elle est liée à la subjectivité de l'État dans les relations internationales. Pendant longtemps, les États étaient les seuls sujets de droit existant au niveau international. Les changements dans cette pensée sont intervenues lentement au XIX^{ème} et au XX^{ème} siècle, lors des mouvements d'émancipation de certaines nations. Après la proclamation de la Charte des Nations Unies, il y a eu une cristallisation de la notion de droit des peuples à l'autodétermination. Cette notion est à attribuer à la souveraineté de la nation, par opposition à la notion de souveraineté de l'État, et, en est la genèse dans le sens naturel (*implicitement contratus socialis*). Il est à noter qu'il s'agit d'un droit qui appartient à la nation – et non à une autre communauté. Ceci est d'une importance vitale pour le compte de la notion de souveraineté nationale dans les relations internes. Une nation a deux droits distinctes sur deux systèmes de droit distincts. De plus, Ces deux droits déterminent la souveraineté dans les relations externes. Le droit à l'autodétermination et la souveraineté sont des

pouvoirs avec un statut primaire, desquels la souveraineté de l'État est dérivée. Ainsi, ce dernier, interprété à partir des principes des deux règles précédentes, a, cependant, dans une certaine mesure un rôle subalterne.

À la lumière de ces résultats, nous pouvons conclure que, par sa création, la nation, acquiert un droit à la souveraineté. Dans le même temps, la nation acquiert un droit à l'autodétermination et ce processus se produit implicitement. Il s'agit d'une conséquence logique des droits individuels détenus par le peuple et d'un processus objectif. À la suite d'une synthèse de la nation, du territoire et les organismes, pour la mise en place du système juridique et administratif, il y a formation de l'État. Dès lors, elle ne consiste plus en une nation - une entité collective et désorganisée - mais en un état qui la représente - une entité séparée et hiérarchique (*sur laquelle « l'autorité publique » est exercée par nation*). Le souverain n'a plus besoin d'être dans l'arène du droit international ; il doit indiquer qu'à ce niveau de souveraineté, il n'est qu'une émanation de la souveraineté de la nation. En interprétant ceci sur la base du droit international, il agit comme représentant d'un peuple ayant établi son droit à l'autodétermination. L'État recèle donc cette subjectivité de la souveraineté en droit international, qui est essentiellement un droit intergouvernemental. En conséquence, le droit international dispose de différentes notions et institutions, qui sont souvent similaires au droit interne (*qui est génétiquement primaire*). Il convient de noter que la notion du « *droit international* » est fixée dans la doctrine, avec une signification étymologique légèrement différente du terme. Ce n'est pas seulement la loi des nations, mais aussi la loi de l'État. Dans le contexte de ces considérations, ce principe n'est pas sans importance – il indique que le peuple est primaire face à l'État. L'identification historique de l'État à la nation, s'est définie au cours de la formation et de la consolidation de l'État-nation et lors de la répartition régionale de la féodalité. En outre, pour les pays qui sont les principaux sujets de ce droit, il y a des nations qui sont le sens et l'essence de leur existence.

En droit international, la distinction de l'État au *sensu largo* et au *sensu stricto* n'est pas important sur une base quotidienne. Sur une base quotidienne, l'État *sensu stricto* représente l'État *sensu largo*. Ce concept revêt de l'importance lorsque le pouvoir de l'État cesse de représenter la nation, et existant à côté d'elle, essaie de tirer profit de son droit à l'autodétermination. L'État est indépendant des autres participants dans les relations internationales mais il est toujours responsable devant sa nation et à sa disposition. Sur la base de la législation nationale, l'État est considéré comme un organisme établi par la nation et est un sujet distinct qui lui est subordonné. L'État au *sensu largo* est une grande structure, qui se compose de l'organisation du pouvoir, la population et le territoire.

Cette structure entière a une forme semblable à la pyramide de Kelsen, dans laquelle la souveraineté de la nation est la norme de base ou de fond. Aucun accord ne peut briser cette *Grundnorm* (*norme de fond*). On peut peut-être même séparer deux *Grundnorm* : l'autodétermination et à la souveraineté. La souveraineté, qui passe par l'auto-détermi-

nation de la souveraineté nationale au niveau du droit international et la souveraineté - l'autorité suprême de l'État.

Le droit international est donc génétiquement plus jeune que le droit national. Le système international est censé en être le prochain degré, une sorte de « chapeau » sur les systèmes nationaux ; il est une structure avec un plus haut degré de conformisme. Le droit interne émane du peuple. Le droit international est dérivé d'accords entre les pays. Ainsi, le droit international, au moins dans l'esprit, vient de, (*en laissant de côté sa justification*) la volonté unanime des peuples, et par la suite, d'autres organes. Par ailleurs, l'une et l'autre lois proviennent d'autres sources.

La base du droit international est un contrat conclu par l'État - dit « *expression du consensus des nations* ». Ainsi, seuls les tats sont habilités à déterminer la compétence des autorités et des organisations internationales. Les organismes internationaux (*comme l'UE*) n'ont pas le pouvoir de décider de leur propre juridiction¹⁸. Comme la nation dans le pays, les États sur l'arène internationale a le dernier mot pour déterminer les compétences de ces organismes. De même, dans le droit interne, la source de toute loi est le peuple. L'État est limité par la constitution, émanant de la nation, ainsi que par des normes du droit naturel : les droits des membres du peuple et enfin la souveraineté de celui-ci dans son ensemble. Si les organismes internationaux déterminaient eux-mêmes, leurs compétences, ce serait une violation des règles de base du droit international, qui est inhérente au système. L'effet serait une explosion de l'ensemble du système et l'instauration d'un chaos juridique.

Mais cette adaption contemporaine de la notion souveraineté est-elle universelle et intemporelle ? L'argument « pour » est qu'elle dérive une des droits naturels. Toutefois, ce droit peut être variable en fonction de l'époque (*les concepts du droit naturel sont de contenu variable*). La validité d'un tel concept serait l'une des raisons pour affirmer une souveraineté à contenu variable¹⁹. On peut envisager de savoir s'il est possible de renoncer à sa souveraineté. Premièrement, nous devons nous poser la question de savoir si l'état peut le faire. Ici, la réponse devrait être négative - un tel pouvoir ne peut pas être autorisé aux États parce qu'ils n'ont pas établi cette souveraineté ; cela devrait être fait par les sujets de droit dont la souveraineté est dépendante - les Nations. Toujours est-il qu'il devrait exister un mécanisme permettant de se retirer d'une décision prise par la nation. Une telle décision ne serait pas une atteinte à la souveraineté du peuple, car, encore une fois, a été prise à un « *degré supérieur* ». En supposant qu'il existe une relativité et une variabilité dans ce pendant de la souveraineté, nous pouvons continuer à réfléchir sur la création d'une société commune, comme celle des pays européens, y compris l'UE.

18 V. J. Ciapiała, *Konstytucyjna zasada suwerenności Narodu w kontekście członkostwa Polski w Unii Europejskiej*, [dans:] *Koncepcje suwerenności. Zbiór studiów*, ed. I. Gawłowicz, I. Wierchowicka, Warszawa 2005, p. 362.

19 V. R. Jackson, *Suwerenność*, Warszawa 2011, p. 127-128.

Pourrait-il exister un autre contrat social ? Exprimé et consensuel ? Grâce au concept de souveraineté présenté ci-dessus, seul un « renoncement » total à la souveraineté nationale pourrait (*hypothétiquement*) émaner de peuple ; l'état, ne pouvant seul décider d'un tel « renoncement ». Certes, cela exigerait une base volontaire. Mais serait-il possible sur la base d'un contrat social d'en conclure un plus large ? Cela signifierait la création d'un nouveau « souverain ». Comment pourrait-il être conclu ? En vertu du contrat actuel ? Ou comme auparavant, par la création d'une nouvelle « *Grundnorm* » ? Comme il est issu de l'implication de droits individuels, ne devrait-il pas être le même que précédemment - dans un cadre entièrement implicite - éclairé dans le sens d'une communauté, ainsi que par l'émergence d'une nation. Ne nécessiterait-il pas un consensus ? Un tel concept crée, pour le moment, plus de questions que de réponses.

Résumé

Souveraineté de l'État et souveraineté de la nation sont des concepts actuels quelque soit la législation polonaise ou européenne standard. Nous ne pouvons pas les considérer comme équivalentes, parce qu'elles ont une origine différente, et opèrent sur deux niveaux différents. Elles sont utilisées dans différentes situations. La souveraineté de l'État permet de prendre des mesures pour conclure des accords avec d'autres sujets de droit international. La souveraineté de la nation - dans l'État (*sensu largo*) - de prendre la décision finale, par délégation de pouvoir, au niveau international - si vous utilisez le droit à l'autodétermination. Souverainetés de la nation et de l'État ne sont donc pas semblables ; il y a deux souverainetés, tandis que l'une est la base génétique et philosophique de la seconde (l'une étant dérivée de la première) ; l'autre, la souveraineté de l'État, est « le reflet » de la souveraineté de la nation sur la scène internationale. Il s'agit de deux structures juridiques différentes, fonctionnant à deux niveaux différents qui ont, cependant, de nombreuses relations, à la fois sur le plan du contenu et de la fonctionnalité. Dans le contexte du débat sur les souverainetés, une place importante est donnée au droit à l'autodétermination, qui appartient à la nation ; au niveau du droit international, il devient la base de la souveraineté de l'État créée par la nation. Il est la troisième clé, des règles essentielles des grandes communautés sociales. La souveraineté de la nation emporte sur la souveraineté de l'État. Elle a également contre elle le fait que souveraineté de la nation (*ainsi que le droit à l'autodétermination*), en est sa base.

SUMMARY

State sovereignty versus nation sovereignty

The study attempts an analysis of the relationship between the concepts of state and nation sovereignty. The thesis has been proposed that state sovereignty could be regarded as a derivation of nation sovereignty. While attempting to approve of the proposed thesis, the authors describe the relationship between both institutions by referring to their origins. In the light of concepts of sovereignty, the relationship between state and international law is presented from a philosophical perspective. Approving the proposed thesis, the authors conclude that regardless of whether state sovereignty derives from nation sovereignty or not, the two concepts refer to different backgrounds which can be seen both in their origins and contemporary realities.

KEYWORDS: theory and philosophy of law, state sovereignty, nation sovereignty

ANDRZEJ GADKOWSKI
UNIVERSITÉ DE GENÈVE
UNIVERSITÉ ADAM MICKIEWICZ DE POZNAŃ

À propos de la liberté de navigation sur les fleuves internationaux: L’Affaire de l’Oder devant la Cour permanente de Justice internationale

Le droit fluvial international a suscité, depuis longtemps, l’intérêt de la discipline de droit international public. Son évolution, en parallèle à d’autres domaines du droit international, concernait en particulier le principe de la liberté de navigation sur les fleuves internationaux à la lumière aussi bien des accords internationaux, que de la pratique internationale. Deux raisons ont par conséquent guidé le choix du sujet de cette contribution.

En premier lieu, la problématique de la liberté de navigation sur les fleuves internationaux est incontestablement liée avec l’affaire de l’Oder. Cette affaire, soumise à la Cour permanente de Justice internationale en 1929, illustre de façon très claire les tendances dans le développement du droit fluvial international moderne, dès ses origines à la fin du XVIII^e siècle jusqu’à la Conférence de Barcelone en 1921. Au XIX^e siècle, ce domaine a en particulier été dominé par l’idée de la liberté de navigation. Par la suite, au XX^e siècle, fut introduite la réglementation relative à l’utilisation des fleuves autre que celle de la navigation, ce qui a contribué à participer à la création d’un véritable *corpus* de normes en droit des cours d’eau internationaux¹. L’évolution actuelle dans ce domaine incite à souligner l’idée de gestion commune de ressources en eau.

1 Voir la Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d’eau internationaux à des fins autres que la navigation, New York, 21 mai 1997, doc. A/51/869, annexé à la résolution 51/229 du 8 juillet 1997 (le texte de la Convention est reproduit [dans:] L. Boisson de Chazournes, R. Desgagné, C. Romano, *Protection internationale de l’environnement : Recueil d’instruments juridiques*, Paris 1998, p. 457-471). Cette convention est le seul instrument international d’application universelle qui gouverne le régime des ressources en eau douce partagées. Son adoption a été le résultat d’un long processus lancé par l’Assemblée générale par la résolution 2669 (XXV), [dans:] laquelle la Commission du droit internationale a été chargée d’entamer «une étude sur le droit d’utilisation des cours d’eau à des fins autres que la navigation en vue de développement progressif et de la codification de ce droit». Même si la Convention n’est pas encore entrée en vigueur, plusieurs accords internationaux ont été développés sur sa base, voir : S. C. McCaffrey, *The codification of universal norms: a means to promote cooperation and equity ?*, [dans:] *International Law and Freshwater : the Multiple Challenges*, eds. L. Boisson de Chazournes, C. Leb, M. Tignino, E. Elgar, Cheltenham 2013, p. 133-134.

En second lieu, le fleuve Oder a suscité l'intérêt de la doctrine polonaise du droit international. De nombreux travaux dans ce domaine ont été publiés, en particulier par les professeurs de l'Université de Poznań, le plus célèbre étant le premier directeur du Département de droit international, le professeur Bohdan Winiarski. Son rôle dans le développement du droit fluvial international reste encore aujourd'hui incontestable². Dans son cours à l'Académie de droit international de La Haye en 1933, il a formulé l'opinion suivante:

On connaît le rôle que les grands cours d'eau jouèrent dans l'histoire de toutes les civilisations les fleuves roulent dans leurs flots l'histoire et la vie des nations. Au cours de cet examen, nous avons pu constater que le droit fluvial international se développe au milieu d'incessants conflits d'intérêts et d'idées, mais qu'il se développe quand même. Ne pas tenir compte des réalités, vouloir brûler les étapes, serait compromettre les résultats déjà atteints et les possibilités que l'avenir nous réserve. Heureusement, le droit fluvial international suivra son cours aussi sûrement et invariablement que les fleuves eux-mêmes suivent le leur³.

Le présent travail sera divisé en trois parties. Dans la première partie, je parlerai de la liberté de navigation en prenant en considération l'exemple de l'Oder. Ensuite, je présenterai la composition et le fonctionnement de la Commission internationale de l'Oder. L'arrêt de la Cour permanente de Justice internationale relatif à l'affaire de l'Oder fournira la base de mes considérations dans la dernière partie de cette contribution.

Liberté de navigation sur les fleuves internationaux dans la pratique sur l'exemple de l'Oder

Contexte général

L'Oder est un fleuve qui, depuis des siècles, joue un rôle très important dans les relations polono-allemandes. L'histoire montre que les relations entre ces deux pays ont été au cours de derniers siècles assez complexes ; ce qui a entraîné déjà avant le Traité

2 Le professeur Winiarski a été, entre autres, conseiller juridique de la délégation polonaise à la Conférence de Paix de Paris, membre de la Commission de la Communication et du Transit de la Société des Nations, participant à la Conférence de Barcelone, délégué polonais à la Commission internationale de l'Oder, représentant du Gouvernement Polonais devant la Cour permanente de Justice internationale et, finalement, juge à la Cour Internationale de Justice dans les années 1946-1967.

3 B. Winiarski, *Principes généraux du droit fluvial international*, « Recueil de Cours de l'Académie de droit international de La Haye », III, 1933, p. 84 et 212.

de Versailles de nombreux changements dans le statut juridique de l'Oder⁴. Après la Première Guerre mondiale, suite aux modifications territoriales, le besoin de déterminer à nouveau le statut des fleuves se fit pressant. L'État polonais, recouvrant son indépendance après 123 ans, devint un sujet de plein droit du droit international. Les réglementations les plus importantes se référant aux frontières de l'État polonais se trouvent dans le Traité de Versailles, de même que celles précisant le statut du fleuve Oder.

Cadre juridique: Le Traité de Versailles de 1919

Dans le but d'élaborer les principes régissant la liberté de navigation sur les fleuves, la Conférence de paix réunie à l'issue de la Première Guerre mondiale a convoqué la Commission pour le régime international des ports, voies d'eau et voies ferrées⁵ et l'a chargée non seulement de fixer les conditions à imposer aux anciens ennemis du point de vue du régime de communication par eau, mais aussi d'établir un ensemble de principes qui pourraient constituer la charte des communications internationales. La Commission a commencé ses travaux le 3 février 1919. Malheureusement, celle-ci n'a pas rempli sa mission, faute de temps. Elle n'a rédigé que les clauses à appliquer aux fleuves intéressant les anciens pays ennemis⁶. Son rapport a été inclus au Traité de Versailles, dans la Partie XII intitulée Ports, voies d'eau et voies ferrée (article 321 et suivants). Le Traité n'a pas donné de définition des fleuves internationaux. Il s'est limité à les énumérer.

L'article 331 définit l'étendue territoriale de l'internationalisation des cinq fleuves (Elbe, Vltava, Oder, Niémen, Danube). Il déclare comme

internationaux l'Elbe (Labe) depuis le confluent de la Vltava (Moldau), et la Vltava (Moldau) depuis Prague, l'Oder (Odra) depuis le confluent de l'Oppa ; le Niémen (Russtrom-Memel-Niémen) depuis Grodno ; le Danube depuis Ulm ; et toute partie navigable de ces réseaux servant naturellement d'accès à la mer à plus d'un État ainsi que les canaux latéraux et chenaux qui seraient établis, soit pour doubler ou améliorer des sections naturellement navigables desdits réseaux fluviaux, soit pour réunir deux sections naturellement navigables du même cours d'eau.

L'étendue territoriale de l'internationalisation de l'Oder ne se limite pas au fleuve, mais s'étend aussi aux affluents « *servant naturellement d'accès à la mer à plus d'un État* », alors, à l'époque, aux sections particulières de la Warthe et de la Netze. L'internationalisation concerne aussi des

4 V. B. Winiarski, *Rzeki polskie ze stanowiska prawa międzynarodowego*, Poznań 1922, p. 149 - 150. et M. Sibert, *Traité de droit international public. Le droit de la paix*, Paris 1951, p. 818.

5 Aux travaux de la Commission participait, entre autres, B. Winiarski.

6 P. Fauchille, *Traité de droit international public*, Paris 1925, p. 483.

canaux latéraux et chenaux qui seraient établis, soit pour doubler ou améliorer des sections naturellement navigables desdits réseaux fluviaux, soit pour réunir deux sections naturellement navigables du même cours d'eau.

Le caractère d'internationalisation du réseau fluvial de l'Oder est précisé dans les articles 332 à 337 du Traité de Versailles. Il faut souligner que ces dispositions traitent sur un pied d'égalité les États riverains et non riverains. Certains auteurs voient dans ces dispositions le dictat des grandes puissances, comme la Grande Bretagne et la France⁷. L'article 332 stipule que

les ressortissants, biens et pavillons de toutes Puissances seront traités sur le pied d'une parfaite égalité, de telle sorte qu'aucune distinction ne soit faite, au détriment des ressortissants, des biens et du pavillon d'une quelconque de ces Puissances, entre ceux-ci et les ressortissants, les biens et le pavillon de l'État riverain lui-même ou de l'État dont les ressortissants, les biens et le pavillon jouissent du traitement le plus favorable.

Pour éviter que ce principe ne soit détourné du fait d'une fiscalité illégale, le Traité prévoit que les taxes à percevoir sur la navigation sont exclusivement destinées à couvrir d'une façon équitable les frais d'entretien ou d'amélioration du fleuve ou de ses accès (art. 333). Le Traité règle aussi les questions de transit des voyageurs, bateaux et marchandises (art. 334), de droits de douane (art. 335), d'exécution des travaux d'entretien et d'amélioration (art. 336), de la possibilité de recours juridique dans le cas de différend (art. 337).

Les dispositions mentionnées aux articles 332 à 337 avaient un caractère temporaire et devaient, en vertu de l'art. 338, être remplacées par une convention générale établie par les puissances alliées et associées et approuvée par la Société de Nations.

Les dispositions des articles 331 à 337 du Traité de Versailles ont été reprises dans d'autres traités de paix. Du point de vue de la Pologne, une grande importance était accordée aux dispositions du « Petit Traité de Versailles » du 28 juin 1919⁸. La ratification de cet accord a provoqué de vives réactions, car son article 18 obligeait la Pologne à étendre le régime des articles 331 à 337 du Traité de Versailles à la Vistule et cela jusqu'à ce qu'une convention générale relative aux voies navigables soit élaborée.

La Pologne a depuis toujours protégé le caractère national de la Vistule et de ses affluents. Dans cette situation, elle s'est référée aux dispositions de l'article 97 du Traité de Versailles qui donnait à la Pologne « le plein et entier contrôle de ce fleuve »⁹.

7 S. Wajda, *Z historii prawnomiedzynarodowej Odry*, [dans:] *Status prawnomiedzynarodowy Odry*, red. J. Gilas i S. Wajda, Opole 1982, p. 20.

8 Dz. U. RP 1920 nr 110 poz. 728.

9 La Vistule n'a pas eu, à ce temps-là, la qualité de fleuve international, v. R. Bierzanek, *Prawo*

Cadre juridique: La Convention et le Statut de Barcelone

Les travaux préparatoires menant à l'élaboration de la Convention ont commencé lors de la Conférence de Paris. La Commission pour le régime international des ports, voies d'eau et voies ferrées, mentionnée ci-dessus, fut remplacée par la Commission pour l'étude de la liberté des communications et du transit (en tant qu'organe de la Société des Nations). Le 20 avril 1921, la Convention et le Statut sur le régime des voies navigables d'intérêt international aussi bien que la Convention et le Statut sur la liberté du transit furent signés.

Les dispositions de la Convention et du Statut constituent un compromis entre la conception d'internationalisation de toutes les voies navigables, même purement nationales, et la conception de la sauvegarde de la souveraineté des États particuliers sur ces fleuves navigables¹⁰. Le résultat de ce compromis est visible dans la définition des voies navigables d'intérêt international formulée dans l'article premier du Statut. Elle n'englobe pas les voies d'eau situées entièrement sur le territoire d'un seul État. Selon la définition,

seront considérées comme voies navigables d'intérêt international :

1. Toutes parties naturellement navigables vers et depuis la mer d'une voie qui, dans son cours naturellement navigable vers et depuis la mer, sépare ou traverse différents États, ainsi que toute partie d'une autre voie d'eau naturellement navigable qui sépare ou traverse différents États.
2. Les voies d'eau ou parties de voies d'eau naturelles ou artificielles, désignées expressément comme devant être soumises au régime de la Convention générale concernant les voies navigables, soit dans les Actes unilatéraux des États sous la souveraineté ou l'autorité desquels se trouvent lesdites voies d'eau ou parties de voies d'eau, soit dans des accords comportant notamment le consentement des dits États.

L'étendue de cette définition est fortement limitée, car elle englobe seulement « *toutes parties naturellement navigables vers et depuis la mer d'une voie d'eau* ». En vertu de l'article premier alinéa 1b, cela ne s'applique qu'à

toute voie d'eau naturelle ou partie de voie d'eau naturelle faisant actuellement l'objet d'une navigation commerciale ordinaire ou susceptible, par ses conditions naturelles, de faire l'objet d'une telle navigation.

międzynarodowe publiczne, Warszawa 1954, p. 243.

¹⁰ L'effort de la délégation polonaise, avec la participation de B. Winiarski, pour la conclusion de ce compromis doit être salué. v. B. Winiarski, *Rzeki polskie...*, p. 118-119.

A contrario, la définition n'englobe ni des voies d'eau artificielles, ni des voies d'eau qui pourraient être construites à l'avenir. En outre, ont été exclus de cette définition, *expressis verbis*, les canaux latéraux construits au long d'une voie d'eau, dans le but de faciliter la navigation, s'ils ne séparent ou traversent des territoires des différents États¹¹. En discutant l'étendue des voies navigables définie dans l'article premier, il faut souligner que cette disposition ne couvre pas les affluents de telles voies, sauf si ces affluents dans leur cours navigable séparent ou traversent différents États, ayant ainsi un caractère international.

La formule « *vers et depuis la mer* » (article I point 1a) nécessite aussi une explication. Il ne suffit pas, tout d'abord, qu'une voie d'eau sépare ou traverse les territoires de différents États, mais il faut aussi qu'elle donne accès à la mer. En outre, cette formule permet de fixer des points précis indiquant sur quelle section une voie d'eau navigable est considérée comme internationale. La formule « *vers la mer* » est également utilisée pour régler de façon claire le fait que la liberté de navigation sur les fleuves internationaux comprend aussi le droit de passer par la mer territoriale pour atteindre la haute mer, et à l'inverse. Cette expression a permis d'éviter des controverses apparues lors de l'interprétation de l'article 1 de l'annexe 16b à l'Acte final du Congrès de Vienne qui se réfère au Rhin¹².

L'expression « *depuis la mer* » exige aussi une brève clarification. Elle détermine le lieu où un fleuve devient navigable dans son amont. En général, les accords internationaux concernant des fleuves particuliers déterminent ce point. Par exemple, dans la Convention de Mannheim, ce lieu est Bâle. L'article 331 du Traité de Versailles fixe des points précis pour des fleuves particuliers¹³.

Il faut aussi souligner que le 20 avril 1921, les participants à la conférence ont signé un protocole additionnel à la Convention de Barcelone. Ils y ont affirmé qu'ils peuvent, sous réserve de réciprocité, en temps de paix et sans préjudice à leurs droits de souveraineté, accorder une égalité parfaite de traitement aux pavillons de tout État signataire du protocole, sur toutes les voies navigables et toutes les voies naturellement navigables qui, placées sous leur souveraineté et n'étant pas considérées comme d'intérêt international, sont accessibles à la navigation commerciale ordinaire vers et depuis la mer¹⁴.

En appréciant les dispositions de la Convention, il faut souligner que selon l'article 3, sur toutes les voies navigables considérées d'intérêt international

sous réserve des stipulations des articles 5 et 17, chacun des États contractants accordera, sur les parties des voies navigables qui se trouvent sous sa souveraineté ou

11 V. art. I al. 1 d.

12 Cet article a utilisé la formule « jusqu'à la mer ». Ainsi, les Pays-Bas ont affirmé que la liberté de navigation n'englobait pas la mer territoriale ce qui a provoqué de nombreux différends dans la navigation sur le Rhin. Cette situation a été changée avec la Convention de Mannheim de 1868 ; v. B. Winiarski, *Rzeki polskie...*, p. 131.

13 K. Równy, *Wolność żeglugi tranzytowej na rzekach międzynarodowych*, Wrocław 1986, p. 65.

14 P. Fauchille, *op. cit.*, p. 491.

autorité, le libre exercice de la navigation aux navires et bateaux battant pavillon de l'un quelconque des États contractants.

Ce principe est complété par l'article 4 stipulant que

dans l'exercice de la navigation ci-dessus visée, les ressortissants, les biens et les pavillons de tous les États contractants seront, sous tous les rapports, traités sur le pied d'une parfaite égalité.

La Convention ne proclame le principe de la liberté de navigation que pour les États signataires. Ainsi, l'étendue de la liberté de navigation semble être moindre que pour les conventions précédentes, par exemple l'Acte final du Congrès de Vienne. En outre, la conception de Barcelone prévoit des exceptions à la liberté complète de navigation, y compris parmi les États signataires. L'article 5 réserve le droit du petit et du grand cabotage sur la section d'une voie d'eau appartenant à un État particulier aux bateaux battant son propre pavillon¹⁵. L'exception de l'article 17 concerne la liberté de navigation pour les

bâtiments de guerre, de police, de contrôle et tous les bâtiments exerçant, à un titre quelconque, la puissance publique.

De nombreux auteurs sont d'avis que la Convention de Barcelone a constitué un pas très important dans le développement du droit fluvial international. B. Winiarski, qui a participé à son élaboration, a affirmé que :

la Conférence de Barcelone, une de plus brillantes, peut-être la plus brillante conférence d'après-guerre, aura toujours eu le grand mérite d'avoir, pour la première fois, soumis à une discussion éclatante tous les problèmes du droit fluvial international et sous tous les aspects ; on retrouve les formules de Barcelone dans les conventions bilatérales, dans les traités de commerce et de navigation ; ce sont là des éléments qui constituent une acquisition durable pour le droit international¹⁶.

Malheureusement, la Convention n'a jamais acquis le statut d'une réglementation universelle. Parmi les nombreux pays qui ne l'ont pas ratifié figure la Pologne¹⁷. La non-ratification de cet instrument par la Pologne joue un rôle important dans l'affaire de

15 Pour plus d'informations à ce sujet v. K. Równy, *op. cit.*, p. 66-67.

16 B. Winiarski, *Principes généraux...*, p. 92.

17 Sur la position de la Pologne envers la Convention, v. J. Makowski, *Prawo międzynarodowe publiczne*, Warszawa 1930, p. 195.

l'Oder, devant la Cour permanente de Justice internationale, qui sera analysée dans la partie suivante.

La Commission internationale de l'Oder

Composition de la Commission

Dans le but de mettre en application les dispositions du Traité de Versailles concernant l'internationalisation de l'Oder, l'article 341 avait prévu la création de la Commission internationale de l'Oder composée d'un représentant de la Pologne, de la Prusse, de l'État tchécoslovaque, de la Grande Bretagne, de la France, du Danemark et de la Suède¹⁸. Cette composition exige une explication.

Tout d'abord, on retrouve dans la composition de cette Commission la participation des représentants des États non-riverains mais alliés (la France et la Grande Bretagne) et des représentants des États non-riverains et non-alliés (le Danemark et la Suède). Il semble que les puissances, en discutant la composition de la Commission, ont essayé d'anticiper une solution pour neutraliser une éventuelle opposition de la part des États riverains lors de ses travaux¹⁹.

Ensuite, la question fortement contestée de la participation de la Pologne à la Commission mérite d'être soulevée. La délégation américaine, sous prétexte du plébiscite en Haute-Silésie (Górny Śląsk), avait proposé d'exclure la Pologne des travaux de la Commission, car si le résultat du plébiscite devait être défavorable pour la partie polonaise, celle-ci, par la suite, ne posséderait plus de rives de l'Oder et n'aurait donc plus d'intérêt de participer aux travaux de la Commission. La délégation polonaise, de son côté, a soutenu que même après un résultat défavorable du plébiscite, la Pologne devrait toujours participer aux travaux de la Commission, étant donné que son territoire est traversé par les affluents de l'Oder. Finalement, les États Unis et la Grande Bretagne ont accepté l'argument de la délégation polonaise, mais en même temps ont décidé d'augmenter le nombre de représentants de la Prusse. Des publicistes polonais ont fait valoir qu'il s'agit du premier succès de l'Allemagne dans le processus de réalisation du Traité de Versailles, avant même son entrée en vigueur²⁰.

Finalement, la position de la Pologne à l'égard de la composition de la Commission doit être examinée dans le contexte général, en prenant en compte les dispositions de l'article 18 du « Traité minoritaire » (Petit Traité de Versailles) concernant l'internationalisation de la Vistule et de ses affluents. La Pologne a estimé que ces réglementations étaient injustes et discriminatoires. Dans la protestation officielle du 26 juin

18 Dans les travaux de la Commission la Pologne a été représentée par Professeur B. Winiarski.

19 S. Wajda, *Z historii...*, p. 21.

20 S. Wajda, *Międzynarodowy status Odry w okresie międzywojennym, a stanowisko Polski*, „Przegląd Stosunków Międzynarodowych” no 1, 1977.

1919, elle a argumenté qu'en imposant ce traité à la Pologne, les États contractants avaient à nouveau livré le territoire polonais à l'expansion économique allemande²¹. C'est dans ce contexte qu'il faut juger la position de la Pologne concernant la Commission internationale de l'Oder et les concessions des grandes puissances en faveur de l'Allemagne.

Fonctionnement de la Commission et position de la Pologne

Après l'entrée en vigueur du Traité de Versailles, toutes les controverses liées à l'Oder ont été visibles dans les travaux de la Commission internationale de l'Oder²². Elle s'est réunie pour la première fois en 1920 à Baden-Baden et a tout de suite commencé à élaborer le projet d'acte de navigation, envisagé par l'article 344 du Traité de Versailles. Selon cet article, il fallait :

- a) choisir le siège de la Commission internationale et fixer le mode de désignation de son président,
- b) déterminer l'étendue des pouvoirs, particulièrement en ce qui concerne l'exécution des travaux d'entretien, d'aménagement et d'amélioration du réseau fluvial, le régime financier, l'établissement et la perception des taxes, le règlement de la navigation,
- c) délimiter les sections du fleuve ou de ses affluents auxquelles devra s'appliquer le régime international.

Déjà, en 1922, pendant la session de la Commission à Swinemunde (Świnoujście), des divergences fondamentales concernant sa compétence territoriale sont apparues. Il fallait définir les sections du fleuve auxquelles devait s'appliquer le régime international. La partie polonaise a constaté que les dispositions du Traité de Versailles n'avaient pas prévu la juridiction de la Commission pour les parties navigables des affluents, la Warthe et la Netze, situées sur le territoire polonais. La Pologne a argumenté que l'article 331 s'étendait seulement aux sections des affluents Warthe et Netze qui donnent accès à la mer à plus d'un État. De ce fait, la juridiction de la Commission sur ces fleuves ne devait s'étendre que jusqu'à la frontière polono-allemande²³.

21 B. Winiarski, *Rzeki polskie*, p. 17.

22 Informations concernant les premières années de travail de la Commission : Publications de Cour permanente de Justice internationale, série A no 23 : Affaire relative à la juridiction territoriale de la Commission internationale de l'Oder.

23 Voir Extraits des protocoles de la Commission Internationale de l'Oder (Session à Swinemunde, juillet 1922) dans les publications de la Cour permanente de Justice internationale, série C Actes et documents relatifs aux arrêts et aux avis consultatifs de la Cour, no 17-II-dix-septième session, Documents relatifs à l'arrêt no 16 affaire relative à la juridiction territoriale de la Commission internationale de l'Oder, p. 477.

Les délégués allemands, qui dans un premier temps ont déclaré que l'administration de la Commission concernait seulement le fleuve Oder, ont changé d'avis et se sont prononcés pour l'internationalisation de toutes les parties navigables des affluents de l'Oder sans égard au tracé des frontières étatiques. C'est ainsi que l'Allemagne s'est prononcée pour une internationalisation aussi vaste que possible des fleuves. Les autres États membres de la Commission soutenaient initialement la position de l'Allemagne, et cela à cause du soin qu'ils portaient pour le bien de leurs propres intérêts économiques²⁴.

Les divergences fondamentales entre la Pologne et l'Allemagne, mais aussi entre les autres membres de la Commission, sont apparues clairement dans la résolution signée pendant la session à Dresde en 1924²⁵. Dans cette résolution, la Commission s'est référée à l'article 376 du Traité de Versailles sur le règlement des différends²⁶. Suite à la proposition de la France et de la Grande Bretagne, l'affaire a été transmise à la Commission consultative et technique des Communications et du Transit de la Société des Nations.

Un groupe de recherche de trois personnes a été convoqué et s'est rendu à Poznań et à Nakło pour examiner l'affaire sur place. La Commission a préparé un rapport sur la base duquel la Commission consultative et technique a élaboré un projet d'avis de conciliation.

Mais les positions prises par les parties au différend concernant l'étendue de l'administration de la Commission internationale de l'Oder et l'étendue de la liberté de navigation sur l'Oder, la Netze et le canal de Bromberg, n'ont pas changé. La discussion, bien qu'ayant été prolongée pendant les deux sessions en 1925, n'a pas permis d'élaborer un compromis²⁷. Par la suite, la Commission internationale de l'Oder, dans une résolution, a demandé aux gouvernements des États membres de mettre en œuvre tous les moyens nécessaires pour résoudre ce problème. Dans leur réponse, les gouvernements ont habilité leurs représentants à élaborer un compromis.

Ce compromis, signé à Londres le 30 octobre 1928²⁸, soumettait l'affaire à la décision de la Cour permanente de Justice internationale. L'affaire fut notifiée à la Cour le 29

24 S. Wajda, *Z historii...*, p. 24s.

25 Documents de cette session, *v.* Publications de la Cour permanente de Justice internationale, série C Actes et documents relatifs aux arrêts et aux avis consultatifs de la Cour, No 17-II-dix-septième session, Documents relatifs à l'arrêt no 16 affaire relative à la juridiction territoriale de la Commission internationale de l'Oder, p. 491s.

26 « Les différends qui pourront s'élever entre les Puissances intéressées au sujet de l'interprétation et de l'application des dispositions qui précédent, seront réglés ainsi qu'il sera prévu par la Société des Nations ».

27 S. Wajda, *Międzynarodowy status...*, p. 20-21.

28 Publications de la Cour permanente de Justice internationale, série C Actes et documents relatifs aux arrêts et aux avis consultatifs de la Cour, no 17-II-dix-septième session, Documents relatifs à l'arrêt no 16 affaire relative à la juridiction territoriale de la Commission internationale de l'Oder, p. 244s.

décembre 1928²⁹. Avant de présenter cette étape devant la Cour, il convient de formuler quelques remarques sur le fonctionnement de la Commission à la suite de l'arrêt de la Cour.

Après l'arrêt de la Cour permanente de Justice internationale, l'Allemagne a présenté des prétentions irréalistes et a prétendu que l'internationalisation de la Warthe allait jusqu'à Sieradz, et celle de la Netze jusqu'à Gopło. Pendant la session de la Commission de 1931, qui avait lieu à Cracovie, la Pologne a qualifié les prétentions de la partie allemande de provocation, et les a rejetées³⁰. Dans les années suivantes, le Gouvernement allemand s'est efforcé de rendre les travaux de la Commission aussi difficiles que possible, en étant, par exemple, le seul État n'ayant pas signé le projet d'acte de navigation en 1923.

L'inefficacité totale des travaux de la Commission était étroitement liée à l'accession au pouvoir d'A. Hitler. Le ministre des Affaires étrangères de l'Allemagne, Joachim von Ribbentrop, a déclaré que

depuis le 30 janvier 1933, le but de la politique étrangère allemande a consisté à la dénonciation des clauses du Traité de Versailles et de ses conséquences³¹.

Voilà pourquoi la Commission internationale de l'Oder a évité de toucher aux questions importantes lors de ses travaux. Après la session de 1936, le délégué allemand a écrit à l'Ambassadeur de la Pologne à Berlin que l'Allemagne considérait l'internationalisation de l'Oder comme étant discriminatoire. Selon lui, l'Oder n'était pas un fleuve international puisqu'il n'était navigable que sur le territoire allemand. Son internationalisation, par les affluents Warthe et Netze, constituait une extension artificielle de la notion de l'internationalisation³².

La même année, le Gouvernement allemand a retiré ses délégués de la Commission sans nommer de nouveaux représentants³³. Le 14 novembre 1936, il a dénoncé unilatéralement les clauses de la partie XII du Traité de Versailles sur les voies d'eau. Dans sa note, il a conclu que le Traité de Versailles, en contradiction avec le principe fondamental de l'égalité des droits, a créé dans ce domaine, au détriment de l'Allemagne, un système artificiel. En outre, le Gouvernement allemand a précisé qu'il ne se considérait plus lié par les dispositions du Traité de Versailles concernant les voies d'eau parcourant le territoire allemand, ainsi que par les statuts internationaux concernant la navigation, basés sur lesdites dispositions³⁴. La réaction des États participant aux travaux de la Commis-

29 S. Wajda, *De l'histoire internationale...*, p. 25.

30 A. Konopka, *Sprawa umiędzynarodowienia polskich odcinków Warty i Noteci*, Lwów 1932, p. 17.

31 S. H. Intyre, *Legal Effect of World War II on Treaties of the United States*, La Haye 1958, p. 55.

32 *Ibidem*, p. 37.

33 *Ibidem*, p. 73.

34 Sur cette note, v. L. Oppenheim, *International Law. A Treatise*, vol. 1, New York-Toronto, p. 471; M. M. Whiteman, *Digest of International Law*, vol. 3, Washington 1964, p. 879.

sion divergea. La France et l'État tchécoslovaque ont remis au Gouvernement allemand des notes de protestation. La Grande Bretagne et la Pologne ont exprimé leur regret.

La Commission internationale de l'Oder s'est réunie, pour la dernière fois, sans la participation de l'Allemagne, en avril 1937 à Vienne. Les États membres ont décidé que la Commission ne pouvait pas exercer ses fonctions sans la participation des représentants allemands. La délégation polonaise a considéré qu'il fallait procéder à la liquidation de la Commission et au partage de ses actifs³⁵. La position de la Pologne peut paraître surprenante, mais l'internationalisation totale du réseau fluvial de l'Oder (par exemple, la Warthe et la Netze) n'était pas dans l'intérêt de la Pologne.

Suite à la proposition de la Pologne, soutenue par la Grande Bretagne, la Commission décida de ne plus continuer ses sessions annuelles. Cela signifia, *de facto*, son extinction.

En résumant mes remarques sur le régime des voies d'eau présenté dans la Traité de Versailles et sur le fonctionnement de la Commission internationale de l'Oder, je voudrais souligner que la conception « de Versailles » a fait preuve d'inefficacité pour au moins deux raisons. Tout d'abord, le Traité s'est prononcé sur l'assimilation totale de traitement des États non-riverains et des États riverains, en négligeant les droits souverains de ces derniers. En outre, les voies d'eau situées sur les territoires des États vaincus et certains des États alliés ont été soumises à l'égalité de traitement ce qui a entraîné une communauté d'intérêts paradoxale, si l'on pense, par exemple, au cas de la Pologne et de l'Allemagne³⁶. C'est en prenant en considération toutes ces circonstances qu'il faut interpréter l'arrêt rendu par la Cour permanente de Justice internationale, discuté ci-dessous.

L'arrêt de la Cour permanente de Justice internationale

Différend

Comme déjà mentionné, les États membres de la Commission internationale de l'Oder ont signé, le 30 octobre 1928 à Londres, un compromis dans l'affaire de la juridiction territoriale de la Commission internationale de l'Oder. En vertu de l'article 40 du Statut de la Cour et de l'article 35 du Règlement de la Cour, ce compromis fut transféré à la Cour par le Chargé d'affaires de la Grande Bretagne à la Haye, Monsieur Ralph C.S. Stevenson³⁷. Conformément à l'article 1 du compromis, la Cour a été priée de statuer sur les questions suivantes :

35 V. Archive des Actes Nouveaux, no de référence 3739, p. 76.

36 S. Wajda, *Z historii...*, p. 34.

37 Publications de la Cour permanente de Justice internationale, série C Actes et documents relatifs aux arrêts et aux avis consultatifs de la Cour, no 17-II-dix-septième session, Documents relatifs à l'arrêt no 16 affaire relative à la juridiction territoriale de la Commission internationale de l'Oder, p. 17.

La juridiction de la Commission internationale de l'Oder s'étend-elle, aux termes des stipulations du Traité de Versailles, aux sections des affluents de l'Oder, la Warthe (Warta) et la Netze (Notec), situées sur le territoire polonais, et, dans l'affirmative, sur quels éléments de droit doit-on se baser pour fixer les points amont jusqu'où s'étend cette juridiction?³⁸

Ce différend opposait la Pologne aux six autres puissances représentées à la Commission. Les « six Gouvernements » ont argumenté qu'en application des dispositions du Traité de Versailles, la juridiction de la Commission s'étendait aux sections de la Warthe et de la Netze situées sur le territoire polonais et que l'étendue géographique de la juridiction de la Commission devait être déterminée en vertu des dispositions de l'article 331 du Traité de Versailles et de l'article premier de la Convention de Barcelone en référence à l'article 338 du Traité de Versailles.

Le Gouvernement polonais a, par contre, soutenu que la juridiction de la Commission ne s'étendait pas aux sections polonaises de la Warthe et de la Netze. L'argumentation polonaise se fondait sur l'interprétation textuelle de l'article 331, selon laquelle les sections polonaises des deux affluents de l'Oder (la Warthe, la Netze) ne tombaient pas sous cet article vu qu'elles ne donnaient pas l'accès à la mer à plus d'un État. Cet état de choses ne pouvait être changé par l'article 338 qui renvoie à la Convention de Barcelone, du simple fait que la Pologne ne l'avait pas ratifiée. Le Gouvernement polonais a constaté que même si la Convention de Barcelone lui était opposable, les sections polonaises de la Warthe et de la Netze étaient soumises au « régime international » et non pas à « l'administration de la Commission ». Il faut garder à l'esprit que la Convention établit une différence entre ces deux hypothèses. En outre, le Gouvernement polonais a souligné que le seul article qui déclare les cours d'eau soumis à l'administration de la Commission, à savoir l'article 341, mentionne seulement le fleuve Oder et ne dit rien sur ses affluents.

Avant de procéder à l'examen des questions de fond, la Cour a dû trancher deux questions préliminaires soulevées par le Gouvernement polonais et liées à l'affaire. La première a porté sur l'opposabilité ou non de la Convention de Barcelone à la Pologne. La seconde sur la distinction entre les notions « régime international » et « administration internationale ».

Non-applicabilité de la Convention de Barcelone

Concernant la non-applicabilité de la Convention de Barcelone, la Cour a approuvé la position du Gouvernement polonais en décidant que l'article 338 ne constituait pas une base suffisante pour rendre la Convention opposable à la Pologne. L'applicabilité

³⁸ *Ibidem*, p. 245.

de la Convention exigeait sa ratification (article 4 de la Convention). Comme la Pologne n'avait pas rempli cette exigence, la Cour a été d'avis que

les questions à elle soumises doivent être résolues exclusivement sur la base du Traité de Versailles et sans tenir compte du renvoi que l'article 338 de ce Traité fait à ladite Convention³⁹.

Notions du « régime international » et de « l'administration internationale »

En considérant cette question, la Cour a eu recours à une interprétation systémique et a décidé que si le traité internationalise une voie d'eau et, en même temps, instaure une commission internationale particulière, même sans limiter son étendue territoriale de compétences, il faut admettre que cette dernière a été créée dans le but d'établir un régime international pour toute la voie d'eau concernée. Par conséquent, les limites territoriales du régime international et de l'administration internationale sont les mêmes et concernent toutes les parties internationalisées du fleuve et du réseau fluvial⁴⁰.

Questions de fond

Le 10 septembre 1929, la Cour par neuf voix contre trois, a rendu l'arrêt portant sur les questions de fond telles que formulées dans le compromis du 30 octobre 1928⁴¹.

En répondant à la première question, la Cour a statué que :

la juridiction de la Commission internationale de l'Oder s'étend, aux termes des stipulations du Traité de Versailles, aux sections des affluents de l'Oder, la Warthe (Warta) et la Netze (Noteć), situées sur le territoire polonais⁴².

La réponse à la deuxième question était la suivante :

Les éléments de droit sur lesquels on doit se baser pour fixer les points amont jusqu'où s'étend cette juridiction sont les principes contenus dans l'article 331 du Traité de Versailles⁴³.

39 Jurisdiction territoriale de la Commission internationale de l'Oder (Allemagne *et al.* c. Pologne), arrêt no 16, 1929, Cour permanente de Justice internationale, série A-no 23, p. 22.

40 *Ibidem*, p. 23.

41 M. Bustamante, Pessoa, juges titulaires, et M. le comte Rostworowski, juge ad hoc polonais, déclarent ne pouvoir se rallier à l'arrêt rendu par la Cour, et, se prévalent du droit que leur confère l'article 62 du Règlement, ont joint un exposé de leurs opinions dissidentes.

42 Jurisdiction territoriale de la Commission internationale de l'Oder (Allemagne *et al.* c. Pologne), arrêt no 16, 1929, Cour permanente de Justice internationale, série A-no 23, p. 31-32.

43 *Ibidem*, p. 32.

Cette décision suscite quelques remarques. La question litigieuse a porté sur le sens à donner à la formulation de cette partie de l'article 331 de Traité de Versailles qui parle de « *toute partie navigable de ces réseaux servant naturellement d'accès à la mer à plus d'un État* ». Cette disposition stipule que l'internationalisation est liée à deux conditions : la voie d'eau doit être navigable et elle doit servir naturellement d'accès à la mer à plus d'un État. La Cour, supposant la navigabilité de la Warthe et de la Netze en territoire polonais, a procédé à l'analyse de la seconde condition. D'un côté, le Gouvernement polonais a soutenu que la section de la Warthe, respectivement de la Netze, située sur le territoire polonais ne servait d'accès à la mer qu'à la Pologne et que, partant, ne rentrait pas dans la définition de l'article 331. D'un autre côté, selon la thèse des Puissances autres que la Pologne, la condition exigée par cet article était remplie, car elle devait être comprise par rapport à la voie d'eau comme telle et non à une partie déterminée de son cours.

La Cour a rejeté la thèse du Gouvernement polonais selon laquelle un texte peu clair devait être interprété de façon à restreindre le moins possible la liberté des États. Même si la Cour a admis comme juste ce principe d'interprétation, elle a souligné qu'il devait être appliqué avec la plus grande prudence⁴⁴. La Cour a préconisé l'utilisation d'autres moyens d'interprétation, en particulier ceux régissant la matière à laquelle le texte a trait (interprétation systématique). C'est seulement quand tous les autres moyens d'interprétation ne permettent pas de résoudre la question litigieuse, qu'il pourrait y avoir lieu d'avoir recours à l'interprétation la plus favorable du point de vue de la souveraineté. Ainsi, on peut admettre que la Cour, en contradiction avec l'interprétation textuelle de l'article 331 du Traité de Versailles aussi bien qu'avec les principes généraux de l'interprétation juridique, fait recours à une méthode extensive d'interprétation⁴⁵. Cette interprétation a été désavantageuse du point de vue des droits souverains de la Pologne. La position prise par la Cour est basée sur une interprétation systématique du droit fluvial international de l'époque. La Cour a analysé le contenu de ce droit à partir des dispositions de l'Acte final du Congrès de Vienne de 1815. Sur ce fondement, la Cour a dégagé une tendance générale dans le développement de ce droit qui, selon elle, consistait à internationaliser toute la partie navigable des fleuves. Elle n'a pas trouvé d'indices dans la pratique internationale permettant de constater que l'internationalisation se limitait à la dernière frontière étatique. Cette tendance ressort tout d'abord de la volonté d'assurer un vaste accès à la mer et, en outre, de la notion de la communauté d'intérêts de tous les États riverains. Considérant ces facteurs, la Cour a décidé que la liberté de navigation ne s'arrêtait pas à la dernière frontière⁴⁶.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 26.

⁴⁵ Sur l'interprétation des traités, v. L. Ehrlich, *Interpretacja traktatów*, Warszawa 1957; Lord McNair, *The Law of Treaties*, Oxford 1961, p. 345; Aujourd'hui les problèmes de l'interprétation des traités sont présentés dans La Convention de Vienne sur le droit des Traités du 29 mai 1969 (art.31-33), UNTS vol. 1155, p. 331.

⁴⁶ Jurisdiction territoriale de la Commission internationale de l'Oder (Allemagne et al. c. Pologne), arrêt No 16, 1929, Cour permanente de Justice internationale, série A-no 23, p. 28 ; S. Wajda,

La Cour a bien jugé les tendances dans le droit fluvial international. Mais elle n'a en revanche pas pris en considération le fait que le Traité de Versailles constituait le point culminant de la reconnaissance de la liberté de navigation, et qu'après 1919, on pouvait observer un changement dans son étendue. Ceci est dû à deux facteurs : premièrement, que la résistance des États riverains au régime de Versailles, désavantageux de leur point de vue, grandissait et, ensuite, que de nouveaux modes d'utilisation des fleuves, liés en particulier à des fins commerciales, sont apparus et se sont rapidement développés avec, pour conséquences, des aspirations revendicatrices visant à modifier le droit fluvial international⁴⁷. Les juges de la Cour permanente de Justice internationale étaient sans doute conscients de cette évolution, mais ont repris la voie tracée par les dispositions du régime de Versailles.

Néanmoins, la Cour permanente de Justice internationale s'est référée à l'idée de communauté d'intérêts⁴⁸ en tant que conception justifiant la liberté de navigation et a souligné son importance dans l'affaire de l'Oder. La Cour a constaté que :

ce n'est pas dans l'idée d'un droit de passage en faveur des États d'amont mais dans celle d'une certaine communauté d'intérêts des États riverains que l'on a cherché la solution du problème. Cette communauté d'intérêts sur un fleuve navigable devient la base d'une communauté de droit, dont les traits essentiels sont la parfaite égalité de tous les États riverains dans l'usage de tout le parcours du fleuve et l'exclusion de tout privilège d'un riverain quelconque par rapport aux autres⁴⁹.

Par la suite, la Cour a souligné que c'est précisément sur cette idée qu'est fondé incontestablement le droit fluvial international, établi par l'Acte du Congrès de Vienne et appliqué ou développé par les conventions ultérieures. Il est certes vrai que la conception d'une communauté d'intérêts sur un fleuve navigable est sans doute plus convaincante que la celle d'une servitude internationale. Elle garantit les intérêts de tous les États d'un fleuve navigable, et non seulement ceux des États d'amont. Néanmoins, dans la pratique, l'utilisation d'un fleuve par les États non riverains doit être fondée sur un titre juridique bien défini et non sur une conception générale de la communauté d'intérêts⁵⁰. Cette position était aussi celle de la Cour. Tout en invoquant la communauté d'intérêts, la Cour

Z historii..., p. 27-28.

47 V. R. R. Baxter, *The Law of International Waterways*, Cambridge 1964, p. 127-128.

48 Sur la doctrine de la communauté d'intérêts, v. A. S. Al-Khasawneh, *Do judicial decisions settle water-related disputes*, [dans:] *op. cit.*, eds. L. Boisson de Chazournes, Ch. Leb, M. Tignino, p. 346; S. McCaffrey, *The Law of International Watercourses*, Oxford 2007, p. 147.

49 Jurisdiction territoriale de la Commission internationale de l'Oder (Allemagne *et al.* c. Pologne), arrêt no 16, 1929, Cour permanente de Justice internationale, série A-no 23, p. 27.

50 S. Wajda, *Prawo wolności żeglugi rzecznej ze stanowiska prawa międzynarodowego*, „Przegląd Stosunków Międzynarodowych” no 5, 1979, p. 46.

ne l'a pas considérée comme un titre juridique suffisant pour la navigation sur toute la partie navigable d'un fleuve, mais seulement comme une idée sur laquelle se fonde le droit fluvial international. La base effective du droit fluvial international est les accords internationaux qui déterminent les droits et obligations des États désireux de profiter de la navigation sur les sections « étrangères »⁵¹ d'un fleuve navigable.

Au sujet des bases juridiques de la navigation fluviale en général, il semble judicieux de citer encore une fois le professeur B. Winiarski qui souligne que :

d'habitude, pourtant, la liberté de navigation est stipulée par les États intéressés dans les accords qu'ils concluent. Chaque accord international accordant à un État particulier ou bien à plusieurs États le droit à naviguer sur un fleuve constitue, à la fois, la confirmation du principe immuable de la souveraineté d'un État donné à travers duquel coule le fleuve, et aussi la constatation du principe selon lequel le droit de naviguer sur le territoire étranger ne peut être basé que sur la volonté expresse du État territorialement intéressé⁵².

L'arrêt de la Cour a été critiqué dans la doctrine polonaise du droit international. À titre d'exemple, le professeur J. Makowski a estimé que la Cour, en rendant l'arrêt, a plutôt pris en considération des raisons politiques et opportunistes que des règles du droit et de la légitimité⁵³.

Les réglementations du Traité de Versailles concernant les fleuves étaient défavorables à la Pologne. Toutefois, elle ne les a pas critiquées catégoriquement à cause de sa préoccupation de sauvegarder le caractère national des autres fleuves situés sur son territoire, en particulier la Vistule. La Pologne n'était pas intéressée à maintenir le statut de l'Oder instauré par le Traité de Versailles ; ce qui s'est reflété, par exemple, à propos de la question de la fin de fonctionnement de la Commission internationale de l'Oder.

Conclusion

En guise de conclusion, on constate que le statut juridique de l'Oder comme fleuve international a visiblement évolué. Cette évolution a, sans aucun doute, été influencée par des changements géopolitiques dans cette partie de l'Europe.

Suite à l'extinction du régime de Versailles qui a internationalisé l'Oder et à la fixation de nouvelles frontières après la Seconde Guerre mondiale, le statut actuel de l'Oder s'est consolidé. Se référant aux critères de base de classification des fleuves, on peut admettre aujourd'hui que l'Oder est un fleuve international mais pas un fleuve internationalisé.

51 Sections d'un fleuve appartenant à un autre État.

52 B. Winiarski, *Rzeki polskie...*, p. 86.

53 J. Makowski, *op. cit.*, p. 195.

C'est un fleuve commun entre la Pologne, l'Allemagne et la République Tchèque. L'Oder n'est plus un fleuve ouvert à la liberté totale de navigation. Les réglementations internationales actuelles concernant l'Oder illustrent d'une façon claire que la liberté de navigation sur les fleuves internationaux doit se fonder sur un titre juridique défini, tel qu'un accord international.

L'exemple de l'Oder ainsi que celui d'autres fleuves comme le Mékong, le Rio de la Plata, ou le Saint-Laurent, éveillent des doutes sur l'existence du principe formulé dans l'article 13 des Règles de Helsinki qui stipule que :

chaque État riverain jouit de droits de libre navigation sur tout le cours d'un fleuve ou sur tout le lac.

Le droit fluvial international actuel, en réglementant la liberté de navigation sur les fleuves internationaux, se fonde en particulier sur les accords internationaux conclus entre les États intéressés et non pas, comme auparavant, sur des conventions générales.

En outre, il faut souligner qu'après la Seconde Guerre mondiale, les trois États riverains de l'Oder n'ont pas conclu d'accord international commun qui réglerait l'utilisation navigable ou non-navigable de tout le cours d'eau du fleuve. Ils ont donc omis de mettre en œuvre le principe de la communauté d'intérêts des États riverains.

C'est seulement récemment qu'on observe des changements en la matière. Dans le souci d'améliorer l'état écologique de l'Oder et de la mer Baltique dans laquelle ce fleuve se jette, les Gouvernements polonais, allemand et tchèque ont signé le 11 avril 1996 un accord mettant en place la Commission Internationale pour la protection de l'Oder contre la pollution⁵⁴. Son objectif est de réduire la pollution de l'Oder et de la mer Baltique et de prévenir et réduire les risques de dommages causés par les inondations. Espérons qu'il s'agit du prologue à une coopération plus étroite entre ces États riverains dans la gestion commune et l'utilisation de l'Oder à l'avenir.

SUMMARY

The freedom of navigation on international rivers. The Oder case before the Permanent Court of International Justice.

The aim of the article is to present the issue of the freedom of navigation on international rivers in the context of the Oder case brought before the Permanent Court of International Justice in 1929 – a case of utmost importance for the development of the law of international watercourses and contemporary international law applicable to water resources. The author analyses the provisions of the Treaty of Versailles which

⁵⁴ Dz. U. 1999 nr 79 poz. 886.

declared the Oder to be an international river and put it under the jurisdiction of an international commission. The territorial jurisdiction of the International Commission of the River Oder was disputed between Poland and Germany, leading to the aforementioned proceedings before the PCIJ. The author presents the arguments put forward by both parties, the legal context of the case – in particular the provisions of the Treaty of Versailles and of the Barcelona Convention – and analyses the Court's judgment. An analysis of the judgment is carried out, having recourse to the main concepts of the law of international watercourses.

KEYWORDS: law of international watercourses, navigation on international rivers, International Commission of the River Oder, Treaty of Versailles

THIMOTHÉE FRINGANS
UNIVERSITÉ LILLE 2

Les recettes de cuisine françaises peuvent-elles être protégées juridiquement ?

Chaque pays possède ses spécialités culinaires incontournables. S'agissant de la France, en 2010, le repas gastronomique à la française a été inscrit au patrimoine culturel immatériel de l'Humanité par les experts de l'UNESCO. Etant donné la réputation gastronomique de la France à travers le monde, il est intéressant d'examiner la situation de la gastronomie et des recettes de cuisine dans le droit français. Il ne fait nul doute qu'il existe une réglementation alimentaire, des AOC¹, des AOP², des IGP³ et des règles concernant l'hygiène. Mais qu'en est-il du droit de la propriété intellectuelle français ? Celui-ci protège-t-il les recettes et les créations culinaires ?

La question qui vient à l'esprit est celle de savoir si une recette peut appartenir à quelqu'un ? Par exemple, un chef cuisinier peut-il grâce aux droits d'auteurs revendiquer la propriété et des droits sur une recette culinaire qu'il a créée ?

Les recettes de cuisine non protégeables en tant que telles par les droits d'auteur

En droit français, pour que les droits d'auteur couvrent une création, il faut que celle-ci soit considérée comme œuvre protégeable.

En effet, la création se doit, tout d'abord, d'être réalisée par l'homme. Il n'est pas question de parler de création pour le résultat de certaines activités d'animaux ou de robots. Il faut également que cette création soit un minimum fixée, c'est-à-dire qu'elle doit dépasser le seuil de l'idée.

Enfin et surtout, pour être considérée comme protégeable, l'œuvre doit être originale⁴.

1 Appellations d'Origine Contrôlées.

2 Appellations d'Origine Protégées.

3 Indications Géographiques Protégées.

4 Article 1. 112-4 du Code de la Propriété Intellectuelle français: « Le titre d'une œuvre de l'e-

L'originalité s'entend comme l'empreinte de la personnalité de l'auteur. Il faut que le créateur mette sa patte, un peu de lui dans sa création. On ne tiendra pas compte de la famille concernée par l'invention (littérature, art, musique...), ni de sa forme (orale, écrite, visuelle...) ou de son but (peinture pour une toile, peinture sur une assiette...). De plus, il n'est pas inclus de notion de mérite dans les conditions de protection⁵. Une œuvre pour être protégeable n'a pas besoin d'être belle ou l'auteur talentueux. La non prise en compte de ces critères laisse donc une palette de possibilités assez large.

Tout cela fait, qu'à priori, une création culinaire semble pouvoir être protégeable que ce soit en salé ou en sucré, à manger ou à boire, pour des recettes de particuliers ou de professionnels, que celles-ci soient bonnes ou mauvaises. Quant à l'originalité, il est aisément possible de penser qu'un chef cuisinier met de sa personnalité dans ses plats. Certains chefs possèdent même un style de cuisine bien particulier.

Pourrait-on, par conséquent, en déduire que les chefs français peuvent s'approprier leurs recettes culinaires grâce aux droits d'auteur français? Et bien, non!

En effet, la justice française, il y a quelques années, a vu se présenter à deux reprises une affaire où la question se posait. Cela a permis à la jurisprudence de prendre position sur le sujet, la loi n'y répondant pas.

Tout d'abord, le Tribunal de Grande Instance de Paris, en 1974, a pu indiquer que

Dans la mesure où les recettes culinaires ont été empruntées au fonds de l'art culinaire, elles constituent une compilation et, dans la mesure où elles sont inédites, elles s'apparentent à un cours ou à l'exposé d'une méthode ; les manières de procéder qu'elles décrivent ne sont pas, en tant que simples idées, sujettes à la protection de la loi de 1957, pas plus qu'elles ne sont, par ailleurs susceptibles d'être protégées au titre des brevets d'invention. » Il est ajouté que « Certes, à raison de sa composition et de sa forme, une compilation peut donner prise au droit d'auteur, de même qu'un cours ou l'exposé d'une méthode en tant que texte littéraire⁶.

Plus récemment, le Tribunal de Grande Instance de Paris, en 1997, a pu affirmer à propos d'une affaire dans laquelle un chef cuisinier est tombé en désaccord avec une société de production concernant ses recettes dans une œuvre audiovisuelle que

sprit, dès lors qu'il présente un caractère original, est protégé comme l'œuvre elle-même. » qui permet de déduire que l'œuvre doit être originale pour être protégeable.

5 Article L. 112-1 du Code de la Propriété Intellectuelle français: « Les dispositions du présent code protègent les droits des auteurs sur toutes les œuvres de l'esprit, quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination. »

6 TGI Paris, 10 juil. 1974 ; D. 1975, somm. p. 40

Si les recettes de cuisine peuvent être protégées dans leur expression littéraire, elles ne constituent pas en elles-mêmes une œuvre de l'esprit ; qu'elles s'analysent en effet, en une succession d'instructions, une méthode ; qu'il s'agit d'un savoir-faire, lequel n'est pas protégeable⁷.

Dans ce conflit, le litige a été porté jusqu'à la Cour de Cassation, la Haute Juridiction française. Le chef cuisinier a obtenu gain de cause mais sans que les juges se soient prononcés sur la réelle protection des recettes de cuisine par les droits d'auteurs, ayant résolu le problème juridique sur un autre fondement.

Du point de vue de la jurisprudence française, les recettes culinaires ne sont pas des œuvres de l'esprit. Il n'est pas question de création mais de « savoir-faire », d'« habileté professionnelle », de « méthode », de « succession d'instructions », d'un « cours », d'un « exposé de méthode », d'« une manière de procéder décrite », voire de « simples idées ».

Les juges se refusent donc à qualifier autrement ce qu'ils ne voient que comme des successions d'instructions ou une méthode. Si nous analysons le raisonnement des juges, nous nous rendons compte que, de leur point de vue, les recettes culinaires ne sont que la description d'une succession d'actions, d'ordres, d'explications, d'instructions. Les juges ne voient nullement la composition culinaire comme une création culinaire.

La jurisprudence française ne s'est donc pas réellement prononcée sur les recettes culinaires en tant que création de plat ou de pâtisserie, sur l'alliance de saveurs comme alliance originale, par exemple, mais uniquement sur la recette culinaire en tant que marche à suivre pour cuisiner ou pâtisser.

Les recettes de cuisine protégées par les droits d'auteur en tant que texte littéraire

Comme nous venons de le voir, la jurisprudence française reconnaît sans problème une protection à la recette culinaire dans sa version littéraire. Cela a été dit sans détour par les juges dans l'affaire évoquée précédemment dès la première instance : « *Si les recettes de cuisine peuvent être protégées dans leur expression littéraire [...]* »⁸. Bien évidemment, comme toute œuvre, à condition qu'elle réponde aux conditions de protection. Il faut donc que la rédaction de la recette soit un minimum originale.

7 TGI Paris, 3ème ch., 1ère section, 30 sept. 1997, RIDA, juil. 1998, no 177, *La cuisine mettrait-elle les pieds dans notre P.L.A ?*, p. 273, note Pirreda ; RIDA, juil. 1998, no 177, *Jurisprudence*, p. 147, note Kerever.

8 TGI Paris, 3ème ch., 1ère section, 30 sept. 1997, RIDA, juil. 1998, no 177, *La cuisine mettrait-elle les pieds dans notre P.L.A ?*, p. 273, note Piredda ; RIDA, juil. 1998, no 177, *Jurisprudence*, p. 147, note Kerever.

Par conséquent, il ne faut pas copier ou s'approprier le texte d'une recette qui a été rédigé par un autre auteur. Certes, il n'y a sûrement pas autant de possibilités de se servir des techniques littéraires dans le texte d'une recette de cuisine que dans un roman. Pas non plus de possibilités de jouer habilement avec la langue française, mais il y a tout de même une façon de présenter les instructions d'une recette de cuisine. Il est donc normal de voir dans le texte d'une recette culinaire, une œuvre protégeable par les droits d'auteur. La protection est également étendue à la présentation des recettes : le texte, la photo, la disposition, la mise en page etc.

Des litiges ont permis aux juges français de préciser cela dans le cas de recettes publiées dans un magazine. Ainsi, en 1992, le Tribunal de Grande Instance de Paris a estimé, concernant des articles rédigés dans des rubriques culinaires d'un magazine, par une journaliste salariée, qui a poursuivi son ancien employeur en contrefaçon, que

Considérant que si les textes de ces articles revêtent un caractère nécessairement descriptifs, ils sont accompagnés de nombreuses illustrations destinées à mettre en valeur les plats cuisinés ou modèles choisis, qui, par leur agencement et leur composition, présentent un caractère original méritant protection⁹.

Cela a été confirmé en 2003 par la Cour d'Appel de Paris qui a reconnu l'originalité protégeable du texte des rubriques en relevant que si la journaliste a, en effet, incorporé des indications fournies par des tiers, elle a, au vu des informations techniques, procédé à leur sélection et leur mise en forme en leur assurant une « *présentation particulière* ». Ces opérations de sélection, de mise en forme et de présentation confèrent « aux ensembles ainsi constitués le caractère d'œuvre originale »¹⁰.

Les cuisiniers, détenteurs de savoir-faire

Pour la jurisprudence française, la recette culinaire est donc protégeable en tant que texte littéraire par les droits d'auteurs mais pas la recette en elle-même.

Il peut être compréhensible que les recettes de cuisine et la cuisine en général soient vues comme un savoir-faire par la jurisprudence. En effet, l'image du chef cuisinier qui est véhiculée est celle d'un cuisinier avec de l'expérience qui connaît la théorie et la pratique de la bonne cuisine, qui connaît les bases de la gastronomie, qui sait inventer de nouvelles créations et qui a un certain tour de main.

Quant à une recette de cuisine, c'est effectivement une suite d'instructions qui indique une méthode à suivre pour arriver à un plat ou une pâtisserie donné.

⁹ CA Paris, 1ère ch., 27 mai 1992, RIDA 154, p. 157.

¹⁰ CA Paris, 4ème ch. B., 14 nov. 2003, RIDA, 1er juil. 2004, no 201, p.179-181, *Œuvres protégées sous condition d'originalité*, note Kerever.

Le savoir-faire peut être éventuellement protégeable juridiquement sous certaines conditions. En effet, le savoir-faire protégeable est défini par le règlement d'exemption du 27 avril 2004 relatif aux accords de transferts de technologies. Il y est présenté comme un ensemble d'informations pratiques non brevetées, résultant de l'expérience et testées, qui est secret, substantiel et identifié.

Les connaissances constituant le savoir-faire doivent bénéficier d'une protection en vertu des dispositions internationales et en vertu des accords ADPIC de 1994. La Convention d'Union de Paris prônait cette solution amplement mise en œuvre par la jurisprudence. En effet, c'est l'action en concurrence déloyale qui permet la protection du savoir-faire en l'absence de droit privatif ou à défaut l'action en responsabilité civile. L'usage est souvent l'action en concurrence déloyale, fondée sur les articles 1382 et 1383 du Code Civil français. Il faudra donc rapporter la preuve d'une faute, d'un préjudice et l'existence d'un lien de causalité entre les deux.

Le savoir-faire protégeable a donc deux intérêts

Le premier est de mettre en valeur les connaissances du cuisinier, de mettre en avant ce qu'il fait, ce qu'il invente, sa cuisine, ses recettes culinaires et donc ses créations culinaires. De plus, la qualification de savoir-faire protégeable permet la passation de celui-ci par un contrat de transmission de savoir-faire. Le savoir-faire protégeable possède donc une valeur patrimoniale.

Le second avantage est de permettre d'avoir une base sur laquelle s'appuyer pour demander la réparation de son préjudice.

Néanmoins, ce n'est pas l'outil idéal pour avoir une protection sur une recette ou sur une création donnée. Mais le système du savoir-faire, et surtout la gestion de celui-ci par le biais de la transmission, peut s'en approcher car cela permet au cuisinier d'avoir plus de contrôle sur ses créations.

Considérer une recette culinaire comme invention brevetable

Puisqu'une recette culinaire peut être nouvelle dans le sens où aucun cuisinier ou entreprise agroalimentaire n'aurait proposé auparavant une telle recette, on peut éventuellement penser qu'il est possible de la protéger par le brevet.

En théorie, cela peut effectivement être le cas si la création culinaire répond à plusieurs conditions.

Tout d'abord, il faut que la recette soit nouvelle, qu'elle n'ait jamais été imaginée auparavant. Ensuite, il faut qu'il y ait activité inventive, c'est-à-dire qu'il ne faut pas que la recette paraisse évidente pour un homme du métier, à savoir dans notre contexte, un cuisinier dont la cuisine est le métier ou un chargé de création culinaire dans une industrie

agroalimentaire par exemple. Et enfin, il faut que l'invention soit susceptible d'application industrielle, qu'elle soit destinée au commerce, destinée à être reproduite.

A priori, une recette peut donc répondre à ces trois premières conditions. De plus, il faut également que l'invention se propose de résoudre un problème. En cuisine, il s'agira plutôt de problème de cuisson, de tenue, de texture. Le fait de résoudre des problèmes en cuisine paraît donc tout à fait envisageable. Ajoutons à cela, qu'il existe, au sein de la Classification Internationale des Brevets, des classes concernant l'alimentation à savoir les classes A21, A22 et A23.

Tout cela amène à confirmer qu'une recette de cuisine est potentiellement brevetable.

Néanmoins, il n'est pas évident de pouvoir qualifier une recette de cuisine d'invention brevetable car souvent il manque une des conditions notamment l'activité inventive et surtout le fait d'apporter une solution à un problème technique donné. Effectivement, faire qu'un plat, une pâtisserie ou une préparation chocolatée soient bons, n'est pas un problème technique à résoudre dans le sens où l'entend le droit des brevets.

Cependant, en parcourant les bases de brevets, on peut se rendre compte que certaines recettes culinaires passent la porte du monde du brevet car il est possible de trouver des recettes de cuisine déposées et enregistrées à l'Institut National de la Propriété Industrielle français. Les domaines de la cuisine couverts par les brevets français sont majoritairement ceux de la panification, de la biscuiterie et de la confiserie. Les dépôts proviennent surtout d'entreprises agroalimentaires mais certains chefs étoilés français ont aussi procédé à des dépôts de recettes de cuisine ou de pâtisserie comme Pierre Hermé, Marc Veyrat, Guy Savoy, Pierre et Michel Troisgros ou Joël Robuchon.

La question qui peut se poser est celle de savoir si ces brevets ont réellement un fondement, s'ils ne sont pas seulement dissuasifs et s'ils valent réellement quelque chose devant une juridiction en cas de litige.

La jurisprudence française sur le sujet se fait rare mais nous pouvons citer une décision relative à un brevet portant sur un pain aromatisé qui a été annulé pour manque d'activité inventive¹¹.

Dans tous les cas, ce qui est sûr, c'est que le dépôt de brevet ne semble pas être le moyen le plus adapté aux cuisiniers, non seulement du fait du coût de la procédure, mais également du fait de la nature même du brevet. Effectivement, ce dernier n'a pas été pensé pour protéger des créations culinaires, il ciblerait plutôt les produits alimentaires faits à la chaîne par des sociétés agroalimentaires.

¹¹ Cass. Com. 3 mai 1978, Bull. IV, no 124, p. 104.

Protéger l'esthétique grâce aux dessins et modèles

De nos jours, l'esthétique des plats est aussi important que le goût, l'équilibre des saveurs ou l'alliance des textures. Les chefs cuisiniers soignent leur présentation, font attention aux couleurs, au visuel de leur création culinaire.

Certains plats peuvent être qualifiés d'œuvres d'art dans le sens où les assiettes sont aussi jolies que certains tableaux en termes de forme, de couleurs.

Les photographies de ces plats sont bien évidemment protégées par les droits d'auteur. Ainsi, le photographe possède la propriété de ses clichés.

On peut logiquement se demander si l'aspect esthétique peut être protégé par le titre de propriété industrielle qu'est le dessin et modèle au même titre que la forme d'une chaise ou d'un parapluie, par exemple.

Pour qu'une création soit protégeable par le dessin et modèle, il faut qu'elle respecte certaines conditions à savoir le fait d'être nouvelle, dans le sens qu'elle n'ait jamais été divulguée auparavant ou alors pas divulguée depuis plus de douze mois, et qu'elle ait un caractère propre, c'est-à-dire que la création ne doit pas susciter une impression de déjà-vu.

Cela semble tout à fait possible notamment en pâtisserie où les gâteaux, les pièces montées ou autres gourmandises sont parfois de véritables sculptures, de vraies œuvres d'art. On peut penser, par exemple, au « biscuit moelleux au chocolat et éclats d'amandes, mousse au chocolat et aux éclats de chocolat noir à la fleur de sel » de Pierre Hermé pour Noël 2012 qui imite des souches recouvertes de neige ou à de nombreuses pièces montées.

Au-delà de la notion visuelle de design qui nous semble mériter protection, on peut constater que la classification des dessins et modèles, en l'occurrence la Classification de Locarno, prévoit, dans sa classe 1 les produits alimentaires. Celle-ci est partagée en plusieurs sous-classes visant boulangerie, biscuits, pâtisserie, pâtes, fruits et légumes, fromages, beurres, produits de boucherie, de charcuterie et de poissonnerie...

D'ailleurs, en effectuant des recherches sur la base de données de dessins et modèles, il est possible de trouver des bonbons, des gâteaux, des pièces montées, des glaces, des pizzas, des pâtés en croûte, des brochettes, des sushis...

Cette protection offerte par le dessin et modèle interdit seulement de faire un plat ayant la même présentation. Il sera donc possible à un cuisinier de copier la recette d'un autre sous condition de ne pas arriver, intentionnellement ou pas, au même résultat esthétique dans l'assiette.

Le modèle peut donc être une très bonne solution pour protéger une création culinaire s'agissant de son apparence mais pas de la recette.

Se servir des marques comme protection indirecte

Il reste un troisième titre de propriété industrielle qui peut éventuellement servir en guise de protection des recettes de cuisine : la marque de commerce et de fabrique.

Bien évidemment, le type de marque qui pourrait correspondre le plus aux recettes de cuisine et aux créations culinaires serait la marque gustative et la marque olfactive.

Les marques olfactives émergent peu à peu. Bien entendu, il faudrait que la création culinaire créée par la recette ait une identité olfactive forte pour pouvoir envisager ce type de protection. Ainsi, par exemple, l'odeur, le parfum d'une création culinaire pourrait devenir la marque d'un produit industriel alimentaire, d'une confiserie, d'une chaîne de self-service etc.

Si les marques gustatives venaient à se développer, ce serait sûrement une façon idéale et durable de protéger une recette et création culinaires. Cependant, ce type de marque n'est pas encore adopté. L'enregistrement est impossible car la marque gustative n'est pas transcriptible graphiquement.

Au jour d'aujourd'hui, ce qui convient le mieux est encore la marque tridimensionnelle. On rejoint un peu le dessin et modèle mais là, la forme n'aurait pas qu'un but esthétique, elle aurait également un but identitaire. Si on choisit tel produit alimentaire grâce à sa forme, sachant qu'il vient de telle entreprise ou chocolatier, alors on sait que l'on mangera le produit de telle recette. Tel est le cas pour la marque tridimensionnelle du célèbre lapin de Lindt.

S'agissant des marques plus classiques, c'est-à-dire les marques verbales, figuratives ou semi-figuratives, la protection ne se fait pas par le droit mais par la réputation et grâce aux consommateurs. En effet, il est possible de remarquer que certains produits alimentaires n'ont pas leur recette protégée par le droit mais qu'ils le sont quand même grâce à leur image ; celle-ci étant incarnée, représentée par une marque. Prenons l'exemple de Nutella, sa recette n'est pas protégée par le droit de la propriété intellectuelle mais plutôt par le secret de fabrique. Cependant, il est possible de considérer que la célèbre pâte à tartiner au chocolat soit identifiée par sa marque. En effet, dans les rayons des supermarchés, on trouve d'autres pots de pâtes à tartiner au chocolat mais le choix du consommateur avisé se portera probablement sur le pot de Nutella car il sait que celui-ci renferme la pâte différente des autres qui essayent de l'imiter. La marque est garante de la recette contenue dans le pot. On ne connaît pas la recette mais on sait que c'est cette marque-là qui la propose.

On peut citer plusieurs marques notoires qui le sont grâce à la qualité culinaire de leur produit : la boisson Coca Cola, les rillettes Bordeau Chesnel etc.

Cependant, cette correspondance entre marques et créations culinaires n'a rien de juridique et n'est aucunement une protection en tant que telle. La recette est mise en valeur par la marque mais n'est pas protégée par elle. Là, également, il ne s'agira pas de protéger la recette culinaire en elle-même mais plutôt d'essayer de protéger le nom de la

recette, ce qui pourrait inciter le consommateur à faire le lien entre un produit issu de telle marque et telle recette de cuisine.

En résumé, aucune des branches du droit de la propriété intellectuelle français, que ce soit la propriété littéraire et artistique et ses droits d'auteur ou la propriété industrielle, ne protège efficacement les recettes de cuisine.

Le droit français n'est donc pas enclin, au jour d'aujourd'hui, à protéger les œuvres éphémères qui relèvent du goût et de l'odorat. Si le droit de la propriété intellectuelle français ne peut offrir d'outils satisfaisants pour la protection des recettes et créations culinaires, d'autres pans du droit français peuvent peut-être venir en aide. Le seul recours possible est donc l'utilisation d'outils à la frontière du droit de la propriété intellectuelle comme le droit des contrats ou le système des responsabilités contractuelle ou délictuelle.

Protéger une recette de cuisine en la gardant secrète

Un chef cuisinier, dans son restaurant, peut opter pour la solution de la protection par le secret. Pour cette manière de procéder, il existe deux cas de figure : soit le cuisinier ne confie sa recette à personne, veille à être seul lorsqu'il cuisine et ne note rien de ses ingrédients, de ses proportions etc., soit il met dans la confidence les membres de sa brigade et veille à bien encadrer juridiquement la situation. C'est plutôt cette seconde solution qui concerne les entreprises agroalimentaires. Quoi de mieux pour illustrer le secret de fabrique que la boisson Coca-Cola dont la recette reste un mystère. Que ce soit le chef cuisinier ou l'entreprise agroalimentaire, lorsqu'il est décidé de recourir au secret, il faut alors utiliser divers outils pour enfermer la recette dans un secret protecteur.

Le secret de fabrique est, selon la jurisprudence française, un « *procédé de fabrication offrant un intérêt pratique ou commercial mis en œuvre par un industriel et caché de lui à ses concurrents* »¹².

Dans le domaine qui nous intéresse, c'est-à-dire la cuisine, le secret de fabrique peut concerner à la fois la recette culinaire en tant que liste d'ingrédients et la recette culinaire en tant que procédé de fabrication. En effet, un secret de fabrique culinaire est composé de multiples informations. Il s'agira de ne pas connaître les ingrédients, et si ceux-ci sont connus, de ne pas avoir les proportions, l'ordre des mélanges ou les barèmes et temps de cuisson. Et comme il s'agit ici de la cuisine industrielle, il est possible d'ajouter au secret les machines servant à cette préparation si spécifique tout en sachant que ces dernières peuvent, elles, être brevetables.

L'une des conditions pour qu'il y ait secret de fabrique est que l'aspect innovant de la création ne soit pas évident à reconstituer lorsque l'on achète le produit. S'il est facile de retrouver la recette d'une création culinaire rien qu'en la goûtant et en essayant de la

12 Cass. Crim., 12 juin 1974, Bull. Crim. no 218.

reproduire deux ou trois fois, il ne sera pas possible de qualifier la recette culinaire sur le terrain du secret de fabrique. La première condition est que la fabrication ait une spécificité telle qu'il est difficile de la deviner, de la découvrir. La seconde condition est que ce procédé de préparation, de fabrication soit secret. Le fait que ce procédé soit connu par plusieurs industriels n'est pas un problème¹³. Il y aura donc tout de même secret de fabrique même si plusieurs personnes sont informées.

Toutefois le secret de fabrique a des limites. Tout d'abord, le secret de fabrique se limite à la sphère du monde du travail et ensuite, il s'agit d'une protection a posteriori. Le système ne confère pas de droit privatif mais offre un système qui sanctionne les faits de divulgation. C'est pour ces raisons que c'est en amont qu'il faut soigner la mise en place du secret à l'aide de divers outils.

Il faut commencer par inclure systématiquement une clause de secret dans les contrats des salariés. Il faut les obliger à la confidentialité. Les clauses de confidentialité et de non communication des informations ont pour objet d'interdire aux salariés de communiquer le secret et les connaissances qu'ils ont reçus. Par conséquent, il faut bien veiller à ce que chaque personne qui a accès au secret ou à des éléments du secret soit sous clause ou sous contrat de confidentialité. La clause doit être adaptée en fonction de la personne et de son poste et selon l'importance du secret dont elle a connaissance. Il faut également penser au futur et plus précisément au jour où la personne quitte l'entreprise ou la brigade. Dans ce cas, les clauses de non-concurrence et non-rétablissement peuvent s'avérer très utiles. Le but est d'éviter que le détenteur du secret, une fois parti, se réinstalle à son compte ou soit embauché par une entreprise concurrente et qu'il exploite pour son activité ou divulgue à son nouvel employeur le si précieux secret.

Cependant, la mise en place de tout cet arsenal de clauses ne permet pas d'éviter la divulgation mais de la sanctionner si celle-ci a malheureusement eu lieu. Le droit des contrats, puisque le droit de la propriété industrielle et le droit de la propriété littéraire et artistique ne peuvent pas aider le cuisinier dans la protection de ses recettes, est un remplaçant appréciable qui peut être dissuasif mais qui n'est pas la solution miracle.

Face à ces constats, il est possible de dire que le secret complet est sûrement la meilleure protection, cependant son application est difficilement praticable au quotidien.

A contrario, il est possible de publier les recettes dans les livres et les magazines pour graver sur papier glacé qu'une dite recette émane de tel cuisinier.

La réputation est une autre forme de protection indirecte intéressante. L'entreprise agroalimentaire doit alors soigner son image de marque et sa communication auprès des consommateurs. Le chef cuisinier, lui, doit compter, pour la protection de ses créations culinaires, sur son nom, sa renommée, éventuellement accompagnés de la reconnaissance des étoiles du Guide Michelin ou du col bleu blanc rouge des Meilleurs Ouvriers de France.

13 Cass. Crim., 20 juin 1973, Bull. Crim. no 289.

SUMMARY

French culinary recipes. Does the legal framework for intellectual property provide their protection?

The study aims at an analysis of legal protection of French culinary recipes. While the French-style gastronomic meal has been listed in the Cultural Immaterial World Heritage of UNESCO, the situation of the recipes in French law can be regarded as a matter of great importance. The presented study aims at examining the problem of whether the French legal rules for intellectual property protect recipes and culinary creations and are focused on the author's copyright to the recipes. Patents, industrial designs or trademarks are not suited to providing culinary recipe protection. The secrets and know-how seem to be protected but only after the fact. As for the author's rights, the recipe is merely treated as a work of literature.

KEYWORDS: intellectual property law, copyrights, French culinary recipes

List of Authors

Michał Białkowski M.A. Adam Mickiewicz University Poznań
Sergey Bochkarev Ph.D. Herzen State Pedagogical University of Russia
Remigiusz Chęciński Adam Mickiewicz University Poznań
Alexandre Departout Adam Mickiewicz University Poznań
Thimothée Fringans M.A. Lille II University
Andrzej Gadkowski M.A. Adam Mickiewicz University Poznań, University of Geneva
Olga Gerlich B.A. University of Wrocław
Diana Ilków M.A. Adam Mickiewicz University Poznań
Paweł Jaros The John Paul II Catholic University of Lublin
Jakub Józwiak Adam Mickiewicz University Poznań
Ivo Kucharczuk University of Warsaw
Tomasz Lewandowski M.A. Adam Mickiewicz University Poznań
Sławomir Marciniak M.A. Adam Mickiewicz University Poznań
Michał Marszelewski Nicolaus Copernicus University in Toruń
Tymoteusz Mądry Adam Mickiewicz University Poznań
Szymon Paciorkowski M.A. Adam Mickiewicz University Poznań
Łukasz Pilarczyk M.A. Adam Mickiewicz University Poznań
Choocheewan Tamisanont M.A. Saint Petersburg State University
Hanna Urban-Dechnik M.A. Adam Mickiewicz University Poznań
Semen Yankevich M.A. National Research University Higher School of Economics
Marta Zalewska LL.M. Adam Mickiewicz University Poznań

