

Ius Novum

ISSN 1897-5577

4
2008



WARSAWA 2008

KOLEGIUM REDAKCYJNE

Marek Chmaj, Teresa Gardocka (przewodnicząca), Bogudar Kordasiewicz,
Maria Kruk-Jarosz, Franciszek Longchamps de Bérrier,
Andrzej Marek, Jerzy Menkes, Henryk Olszewski,
Jacek Sobczak (zastępca przewodniczącego)

REDAKCJA

Ryszard A. Stefański (redaktor naczelny),
Andrzej Szlęzak (zastępca redaktora naczelnego),
Jacek Kosonoga (sekretarz redakcji)

Copyright © by Wyższa Szkoła Handlu i Prawa im. Ryszarda Łazarskiego w Warszawie
Warszawa 2008

ISSN 1897-5577

Oficyna Wydawnicza
Wyższej Szkoły Handlu i Prawa im. Ryszarda Łazarskiego
02-662 Warszawa, ul. Świeradowska 43
tel. 0-22 54 35 450, 0-22 54 35 410
www.lazarski.pl
wydawnictwo@lazarski.edu.pl



Opracowanie komputerowe, druk i oprawa:
Dom Wydawniczy ELIPSA
ul. Inflancka 15/198, 00-189 Warszawa
tel./fax 0-22 635 03 01, 0-22 635 17 85,
e-mail: elipsa@elipsa.pl, www.elipsa.pl



SPIS TREŚCI

ARTYKUŁY

Prof. dr hab. Maria Kruk Prezydent czy premier w Radzie Europejskiej? Problemy konstytucyjnoprawne	5
Dr Zbigniew Jędrzejewski Wina i bezprawność w prawie cywilnym i karnym	28
Dr Wojciech Burek, mgr Alicja Gajewska Odpowiedzialność karna za narażenie na zarażenie oraz zakażenie wirusem HIV drogą płciową.	42
Dr Jarosław Sozański Zawieranie umów międzynarodowych oraz innych porozumień między wspólnotami i władzami terytorialnymi na podstawie konwencji madryckiej z 1980 r. (zarys problemu)	57
Dr Sylwia Naszydlowska Polski model sądownictwa administracyjnego a zasada dwuinstancyjności.	80
Mgr Joanna Grzędzielewska O „udzielaniu” i „udzieleniu” zamówienia publicznego w ustawie „Prawo zamówień publicznych”	91
Mgr Maja Sujkowska Materialnoprawne podstawy rozstrzygnięcia sporu w postępowaniu arbitrażowym	110

Mgr Michał Filipek

Kwestia trwałości rozkładu pożycia małżeńskiego 134

Mgr Janusz CabajPrecedens jako element systemu i kultury *common law* 145**G L O S Y****Prof. dr hab. Zbigniew Kwiatkowski, Uniwersytet Opolski**

Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 21 sierpnia 2008 r.

– II KK 81/07 162

R E C E N Z J EJoseph D. Serio, *Investigating the Russian Mafia*,

Durham 2008, s. 304, rec. dr hab. prof. WSHiP Zbigniew Lasocik 167

Z ŻYCIA UCZELNI**Mgr Ewelina Milan, WSHiP**

Kalejdoskop wydarzeń 174

MARIA KRUK

PREZYDENT CZY PREMIER W RADZIE EUROPEJSKIEJ?
PROBLEMY KONSTYTUCYJNOPRAWNE

Procesy integracji europejskiej doprowadziły do powstania kolejnych Wspólnot Europejskich a potem Unii Europejskiej jako dynamicznej struktury gospodarczej, a od dawna już także politycznej, która obejmuje coraz więcej państw europejskich. Integracja realizuje się w ramach określonych instytucji, na bazie określonego zakresu kompetencji przekazanych Wspólnotom i Unii przez państwa członkowskie. Ale ta „europejska konstrukcja” nie stanowi wobec państw członkowskich jakiegoś niezależnego, odizolowanego, odrębnego ośrodka władzy. Nie jest w tym sensie wobec nich podmiotem „trzecim” – jest sposobem wspólnego wykonywania przeniesionych kompetencji, z którego to zjawiska wywodzi się owa pierwotna nazwa „wspólnota”, a cały proces określany jest właśnie jako integracja. Oznacza to, że obok procesu kształtowania struktur i procedur w jakich funkcjonują Wspólnoty i Unia, przebiega równoległe, ściśle z nim związany proces dostosowywania się państw członkowskich do udziału w tym funkcjonowaniu, adaptowania swoich warunków ustrojowych, poszukiwania metod własnego uczestnictwa w realizacji polityk wspólnych, odpowiednio do narodowych zasad konstytucyjnych, ale i odpowiednio do wymagań integracji. Jak pisze J. Rideau: „Konstrukcja europejska implikuje reprezentację państw członkowskich w różnych instytucjach i ich udział w nominowaniu członków różnych instytucji lub organów. Gotowe rozwiązania znajdują się w konstytucjach bardzo rzadko /.../ Na szczeblu krajowym pojawia się też problem sposobu wypracowania stanowiska narodowego broniącego potem w instytucjach europejskich. Problemy konstytucyjne związane z wdrożeniem tych metod są o wiele ważniejsze, niż reprezentacja, ponieważ dotyczą bezpośrednio równowagi między władzami...”¹. Jak widać, odpowiednich rozwiązań trzeba poszukiwać: na płaszczyźnie konstytucyjnej, w przepisach niższej rangi, na drodze zwyczajowej. A zawsze poszukując odpowiedzi na pytanie, jaki te działania bądź reprezentacja mają spełniać cel. Jak wskazuje ten sam autor – wiele państw już odpowiednie rozwiązania znalazło

¹ J. Rideau, *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, Paris 1996, s. 819/820.

i nie wywołują one trudności, ale swoją opinię opiera na doświadczeniu państw członkowskich „starej Unii”.

Tymczasem ich brak może wywoływać konflikty. W Polsce niektóre z nich rozstrzygał nawet Trybunał Konstytucyjny, żeby przypomnieć tylko spór, jaki toczył się między Senatem i Sejmem o zakres i charakter przyznanych Senatowi uprawnień w ustawie regulującej zasady współpracy rządu z izbami w sprawach europejskich (formalnie był to wniosek w sprawie niekonstytucyjności przepisów ustawy)². Obecnie pojawił się kolejny problem.

W październiku 2008 r. do opinii publicznej dotarła informacja o sporze między Prezydentem RP a Radą Ministrów w kwestii udziału w posiedzeniu Rady Europejskiej w dniach 15–16 października. Problem polegał na wyznaczeniu składu delegacji rządowej,³ w której znalazł się Prezes Rady Ministrów oraz minister spraw zagranicznych i – stosownie do agendy posiedzenia, czyli porządku obrad Rady Europejskiej – minister finansów.⁴ Zamiar wzięcia udziału w posiedzeniu RE ogłosił także prezydent. Brak porozumienia między prezydentem i rządem w kwestii składu delegacji spowodował niezależne i równoczesne przybycie na posiedzenie Rady Europejskiej zarówno prezydenta, jak i delegacji rządowej, wywołując przy okazji pewne perturbacje dyplomatyczne, nie mówiąc o dezaprobowaniu polskiej opinii publicznej dla takiego braku porozumienia⁵. Ponieważ ustalenie zasad udziału i składu delegacji na posiedzeniu Rady Europejskiej – organu coraz silniej wrastającego w system decyzyjny Unii, jest jednym z elementów owego adaptowania się państwa do warunków integracji, warto tej kwestii poświęcić nieco uwagi. Dyskusja na płaszczyźnie doktrynalnej może tu mieć o tyle istotne znaczenie, że ani żaden przepis prawa nie rozstrzyga tego problemu *expressis verbis*, a w takich sytuacjach praktyka konstytucyjna jest często bezradna, ani też nie utrwalił się w tym zakresie żaden tak oczywisty zwyczaj konstytucyjny, żeby mógł być przyjmowany bez zastrzeżeń przez potencjalne strony sporu. Wprawdzie od roku 2004, czyli daty wejścia RP do Unii Europejskiej, Rada Europejska wielokrotnie obradowała i z reguły brał w niej udział premier, niekiedy jednak udział taki wzięli razem prezydent i premier albo

² Ustawa z dn. 11.03.2004 o współpracy Rady Ministrów z Sejmem i Senatem w sprawach związanych z członkostwem Rzeczypospolitej Polskiej w Unii Europejskiej”, Dz.U. nr 52 poz. 515 ze zm.; Wyrok TK z 12 I 2005, Sygn. K 24/04.

³ Na podstawie przyjętej przez rząd uchwały, która powierza Prezesowi RM funkcję określania składu delegacji na obrady RE, Uchwała RM nr 196 z 9.10.2008, MP nr 75, poz. 674.

⁴ Sprawy dotyczyły głównie sytuacji gospodarczej i finansowej (w związku z trwającym światowym kryzysem finansowym), energii i zmiany klimatu (czym rząd polski był szczególnie zaangażowany ze względu na próbę zmiany niekorzystnych dla Polski ustaleń), bezpieczeństwa energetycznego, a ponadto sprawy traktatu lizbońskiego, europejskiego paktu dot. imigracji i wychodźstwa, podsumowania poprzedniego pos. RE, w tym zwłaszcza dot. wycofania wojsk rosyjskich z Osetii Płd. a wreszcie powołania składu tzw. Grupy Refleksyjnej. Wg Konkluzji, doc. 14368/08.

⁵ Wkrótce potem Prezes Rady Ministrów skierował do Trybunału Konstytucyjnego wniosek o rozstrzygnięcie owego sporu kompetencyjnego (art. 189 i 192 konstytucji). Niniejszy artykuł, oddany do druku przed podjęciem sprawy przez TK, nie poddaje rozważaniom problemu owego sporu w sensie formalnym.

tylko prezydent. Nie wiązało się to jednak przedtem z publicznym demonstrowaniem konfliktu kompetencyjnego, a tym bardziej konfliktu na czas niezazęganego. Nawet przeciwnie, w okresie negocjacji traktatu lizbońskiego, prezydent uczestniczący w RE utrzymywał ścisły bieżący kontakt z pozostającym w kraju premierem. Uzgodnienie podziału ról nie nastęrczało trudności w tamtych okolicznościach, ale nie doprowadziło do wypracowania stałej praktyki, niezależnej od opcji politycznej prezydenta i rządu. Dlatego postawienie ostatnio sprawy „na ostrzu noża” będzie wymagało rozstrzygnięcia bardziej systemowego, czyli właśnie takiego, o jakim wspomina się na wstępie.

Niezależnie od tego, na jakiej drodze owo rozstrzygnięcie nastąpi (sądowe, zwyczajowe, normatywne), warto zastanowić się, na jakich przesłankach można je oprzeć, a w każdym razie, jakie przesłanki powinno się rozważyć dla ukształtowania opinii. Wydaje się, że racji należy szukać w kontekście szerszym niż tylko przywołanie czy interpretacja jednego lub dwu przepisów obowiązującej konstytucji (co nie znaczy, że nie zawiera treści, które mogą stanowić podstawę udzielenia odpowiedzi). Ale nie bez znaczenia jest tu też specyfika integracji.

A zatem kompetencje prezydenta i premiera do udziału w Radzie Europejskiej, czyli swoisty podział kompetencji odnośnie do tej kwestii w łonie władzy wykonawczej (stanowią ją w myśl art. 10 Konstytucji RP z 1997 r. Prezydent RP i Rada Ministrów) powinien być rozważany co najmniej w dwu aspektach: europejskim (wspólnotowym) i krajowym (czyli w warunkach państwa członkowskiego UE na tle jego porządku konstytucyjnego). A to oznacza rozważenie go: po pierwsze, w kontekście nowego zjawiska, jakim jest „polityka europejska”, czyli polityka wewnątrzspólnotowa oraz w kontekście charakterystyki samej instytucji, jaką jest Rada Europejska. Po drugie, w kontekście konstytucyjnego podziału kompetencji między prezydentem i rządem w zakresie prowadzenia polityki państwa, z uwzględnieniem cech systemu rządów, przyjętego w polskiej konstytucji.

1. Aspekt europejski

1.1. Polityka europejska

Zjawisko to wyprzedza jego doktrynalne i prawne zdefiniowanie, zwłaszcza w odniesieniu do prawa w Polsce. O ile w traktatach już od dawna funkcjonują pojęcia „polityk” wspólnotowych, a nawet odróżnienie ich od polityki zewnętrznej UE, której pojęcie wciąż się kształtuje, a nawet podejmowane są próby jej wyraźniejszego zinstytucjonalizowania (projekt powołania ministra spraw zagranicznych UE⁶), i podobnie też ukształtowało się, a nawet ugruntowało pojęcie „polityki europejskiej” lub „spraw europejskich” w państwach

⁶ Tak w traktacie konstytucyjnym; w traktacie lizbońskim tę funkcję przyznano wysokiemu przedstawicielowi Unii ds. zagranicznych i polityki bezpieczeństwa.

„starej Unii”, gdzie zresztą w wielu z nich funkcjonuje stanowisko ministra do spraw europejskich. Co nie oznacza, że całkowicie wyrugowano utożsamianie przestrzeni europejskiej z zagranicą, ale że bardzo wzrosła świadomość, iż brak granic, rynek wewnętrzny i obywatelstwo europejskie tworzą obszar swoisty, nowy. W Polsce – działanie państwa (jego organów) w obrębie Unii postrzegane jest silniej jako polityka zagraniczna, a nawet z nią utożsamiane. Prawdą jest, że polityka państwa członkowskiego wobec UE i w ramach Unii to polityka zewnętrzna – w konfrontacji z wewnętrzną, czyli wykonywaną w ramach kraju, w skali kraju, na użytek wewnętrzny. Wydaje się nawet, że w pewnym sensie zmiany już nastąpiły, nawet już się je dostrzega, ale jeszcze nie dość zdecydowanie się je nazywa, czego dowodem jest na przykład posługiwanie się przez tzw. ustawę kooperacyjną⁷ pojęciem „spraw związanych z członkostwem RP w Unii Europejskiej”. Tymczasem członkostwo w UE spowodowało, iż część własnych suwerennych uprawnień państwa, czyli jego organów, została na podstawie umowy międzynarodowej przekazana „organizacji lub organowi międzynarodowemu”, jak to określa Konstytucja RP z 2 kwietnia 1997 r. w art. 90, ale przecież – jak wcześniej powiedziano – nie jakiemuś podmiotowi trzeciemu, całkowicie zewnętrznemu, niezależnemu. Te uprawnienia – w identycznym zakresie przeniesione też przez inne państwa – wykonywane są wspólnie, jakkolwiek podejmowane tak decyzje nie są decyzjami krajowymi, ale mają charakter autonomiczny. Tworzy to swoistą nową strukturę, w której państwo działa w trzech sferach: wewnętrznej krajowej, zewnętrznej – ale realizowanej w obrębie Wspólnot i Unii Europejskiej, która jest zarazem wewnętrzną sferą wspólnotową (od czasu istnienia UE – zwaną „europejską”, ale już wcześniej, jeszcze za czasów Szóstki, Wspólnoty nazywano „Europą”) i zewnętrznej (można by powiedzieć – „czysto” zagranicznej) w relacjach poza Unią.

Ta nowa sfera polityki w ramach UE traci więc nieco charakter polityki zagranicznej *sensu stricto*, czyli jeśli tak można powiedzieć – w ujęciu „klasycznym” i w miarę jak w jej tworzeniu i realizacji uczestniczą aktywnie różne organy państwa (rząd, ministrowie, parlamenty, komisje parlamentarne, ambasadorzy itp.) nabiera swoistego charakteru. Jej sfera się poszerza stosownie do zakresu kompetencji przeniesionych przez państwa członkowskie na szczebel europejski. Integracja i realizacja wspólnych polityk, a może lepiej – wspólna realizacja polityk, powodują coraz wyraźniejsze nabieranie przez nią nowego charakteru. Szczebel europejski przyjmuje cechy poziomu, na którym określony zakres polityki wewnętrznej państwa ulega „wspólnotowieniu” (lub „umiędzyczynieniu” w II i III filarze dopóki istnieją) i coraz bardziej utożsamia się z polityką wewnętrzną państwa, zaś coraz bardziej dystansuje się od polityki zagranicznej w jej klasycznym rozumieniu. I to nie jest dziwne. Wszak substratem tej europejskiej polityki są sprawy przeniesione z wcześniej wyłącznej gestii państw członkowskich, któ-

⁷ Cyt. wyżej ustawę o współpracy rządu z izbami parlamentu.

rych materialny charakter nie uległ zmianie. Co więcej – większość z nich nie jest przekazana do wyłącznej kompetencji Unii, przeciwnie – są realizowane wspólnie z państwami członkowskimi (w ramach tzw. sfery kompetencji dzielonych⁸), a więc organy krajowe mają nadal udział w realizacji tej polityki. Trudno przeprowadzić tu definiujące granice, bowiem sama Unia (Wspólnota) rozróżnia płaszczyzny i formy realizacji swoich polityk, ale trendem jest, po pierwsze – ich ujednoczanie (zniesienie filarów, poszerzanie sfery głosowania większościowego itp.), po drugie – włączanie do ich realizacji szerszego kręgu organów państw członkowskich, zwłaszcza parlamentów (ich „funkcję europejską” już się w polskiej doktrynie dostrzega⁹), a także czynienie podmiotami tej polityki na przykład regionów (pozostających w strukturze państw członkowskich, nawet unitarnych). Co więcej – także charakter instytucji wspólnotowych ulega zmianie. Parlament Europejski jest już bezpośrednio wybierany i promowany jest jego przedstawicielski charakter w skali europejskiej¹⁰; planowana jest zmiana charakteru Komisji Europejskiej – w kierunku ciała, którego skład nie musi grupować jednocześnie reprezentantów wszystkich państw członkowskich UE (nawet teraz komisarze wprawdzie wysuwani są przez dane państwo, ale przecież go nie reprezentują), od dawna istnieje Komitet Społeczno-Ekonomiczny UE, w Radzie UE różnicuje się jej formację, w związku z czym mają bardziej robocze niż reprezentacyjne składy¹¹; ombudsman europejski od samego początku nie jest reprezentantem żadnego państwa, ale chroni interesy obywateli europejskich w ich relacjach z Unią, wspólna waluta – euro – zmienia charakter gospodarki państw, które ją przyjęły i przenosi na poziom Unii jeden z istotnych fundamentów tradycyjnej, klasycznej polityki wewnętrznej suwerennego państwa, a w obszarze wspólnej polityki walutowej działa Europejski Bank Centralny. W obrębie polityk tworzy się prawo, które ma osobny charakter, ale bezpośredni skutek w prawie krajowym i wymaga podporządkowania sobie prawa krajowego, od dawna funkcjonuje zintegrowana gospodarka w ramach rynku wewnętrznego, powstała europejska przestrzeń wolności bez granic itp.

Płaszczyzna klasycznej sfery międzynarodowej utrzymuje się w formalnej procedurze traktatowej, obejmującej negocjacje, zawarcie i ratyfikację. Ale i w tej procedurze część jest „własna”, wspólnotowa – to jest przygotowanie wytycznych przez Konferencje Międzyrządowe i od pewnego czasu – projektów traktatów przez Konwencję Europejską, zwaną w Polsce Konwentem, natomiast pozostała

⁸ Występuje ona zawsze w państwach federalnych jako sfera kompetencji wspólnych, niekiedy konkurencyjnych, obok sfer kompetencji wyłącznych federacji i kompetencji wyłącznych podmiotów federacji.

⁹ Zob. J. Szymanek, „Funkcja europejska” Sejmu i Senatu jako ustrojowy efekt członkostwa w Unii Europejskiej, (w:) *Polska w Unii Europejskiej*, (red.) M. Kruk, J. Wawrzyniak, Kraków 2005, s. 347.

¹⁰ Choć oczywiście bez fikcji narodu europejskiego.

¹¹ Traktat konstytucyjny, nazywając Radę wprost Radą Ministrów (co już zresztą niegdyś było) wydzielał ponadto Radę ds. Ogólnych i Radę ds. Zagranicznych i tę strukturę Rady (bo tak ją nazywa) podtrzymuje traktat lizboński.

część negocjacji, a zwłaszcza ratyfikacja – należy do państw członkowskich według najczęściej spotykanej reguły: rząd negocjuje i zawiera, głowa państwa ratyfikuje (często za zgodą parlamentu lub referendum)¹².

Znamiennym znakiem przemian w sferze polityki unijnej jest włączenie Parlamentu Europejskiego do tworzenia prawa, na zasadzie współuczestnictwa, w różnym stopniu i w zróżnicowanych procedurach, z Radą UE. Dalej idzie traktat lizboński (w ślad za traktatem konstytucyjnym), który z Rady i PE czyni równouprawnione podmioty prawotwórcze. Dotychczasowe wykonywanie funkcji prawotwórczej przez Radę UE, składającą się z ministrów państw członkowskich, jest realizacją zasady, że owo prawo (unijne/wspólnotowe/europejskie) – wiążące powszechnie – tworzone jest nie przez podmiot „zewnątrzny”, ale wspólnie przez rządy państw członkowskich via ich ministrowie, którzy są w tym celu wyposażeni w pełnomocnictwa rządów. Włączenie Parlamentu Europejskiego przenosi proces prawodawstwa na nieco inną płaszczyznę¹³, bowiem Parlament jest bezpośrednim reprezentantem obywateli europejskich, działającym w ich imieniu i interesie w realizacji funkcji prawodawczej, budżetowej i kontrolnej. A włączenie parlamentów krajowych do wykonywania tych funkcji jeszcze bardziej czyni ten proces wspólnym i pozostającym pod kontrolą społeczną¹⁴. Czyli jeszcze bardziej likwiduje dystans między polityką wewnętrzną państw członkowskich w ścisłym znaczeniu a polityką europejską; proces stanowienia prawa europejskiego staje się sprawą polityki wewnętrznej całego zintegrowanego organizmu. To wszystko prowadzi do wniosku, że w ramach UE coraz mniej miejsca na stosunki międzynarodowe między państwami członkowskimi, a coraz bardziej polityka europejska jest projekcją na szczeblu europejskim polityki wewnętrznej, czyli inaczej mówiąc – częścią polityki wewnętrznej państw, realizowanej wspólnie na szczeblu europejskim.

Świadczą o tym także zasady określające procedurę wypracowywania tzw. stanowisk narodowych wobec decyzji szczebla europejskiego. Zasady te są z reguły już trwale ukształtowane, zwłaszcza w państwach, które od dawna są członkami Wspólnot i Unii. W pewnym sensie takie zasady tkwią w polskiej cytowanej wyżej ustawie o współpracy rządu z Sejmem i Senatem, jednak akcent tej ustawy został położony bardziej na kwestie kooperacji (stąd „kooperacyjna”) niż kompetencji, czego w niej właśnie brak (choć ostatnio w języku mediów i polityków nazywa się ją – może proroczo – kompetencyjną). Niezależnie od pewnych niedoskonało-

¹² Choć może być inaczej – np. w Rumunii negocjuje rząd, zawiera prezydent, ratyfikuje parlament

¹³ Dotychczas PE uczestniczy w procesie legislacji wspólnotowej w różnych formach. Traktat konstytucyjny zrównał prawa PE i Rady, jednocześnie w ślad za pojęciem konstytucji europejskiej wprowadzając ustawy europejskie, co na gruncie kultury prawnej w Europie wymagało współstanowienia ich przez parlament. Traktat lizboński ustaw nie wprowadza, ale pozycję PE w stanowieniu prawa zachowuje. Zob. M. Kruk, *Wybrane zagadnienia systemu źródeł w projekcie konstytucji Europejskiej*, (w:) *Polska w Unii Europejskiej*, op. cit., s. 191.

¹⁴ Zob. nowy „Protokół w sprawie roli parlamentów narodowych w Unii Europejskiej” (dokument CIG 15/07), dołączony traktatem lizbońskim do TUE.

ści tej ustawy, skupia się ona na procesie wypracowywania stanowiska krajowego, głównie w odniesieniu do decyzji podejmowanych przez Radę UE, i podstawową rolę powierza w tym zakresie rządowi. Podobnie zresztą w innych państwach, choć w wielu tworzone są rządowe wyspecjalizowane w sprawach europejskich organy, z ministrami włącznie (minister lub sekretarz stanu ds. europejskich) oraz w bardziej widoczny sposób włączani są do tych procedur przedstawiciele danego państwa w UE (w randze ambasadorów), zwłaszcza uczestniczący w COREPER (Konferencja Stałych Przedstawicieli). Rząd i premier koordynują te działania. Na tym tle charakterystyczne się staje powoływanie – mówiąc ogólnie – ministrów ds. europejskich niezależnie od ministrów spraw zagranicznych i stopniowe podejmowanie przez nich kompetencji w sferze polityki europejskiej, rozumianej jako wewnątrz wspólnotowa/unijna¹⁵.

1.2. Rada Europejska

Geneza Rady Europejskiej jest na ogół dobrze znana¹⁶. Ukształtowała się na bazie Szczytów, zwoływanych od roku 1957 (Paryż, negocjacje w sprawie traktatu rzymskiego), nieregularnie, ale na ogół wtedy, gdy należało dokonać „odmrożenia” czy nadania impulsu do rozwoju Wspólnot¹⁷. Na Szczycie w Paryżu w 1974 r. prezydent Francji, V. Giscard d’Esteing zgłosił propozycję zwoływania regularnych posiedzeń szefów państw lub rządów państw członkowskich Wspólnot¹⁸ z towarzyszeniem ministrów spraw zagranicznych, pod nazwą Rady Europejskiej. Od 1974 RE zaczęła się więc zbierać systematycznie a Jednolity Akt Europejski (1987) potwierdził tę praktykę, włączając do zbierającego się grona przewodniczącego Komisji WE z towarzyszeniem jednego członka Komisji (na mocy Deklaracji ze Stuttgartu z 1983), co potwierdza ewolucję od szczytów do instytucji wspólnotowej. Ten kierunek pogłębia kolejno Traktat o Unii Europejskiej (1992) mówiąc już *expressis verbis* o „składzie” RE i określając ten skład. Według art. 4 [D] w skład Rady Europejskiej wchodzi szefowie państw lub rządów oraz przewodniczący Komisji, towarzyszą im odpowiednio ministrowie spraw zagranicznych i członek Komisji. Rada zbiera się co najmniej dwa razy do roku pod przewodnictwem szefa państwa lub rządu państwa członkowskiego

¹⁵ Na temat wypracowywania stanowisk narodowych w państwach Piętnastki obszernie J. Rideau, *Droit institutionnel...*, op. cit., s. 818 i n.

¹⁶ Opisują ją wszystkie podręczniki prawa europejskiego, zob. m.in. K. Michałowska-Gorywoda, *Podejmowanie decyzji w Unii Europejskiej*, Warszawa 2002, s. 70 i n.

¹⁷ W 1961 – dwukrotnie w Paryżu i w Bonn (próba zbudowania integracji politycznej), w 1967 w Rzymie (z okazji dziesięciolecia traktatów rzymskich, ale przy okazji w sprawie członkostwa Wielkiej Brytanii po drugim wecie Francji), w 1969 w Hadze (negocjacje nad triadą: „dokończenie – rozszerzenie – pogłębienie” w celu odblokowania sytuacji we Wspólnotach), a wreszcie częściej – w Paryżu 1972, w Kopenhadze 1973, w Paryżu 1974 (wg J. Rideau, *Droit institutionnel...*, op. cit., s. 239).

¹⁸ Jak pisze ww. autor – z zastrzeżeniem udziału prezydenta Francji, ale należy dodać, że nie uchroniło to Francji przed późniejszym sporem prezydenta z premierem w tym zakresie.

przewodniczącego Radzie. Co więcej – TUE postanawia, że Rada Europejska składa sprawozdania Parlamentowi Europejskiemu zarówno bieżące, po każdym posiedzeniu, jak i roczne o postępach dokonanych przez Unię (w praktyce kontakty RE z Parlamentem są dalej idące, RE wysłuchuje m.in. przemówienia przewodniczącego PE). Traktat z Maastricht określa też ogólne zadanie RE, którym jest nadawanie Unii impulsów niezbędnych dla jej rozwoju i określanie w tej mierze ogólnych kierunków politycznych. TUE nie stwierdza natomiast wyraźnie, że Rada Europejska należy do systemu instytucji, ponieważ nie ma tego w Traktacie ustanawiającym Wspólnotę Europejską. Jednak wszelkie przepisy i zwyczajowa praktyka odnoszące się do jej pozycji i funkcjonowania wskazują, że nie są to już sporadyczne szczyty najwyższych przedstawicieli państw, ale niezbędne ogniwo instytucjonalne w zakresie decyzji politycznej, czyli tam gdzie potrzebny jest kompromis i autorytet na szczeblu ponadministerialnym. Już zresztą Deklaracja londyńska z 1977 r. zwracała uwagę, że: „Jest również dopuszczalne, aby Rada Europejska niekiedy pełniła... funkcję polegającą na rozstrzygnięciu problemów pozostających w zawieszaniu w wyniku rozpatrywania na niższym szczeblu”¹⁹.

Trzeba bowiem pamiętać, że organem prawotwórczym jest Rada składająca się z ministrów. Wprawdzie mają oni zdolność angażowania zobowiązań swych rządów (w zakresie decyzji prawnych a ściśle prawotwórczych), jednak nie mają swobody negocjacyjnej i decyzyjnej w kwestiach politycznych, zwłaszcza trudnych, zdolności do rozwiązywania problemów, w których należy wypracować czy osiągnąć wspólne stanowisko polityczne, zsynchronizować polityki (interesy, stanowiska, poglądy) rządów poszczególnych państw i doprowadzić do ich uzgodnienia. Nie można zapominać, że Wspólnoty kształtowały się jako płaszczyzny integracji ekonomicznej i wszystkie trzy (EWWiS, EWG, Euratom) miały pierwotnie tylko taki charakter. Stąd organ prawodawczy – Rada (początkowo Rada Ministrów, obecnie Rada UE, a w myśl traktatu lizbońskiego – Rada)) wydawał akty prawne typu rozporządzeń (w tradycji europejskiej rozporządzenia pozostające w gestii administracji mają na ogół charakter wykonawczy i rządowy, co różni je od ustaw) i wystarczały one do realizacji funkcji Wspólnot w sferze ekonomicznej. Ewolucja przyniosła integrację także w sferze politycznej, kiedy sama kompetencja ministerialna może okazywać się niewystarczająca do rozwiązywania spraw trudniejszych i ogólniejszych, politycznych.

Było rzeczą oczywistą, że o ile mogło nie wystarczać tej zdolności ministrom, związanym instrukcją rządów i często działającym w sferze „resortowej”, o tyle swobodniej było o decyzje samym rządóm, reprezentowanym przez szefów egzekutyw krajowych – premierów lub prezydentów (w zależności od systemu konstytucyjnego państwa). W tym ostatnim przypadku chodziło zwłaszcza o przypadek Francji, gdzie prezydent w V Republice traktowany jest jako szef państwa (a nie

¹⁹ Cyt. według J. Rideau, *Droit institutionnel...*, op. cit., s. 242.

głowa państwa, jeśli zróżnicowanie w ten sposób określenia funkcji prezydialnych ma znaczenie dla charakterystyki ich rzeczywistej pozycji), przewodniczy posiedzeniom Rady Ministrów, podejmuje w RM („*en Conseil de Ministres*”) określone decyzje, przed którym – na podstawie utartej praktyki konstytucyjnej – rząd ponosi także odpowiedzialność (obok odpowiedzialności parlamentarnej). Po wejściu Finlandii do Unii, także prezydent tego państwa uczestniczy w posiedzeniach Unii. Uzasadniał to ustrój konstytucyjny Finlandii (zmieniony konstytucją z 1999 r.) przyznający prezydentowi silną władzę wykonawczą na gruncie półprezydenckiego systemu rządów. Nowa konstytucja ją osłabiła (poprzez „parlamentaryzację” systemu władzy), rozdzielając kompetencje prezydenta i rządu w sprawach zagranicznych i europejskich. Tak więc prezydent prowadzi politykę zagraniczną we współpracy z rządem, natomiast rząd ponosi odpowiedzialność za przygotowanie na szczeblu krajowym decyzji, które są podejmowane w Unii i decyduje o towarzyszących im poczynaniach Finlandii (§ 93²⁰). Dlatego też na mocy wewnętrznego porozumienia premier uczestniczy i przewodniczy delegacji fińskiej w RE, ale prezydent może również uczestniczyć i kierować delegacją w Radzie Europejskiej, jeśli sprawy dotyczą wspólnej polityki i bezpieczeństwa (PESC). Tak więc geneza udziału dwu prezydentów w Radzie Europejskiej nie narusza jej generalnie międzyrządowego charakteru²¹. Przywołuje się niekiedy też przykład Litwy i Rumunii, których prezydenci także uczestniczą w Radzie Europejskiej. Choć nowe kraje członkowskie nie muszą tu być miarodajne, bo mogą także jeszcze nie mieć utrwalonych zasad, to jednak w konstytucjach wymienionych państw znaleźć można pewne uzasadnienie. Prezydent Litwy „rozstrzyga ważniejsze problemy polityki zagranicznej i wraz z rządem ją prowadzi” oraz „podpisuje (czyli zawiera) umowy międzynarodowe i przedkłada je Sejmowi do ratyfikacji” (art. 83, 84). Prezydent Rumunii także zawiera umowy, ale ponadto ma większy wpływ na rząd, uczestnicząc w jego posiedzeniach, gdy omawiane są m.in. sprawy polityki zagranicznej i wtedy tym posiedzeniom przewodniczy (art. 87, 91).

Tak więc w składzie Rady Europejskiej znajdują się głównie premierzy (szefowie rządów), którym towarzyszą ministrowie, ponieważ system rządów w większości państw europejskich zakłada, że to oni są szefami egzekutywy w znaczeniu materialnym, bowiem do rządu należy prowadzenie polityki (tak wewnętrznej jak zagranicznej). I to oni mogą zapewnić Radzie Europejskiej ową zdolność politycznej decyzji, leżącą w sferze ich kompetencji. Stąd formuła składu Rady Europejskiej „szefowie państw lub rządów” („lub” nie „i”), co oznacza, że państwom pozostawia się swobodę wyznaczenia reprezentanta do udziału w RE w zależności od wewnętrznych uwarunkowań, a zapewne też i od sprawy. O składzie

²⁰ Zob. *Konstytucja Republiki Finlandii z 11 czerwca 1999 r.*, wstęp i tłum. J. Osiński, Warszawa 2003.

²¹ C. Mik pisze: „Skład Rady Europejskiej rzutuje na to, iż **jest ona par excellence organem międzyrządowym**” (podkr. autora), *Europejskie prawo wspólnotowe. Zagadnienia teorii i praktyki*, t. I, Warszawa 2000, s. 129.

ukierunkowanym właśnie na szefów egzekutyw narodowych świadczy także udział w składzie RE przewodniczącego Komisji Europejskiej i jednego z komisarzy, pełniącej w przybliżeniu rolę egzekutywy wspólnotowej („rząd” UE).

Wprawdzie ani traktat konstytucyjny, ani jeszcze lizboński nie weszły w życie, ale ich postanowienia w tym zakresie określają kierunek ewolucji RE i mogą pośrednio świadczyć, jak chce się ją także w przyszłości rozumieć. Zarówno traktat konstytucyjny, jak i lizboński²² czynią z RE już „regularną” instytucję Unii. Wynika to nie z interpretacji, ale z przepisu *expressis verbis* określającego ramy instytucjonalne Unii (art. 9, nowy 13 TUE), na mocy którego Rada Europejska jest jedną z instytucji, czyli należy do systemu instytucjonalnego Unii. Traktat jeszcze bardziej odchodzi od koncepcji „szczytu”. Do składu Rady Europejskiej poza przedstawicielami państw członkowskich powołuje przewodniczącego Komisji oraz – co tu najistotniejsze – ustanawia stanowisko przewodniczącego Rady Europejskiej²³, a także posługuje się określeniem członka RE. Wskazuje też, że w pracach Rady Europejskiej uczestniczy wysoki przedstawiciel Unii ds. zagranicznych i polityki bezpieczeństwa. Przewodniczącego RE wybiera ona sama większością kwalifikowaną na dwuipółletnią kadencję spoza swego składu (co wynika z przepisu zakazującego mu pełnienia publicznej funkcji krajowej). Przewodniczący kieruje pracami RE, a w zakresie swojej właściwości – reprezentuje Unię na zewnątrz. Rada nie pełni funkcji prawodawczej, ale nadaje Unii impulsy niezbędne dla jej rozwoju i określa ogólne kierunki i priorytety polityczne. Traktat o funkcjonowaniu UE (TFUE) dodaje, że RE określa strategiczne wytyczne planowania prawodawczego i operacyjnego w przestrzeni wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości (art. 61a, nowy 68), zaś w nowej sekcji 2 wskazuje, kiedy RE podejmuje decyzje w drodze głosowania i jaki jest tryb tego głosowania.

Traktat lizboński utrzymuje ponadministerialny skład Rady Europejskiej, ale zmienia poprzednią formułę. Powtarzając, że w skład Rady Europejskiej wchodzi szefowie państw lub rządów (oraz przewodniczący Komisji), nie kontynuuje zasady, że towarzyszą im ministrowie. A więc zamiast dwu krzesel – jedno. I ta zmiana jeszcze na etapie traktatu konstytucyjnego była oceniana nie jako przypadkowa, lecz celowo limitująca liczebny skład RE w celu zapewnienia jej roboczego, efektywnego charakteru.²⁴ Nie oznacza to całkowitego wykluczenia ministrów, traktat postanawia bowiem, że jeśli wymaga tego porządek obrad, członkowie RE mogą podjąć decyzję, aby każdemu z nich towarzyszył minister

²² Proces ratyfikacji Traktatu ustanawiającego Konstytucję dla Europy został przerwany i na jego miejsce wynegocjowano traktat (Traktat z Lizbony) zmieniający dotychczasowe traktaty w taki sposób, iż w wyniku konsolidacji będą obowiązywać: Traktat o Unii Europejskiej (TUE) oraz Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE), a także Traktat o EWEA, czyli euratom (TEWEA). Zob. J. Barcz, *Przewodnik po Traktacie z Lizbony, Traktaty stanowiące UE. Stan obecny oraz teksty skonsolidowane w brzmieniu TL*, Warszawa 2008.

²³ Nie zaś, przynajmniej formalnie, prezydenta Unii, jak się to niekiedy przedstawia.

²⁴ E. de Poncins, *Vers une Constitution européenne*, Editions 10/18, 2003, s. 129.

(a przewodniczącemu Komisji – członek Komisji). A więc drugie krzesło może się pojawić, ale nie będzie to stała reguła. Tym samym praktyka równoczesnego udziału (członkostwa) w Radzie Europejskiej zarówno szefa państwa, jak rządu, została przez traktat utrudniona, chyba że stosowano by szczególnie elastyczne zwyczaje. Po wejściu takich zasad traktatowych w życie, państwa członkowskie będą musiały ustalić reguły członkostwa w RE jeszcze bardziej precyzyjnie. Warto dodać, że konsekwencje liczbowego ograniczenia składu RE wywoływały protesty ministrów spraw zagranicznych, zwłaszcza że przepis o możliwości poszerzenia składu mówi generalnie o ministrach, nie zaś jak obecnie – o ministrach spraw zagranicznych. Jeden z komentatorów stwierdza, że ta zmiana w stosunku do stanu obecnego świadczy, iż „ministrowie spraw zagranicznych tracą monopol udziału, co oznacza, że Europa wymyka się stopniowo z rąk dyplomatów, aby coraz bardziej windować sprawy wewnętrzne każdego państwa. Wzrost znaczenia, w ramach systemu europejskiego, ministrów ds. gospodarczych, sprawiedliwości, spraw wewnętrznych świadczy o identycznej ewolucji”²⁵.

Ze względu na rolę Rady Europejskiej, regularność jej posiedzeń, włączenie do systemu zarządzania UE, obowiązkowego składania sprawozdań Parlamentowi Europejskiemu, zamiaru powołania jej przewodniczącego, zapewnienia jej roboczego charakteru oraz możliwości jej działania jako Rady (wtedy decyzje podejmowane są nie w formie konsensu, ale w głosowaniu) ukształtowano ją jako organ wprawdzie „do specjalnych poruczeń”, ale organ roboczy (a nie reprezentacyjny – odświętny²⁶), co wymaga od jego członków pełni zaangażowania rządów i występowania w imieniu rządów. W tym imieniu występują premierzy lub prezydenci, których konstytucyjna pozycja stawia w tej roli. Nie jest zatem Rada Europejska ukształtowana jako forum, gdzie państwa członkowskie reprezentuje przede wszystkim osoba z atrybutem najwyższego przedstawiciela państwa, ale nieuczestnicząca w procesach bieżącego rządzenia. Jeśli tak jest – i nawet ma instrukcje rządowe – to nie ma swobody decyzyjnej rządu.

Wniosek – traktat zostawia decyzję państwom członkowskim, ale kształtuje samą Radę Europejską tak, że jest to ponadministerialny organ rządowy. Ale czy tylko? Są sytuacje, w których, być może, Rada Europejska jest swoistym „Szczytem”, gdzie ze względu na materię spraw reprezentowane powinny być państwa nie rządy. Przyjmowanie nowych członków, istotne zmiany koncepcji lub zasad integracji, polityka zagraniczna Unii, mogą wymagać zaangażowania autorytetu i stanowiska państwa, które wówczas powinno być reprezentowane przez głowę państwa jako najwyższego przedstawiciela państwa. Chociaż i wtedy, w polskich warunkach konstytucyjnych, prezydent nie uniknie współdziałania z Radą Ministrów, to znaczy co najmniej uzgodnienia z rządem swojego stanowi-

²⁵ E. de Poncins, *Vers une...*, op. cit., s. 130.

²⁶ Zwraca się w literaturze uwagę, że ponad pięćdziesięciosobowe ciało mogło by się przekształcić z formy bezpośredniego roboczego kontaktu („conversation au coin du feu”) w radę nadzorczą („conseil de surveillance”) według słów Lamassoura w: E. de Poncins, *Vers une Constitution...*, op. cit., s. 129.

ska. Jeśli w takiej Radzie Europejskiej będzie uczestniczył premier, to powinno być oczywiste, że nie reprezentuje on tylko rządu, jak w polityce bieżącej, ale państwo i rację stanu.

2. Aspekt krajowy

2.1. Tradycja rządów parlamentarnych w Polsce

W swej konstytucyjnej historii Polska zawsze skłaniała się ku tradycyjnemu europejskiemu parlamentaryzmowi. Było to dość naturalne, choćby w obliczu kilkusetletniej historii polskiego parlamentarizmu czy bliskiego związku z kulturą francuskiego konstytucjonalizmu, zwłaszcza widocznego w konstytucji z 1921 r.²⁷. W okresie transformacji po 1989 r. najłatwiej też było czerpać z tych znanych wzorów, zwłaszcza że już pierwsza nowelizacja Konstytucji PRL z 7 kwietnia 1989 r. sięgnęła do mechanizmów znanych z systemu rządów parlamentarno-gabinetowych. Odnosiło się to zwłaszcza do przywrócenia instytucji prezydenta wybieranego przez Zgromadzenie Narodowe (równocześnie, o czym nie trzeba przypominać, przywrócono też dwuizbowość parlamentu z tradycyjnym generalnym schematem stosunków między izbami) oraz jego prawa do rozwiązania parlamentu i weta wobec ustaw, chociaż w 1989 r., na gruncie Konstytucji PRL, były to procedury przyjęte dla celów pragmatycznych (instrumenty na wypadek „nieprawomyślności” spluralizowanego parlamentu)²⁸. Ale też one właśnie pozwalały spełnić cel i były „na doktrynalnym podorędziu”, mimo że nie wprowadzono jeszcze zasady podziału władzy. Lata 1989–1992 to swoiste konstytucyjne zamieszanie, które nie stanowiło przemyślanego systemu wobec punktowo zmienianej konstytucji z 1952 r. Zresztą zmiany te raczej koncentrowały się wokół aksjologii i przebudowy fundamentów (z najistotniejszym akcentem w postaci zasady państwa prawnego wprowadzonej w grudniu 1989 r.), niż systemu rządów jako takiego. Jedno wszakże miało znaczenie na przyszłość – bezpośrednie wybory prezydenta, czemu nie towarzyszyła jednak żadna głębsza myśl ustrojowa dotycząca konsekwencji takich wyborów dla systemu rządów. Pewne próby wzmocnienia pozycji prezydenta znajdowały się w małej konstytucji²⁹, ale jak pokazało doświadczenie, okazywały się one konfliktogenne i trzeba było z nich zrezygnować. Generalnie zresztą także i mała konstytucja sięgnęła po znane mechanizmy systemu parlamentarno-gabinetowego. Była przecież tylko

²⁷ Mimo że w Polsce nie brak było krytyków przejścia wzorów III Republiki Francji, zob. W.L. Jaworski, *Ankieta o konstytucji z 17 marca 1921*, Kraków 1924.

²⁸ Jak pisze R. Mojak, przedstawiając okoliczności prawnopolityczne kształtowania instytucji prezydenta, urząd prezydenta „miał zastąpić w państwie kierowniczą rolę partii”, *Instytucja Prezydenta RP w okresie przekształceń ustrojowych 1989–1992*, Warszawa 1994, s. 71.

²⁹ Ustawa konstytucyjna z 17 X 1992 o wzajemnych stosunkach między władzą ustawodawczą i wykonawczą Rzeczypospolitej Polskiej oraz o samorządzie terytorialnym, Dz.U. nr 38, poz. 184 ze zm.

aktem tymczasowym i nie miała ambicji pełnić roli historycznego aktu zmieniającego polskie tradycje konstytucyjne, na przykład poprzez wprowadzanie systemu prezydenckiego czy chociażby półprezydenckiego (jak w V Republice Francji lub Finlandii). Trudno jednak nawet przypuszczać, że można by to było zrobić takim niepełno konstytucyjnym aktem tymczasowym.

Rzeczywista decyzja w takiej sprawie mogła zapaść dopiero w konstytucji, przyjętej ostatecznie w 1997 r. Był zresztą na to czas zarówno na debatę, jak i na koncepcję. Tyle tylko, że spośród wniesionych do Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego projektów większość w takiej lub innej formie nawiązywała do systemu parlamentarno-gabinetowego, nawet jeśli proponowano w nich idee rozmaitych modyfikacji³⁰.

Skupiono się więc nie tyle na testowaniu nowego ustroju, ile na eliminowaniu trudności ujawnionych w toku funkcjonowania małej konstytucji. A te dotyczyły zwłaszcza pozycji prezydenta. Tę pozycję ustawa konstytucyjna z 17 października 1992 r. chciała ukształtować tak, aby prezydentowi wybieranemu w wyborach powszechnych przyznać jakiś rzeczywisty zakres władzy, ale okazały się to w efekcie pozory władzy, bo tylko tyle jest możliwe w systemie o fundamentalnej konstrukcji parlamentarno-gabinetowej. Po pierwsze więc, prawo inicjatywy ustawodawczej (wątpliwe i nie występujące w logicznie pomyślanych systemach parlamentarnych, jako mogące wywoływać konkurencję konfliktogenną z prawem rządu, chociaż być może posiadające jakieś znaczenie jako instrument arbitrażu), po drugie, prerogatywy (zwolnienie z kontrasygnaty powodujące, że za część uprawnień prezydenta ponosi on odpowiedzialność osobistą), po trzecie, współdziałanie w sferach polityki zagranicznej, obrony i bezpieczeństwa. Te trzy sfery korespondujące z zadaniami głowy państwa, w których jednak administracja należy do rządu, wymagały synchronizacji uprawnień obu członów władzy wykonawczej. I tu upatrywano szansy dla wzmocnienia pozycji prezydenta. W tym celu wprowadzono zasadę, iż wniosek dotyczący powołania ministrów spraw zagranicznych, obrony narodowej i spraw wewnętrznych premier przedstawia po zasięgnięciu opinii prezydenta, co wykluczy sytuację, w których prezydent musiałby współpracować z ministrami przez siebie całkowicie nieakceptowanymi. Utopia zgodnej współpracy na tym polu szybko jednak zakończyła się zwyczajem tzw. resortów prezydenckich, których istnienie mogło być raczej przyczyną konfliktu lub braku zaufania między rządem (premierem) a jego ministrami, będącymi zaufanymi współpracownikami prezydenta. Pole nieporozumień otwierały też przepisy oddające prezydentowi prowadzenie polityki w tych trzech sferach poprzez formuły, iż „Prezydent sprawuje ogólne kierownictwo w dziedzinie stosunków zagranicznych”; „Prezydent sprawuje ogólne kierownictwo w dziedzinie zewnętrznego i wewnętrznego bezpieczeństwa państwa”. Przepisy używały tu sformułowania

³⁰ Zob. *Jaka konstytucja? Analiza projektów Konstytucji RP zgłoszonych komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego w 1993 r.*, (red.) M. Kruk, Warszawa 1994.

„ogólne” kierownictwo, co wymagało interpretacji na użytek konkretnych kompetencji, ale ponadto wymagały, aby „kontakty prezydenta z innymi państwami, a także z polskimi przedstawicielami dyplomatycznymi odbywały się za pośrednictwem ministra właściwego w zakresie spraw zagranicznych”, co wywołało pytanie, czy kartkę z życzeniami świątecznymi za granicę prezydent mógł wysłać tylko poprzez ministra? Tak więc te próby równowagi i dowartościowania prezydenta i równoważenia władzy rządu i prezydenta, oznaczały nie tyle rzeczywistą władzę głowy państwa, ile raczej konstytucyjny ukłon wobec jej wyboru przez naród. I nawet nie pomogło temu wprowadzenie namiastki odpowiedzialności rządu przed prezydentem w postaci obowiązku Prezesa RM informowania prezydenta o podstawowych problemach będących przedmiotem pracy rządu wraz z możliwością zwoływania przez prezydenta posiedzeń rządu i przewodniczenia im. Powszechne wybory prezydenta odbijały swe piętno także na innych polach jego aktywności, powodując, że naturalne konsekwencje wyborów powszechnych, jak na przykład prowadzenie kampanii wyborczej z programem społecznym, nie mogły w efekcie przynieść realizacji tego programu z powodu braku odpowiednich kompetencji w zakresie bieżącego rządzenia. Na początku zresztą prezydent nie był dość świadomy tych ograniczeń i dowiadywał się o nich dość boleśnie, jak to się przydarzyło prezydentowi Wałęsie w związku z obietnicą powszechnego uwłaszczenia³¹.

M.in. dlatego prezydent rościł pretensje o więcej władzy, niż mu przysługiwało w myśl konstytucji, bo przecież nie miał być królową brytyjską, ale prezydentem, którego władzę wprost legitymizował naród. Ale też prawdą jest, że bezpośrednie wybory prezydenta przy nieprecyzyjnym rozdzieleniu kompetencji, prowadziły do konkurencji i konfliktów w obrębie uprawnień wykonawczych. Te punkty zapalne musiały być usunięte.

2.2. System rządów w Konstytucji RP z 1997 r.

I twórcy konstytucji mieli tę świadomość. Mogły do tego prowadzić różne drogi. Po pierwsze, „prezycjonalizacja”. System prezydencki jest – jak wiadomo – hasłem atrakcyjnym dla polityków, ale nie tak łatwym do realizacji. O systemie prezydenckim USA nie przypadkiem mówi się, że jest endemiczny (powstał w określonych historycznych warunkach, obrósł ogromną orzeczniczą wykładnią konstytucji, a przed zablokowaniem jego równowagi chroni go polityczna zdolność do kompromisu). Można tworzyć system władzy oparty na idei prezydenccjalizmu (jak to uczyniła Francja V Republiki, której konstytucja właśnie się zmieniała, bo w opinii publicznej system ten w takiej wersji już wyczerpał swoją nośność), ale nie proponowała jej dojrzałej koncepcji większość projektów konstytucji,

³¹ Za spektakularną obietnicę 100 milionów dla każdego obywatela tłumaczył się publicznie. Późniejsi kandydaci w wyborach prezydenckich byli na ogół bardziej w prezentowaniu programów powściągliwi, mówiąc o swoich działaniach w ramach przysługujących kompetencji.

a przecież Komisja Konstytucyjna była nimi związana po I czytaniu projektów w Zgromadzeniu Narodowym w 1994 r. Drugą drogą było oparcie systemu na znanych fundamentach parlamentaryzmu z określonymi modyfikacjami i z określonymi zabezpieczeniami przed trudnościami wynikającymi ze złożonej struktury władzy wykonawczej, w której prezydentura pochodzi z wyborów powszechnych (bo z tej zasady nie zdecydowano się zrezygnować).

I tę właśnie drogę wybrano, czyli system parlamentarno-gabinetowy w jego generalnych zarysach, z zachowaniem modyfikacji wynikających z bezpośrednich wyborów prezydenta i kilku elementów tzw. racjonalizacji parlamentaryzmu (konstruktywne wotum nieufności, wzmocniona władza premiera³²) i z odizolowaniem – na ile można – prezydenta od polityki bieżącej, aby nie dochodziło do dwugłosu i aby wyeliminować nieporozumienia i kłopoty wcześniejszego okresu.

System parlamentarno-gabinetowy charakteryzuje odpowiedzialność rządu przed parlamentem, czyli przed Sejmem (rząd musi posiadać zaufanie parlamentu), co oznacza, że jest rządem większości parlamentarnej i realizuje jej politykę. Władza wykonawcza jest dwuczłonowa, co oznacza konieczność rozdzielenia zakresu władzy obu członów egzekutywy, ale jednak zakłada swoiste minimum współdziałania w obrębie tej władzy.

Jednak niezależnie od „wyważenia” kompetencji rządu i głowy państwa, w istocie systemu parlamentarnego zakodowana jest „słaba” pozycja prezydenta. Po pierwsze, ze względu na to, że rządzić może tylko jedno centrum i jeśli Rada Ministrów jest rządem większości parlamentarnej oznacza to, że to ona jest prawnym i politycznym podmiotem prowadzenia polityki państwa. Po drugie, prezydent nie ponosi odpowiedzialności parlamentarnej. To ogranicza zakres sfery, w której może mieć władcze kompetencje, a w większości te, które posiada, są wykonywane na wniosek rządu (to właśnie genetyczna cecha głowy państwa: za nieodpowiedzialność płaci brakiem kompetencji) lub za kontrasygnatą rządową przenoszącą na kontrasygnującego odpowiedzialność.

System parlamentarno-gabinetowy wyrósł z systemu monarchistycznego parlamentaryzmu brytyjskiego, co siłą rzeczy, zwłaszcza współcześnie, przesądza pozycję głowy państwa w wykonywaniu zadań niestanowiących egzekutywy w sensie ścisłym, a co więcej – w systemie tzw. parlamentaryzmu monistycznego – niesprawowania kontroli nad rządem. Jakkolwiek polski system parlamentarno-gabinetowy został wieloma elementami zmodyfikowany³³, ale jego logika rzutuje na pozycję poszczególnych organów władzy wykonawczej. Nawet gorzej – wybory powszechne prezydenta paradoksalnie wymagają skrupulatniejszej kontroli jego

³² Zastanawiano się nawet, czy polski system nie przypomina kanclerskiego, wskazując na charakter rządu jako „premierowskiego”, zob. R. Mojak, *Status ustrojowy Rady Ministrów w nowej Konstytucji RP*, (w:) *Ustrój polityczny RP w nowej Konstytucji z 2 kwietnia 1997 roku*, (red.) W. Skrzydło, R. Mojak, Lublin 1998, s. 55.

³³ Zob. m.in. M. Kruk, *System rządów w Konstytucji RP z dnia 2 kwietnia 1997*, (w:) *Ustrój...*, op. cit. s. 17.

kompetencji. Sam fakt takich wyborów mógłby być podstawą przyznania mu przez konstytucję wysokiej pozycji i kompetencji, ale samoistnie nic z faktu takich wyborów nie wynika. Jeśli konstytucja tego nie czyni konkretnie – to te kompetencje z niczego nie mogą być domniemane.

2.3. Władza wykonawcza

Jak wyżej stwierdzono, władza wykonawcza jest dualistyczna. Art. 10 konstytucji zalicza do niej – tradycyjnie – Prezydenta RP i Radę Ministrów. Jest to zasada podstawowa, która wymaga określenia szczegółowego zakresu działania każdego z segmentów egzekutywy i odpowiadających im kompetencji. Tak więc art. 146 konstytucji powiada, że RM prowadzi politykę państwa zewnętrzną i wewnętrzną i należą do niej sprawy niezastrzeżone dla innych organów. Jest to więc zarazem wskazanie roli Rady Ministrów w systemie władzy i generalna zasada domniemania, że tam gdzie nie zastrzeżono kompetencji dla innego organu, one przysługują rządowi (wyszczególnienie zawarte w ust. 4 tego artykułu nie ma więc charakteru enumeratywnego). W brzmieniu tego przepisu widać odejście od koncepcji małej konstytucji w przedmiocie określenia organu, któremu konstytucja powierza prowadzenie polityki, w tym także w sferze zagranicznej. Nie ma tu więc przypadku ani jakiegokolwiek niejasności.

Rolę ustrojową prezydenta określa art. 126 wskazując, że prezydent jest najwyższym przedstawicielem RP (nie powtarzając za m.k., że w stosunkach wewnętrznych i międzynarodowych) oraz gwarantem ciągłości władzy państwowej (tego w m.k. nie było). Większa zbieżność z tekstem małej konstytucji dotyczy jego roli jako strażnika konstytucji, suwerenności i bezpieczeństwa państwa oraz nienaruszalności i niepodzielności terytorium. To są zadania (funkcje) prezydenta, ich „wagę” określają kompetencje. W art. 126 konstytucja powiada, że wykonuje je w zakresie i na zasadach określonych w konstytucji i ustawach, czyli należy do niego w tym zakresie tylko to, co *expressis verbis* zostało konstytucyjnie i ustawowo określone. Jest tu więc przeciwieństwo regulacji sfery kompetencyjnej rządu. Tam gdzie nie ma wyraźnej kompetencji zastrzeżonej w konstytucji lub ustawie na rzecz prezydenta (lub innego organu egzekutywy) – tam kompetencje należą do rządu. Konstytucja wspomaga to zniesieniem tzw. resortów prezydenckich, zastrzeżeniem, że Rada Gabinetowa nie może wykonywać konstytucyjnych funkcji rządu, nie powtarza nawet tak „miękkiej” formy kontroli nad rządem jak obowiązek informowania prezydenta o pracy Rady Ministrów, likwiduje prawo weta prezydenta do ustawy budżetowej (może ją tylko skierować do TK) a w przypadku odmowy podpisania ustawy pozwala skorzystać tylko z jednej z dwu alternatywnych procedur³⁴.

³⁴ W myśl małej konstytucji ustawę, którą po zwróceniu Sejmowi, uchwalił on ponownie, prezydent mógł jeszcze skierować do TK.

W trzech sferach, w których prezydentowi przysługują kompetencje: polityka zagraniczna, obrona narodowa, bezpieczeństwo państwa, konstytucja określa je precyzyjnie.

W sferze polityki zagranicznej, bo ona jest tu istotna, prezydentowi przysługują kompetencje wskazane enumeratywnie w art. 133 (ratyfikacja i wypowiedanie umów międzynarodowych, mianowanie i odwoływanie przedstawicieli RP, przyjmowanie przedstawicieli dyplomatycznych). To tradycyjne kompetencje głów państw, określone bardzo precyzyjnie i realizowane zgodnie z innymi przepisami konstytucji (np. dotyczącymi ratyfikacji) i ustaw (np. ustawy o umowach międzynarodowych w zakresie procedury zawierania umów). Co więcej – konstytucja nakazuje, aby przy ich wykonywaniu prezydent współdziałał z rządem. To oznacza, że prezydent nawet mając kompetencje, nie ma w zakresie ich realizacji pełnej swobody. Wymagają one albo wniosków ministra spraw zagranicznych (może być przedmiotem sporu na ile owo współdziałanie ma rzutować na swobodę odmowy wykonania wniosku rządu), albo uprzedniego działania rządu i jego wniosku (ratyfikacja), a nawet dodatkowo uprzedniej zgody wyrażonej w ustawie lub w referendum (art. 89, 90 konstytucji).

W przypadku ratyfikacji konstytucja daje prezydentowi prawo zakwestionowania umowy w formie wniosku do TK. Jeśli porównać to z procedurą ustawodawczą – prezydentowi przysługuje tu tylko jedna forma, stąd uprawniony byłby wniosek, że nie może odmówić ratyfikacji, a już zwłaszcza wtedy, gdy wniosek rządu o ratyfikację popiera upoważnienie ustawowe (nie ulega wątpliwości referendum, jeśli frekwencja przekroczyła 50% uprawnionych). W literaturze wskazuje się³⁵, że prezydent nie może odmówić ratyfikacji (wydaje się, że zwłaszcza wtedy, gdy ustawa podjęta została w trybie art. 90 większością analogiczną do konstytucyjnej, a nawet ostrzejszą). Odmowa byłaby wetem, którego konstytucja nie przewiduje. Niestety – nic mu nie broni zwlekać z ratyfikacją i jest to wyraz jakiejś polityki prezydenta – tylko czy realizowanej we współdziałaniu z rządem? Wniosek: konstytucja czyni z prezydenta i Rady Ministrów dwa człony władzy wykonawczej, ale każdej z nich wyznacza inne zadania i do ich wykonania odrębne kompetencje, czyniąc zastrzeżenie, że kompetencje prezydenta nie mogą być domniemane na podstawie jego generalnej pozycji czy sposobu wyboru. Ponadto konfrontacja przepisów konstytucji i małej konstytucji wskazuje na celowe, świadome ukształtowanie uprawnień władczych prezydenta w sposób węższy niż poprzednio, a to znaczy, że nie powinny być one poddawane szerszej interpretacji i to odnosi się także do sfery polityki zagranicznej, realizowanej z tytułu sprawowania funkcji najwyższego przedstawiciela państwa.

Jednak w literaturze zwraca się słusznie uwagę, że restrykcje wynikające z przepisu o konieczności konkretnej podstawy prawnej dla wykonywania przez prezy-

³⁵ P. Sarnecki, *Komentarz do art. 133, Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. I, (red.) L. Garlicki.

denta działań władczych, nie oznaczają, że dla działań niewładczych podstawą wystarczającą nie jest ogólna charakterystyka konstytucyjna jego pozycji jako najwyższego przedstawiciela państwa. Samo pojęcie „najwyższego przedstawicielstwa” najczęściej tłumaczy się jako reprezentowanie państwa (symbolizowanie, uosobienie, występowanie w imieniu, potwierdzanie zaangażowania autorytetu państwa, reprezentowanie w organizacjach międzynarodowych, na szczytach międzypaństwowych itp.) na najwyższym dyplomatycznym poziomie (państwo reprezentować mogą także inne podmioty na różnych poziomach i formach)³⁶. Dla tych czynności, które mogą mieć różne formy kontaktów międzynarodowych, znaczna ich część realizowana jest zwyczajowo, często w formach określonych protokołem dyplomatycznym, konwenansami czy innymi okolicznościami. Jak się uważa, należą do nich także wypowiedzi publiczne, a zwłaszcza zagraniczne, które jeśli nie mają formy pisemnej nie muszą podlegać kontrasygnacie, nie zawsze mają miejsce w obecności ministra lub innego przedstawiciela rządu i nie zawsze wykonywane są na podstawie tzw. instrukcji negocjacyjnej³⁷, ale które mogą mieć istotne znaczenie dla kierunku polityki zagranicznej. Dlatego też, jak się wydaje, mała konstytucja wymagała w tych kontaktach pośrednictwa ministra spraw zagranicznych, a ponieważ czyniła to trochę nieprecyzyjnie czy niezręcznie, przepisu tego nie powtórzono. Nie może to jednak oznaczać swobody prezydenta do prowadzenia tą drogą własnej, niezgodnionej z rządem, polityki zagranicznej. Temu ma też zapobiegać wymóg współdziałania z Radą Ministrów.

2.4. Prezydent a kontrola rządu

Konstytucja nie pozostawia wątpliwości, że nie jest oparta na tzw. zasadzie parlamentaryzmu dualistycznego, tzn. takiego, kiedy rząd podlega podwójnej kontroli – parlamentu i głowy państwa (jak na przykład we Francji – choć tam twierdzi się, że jest to bardziej utrwalona praktyka niż zasada wprost wyrażona w konstytucji). Konstytucja RP z 1997 r. nie zastosowała formuły konstytucji marcowej „Prezydent sprawuje władzę wykonawczą przez odpowiedzialnych przed Sejmem ministrów i podległych im urzędników” (art. 43). Nie powtórzyła nawet – jak wspomniano – owej formuły o informowaniu głowy państwa o działalności rządu. Nie można zapomnieć, że zwyczajem stało się także niezapraszanie przedstawicieli prezydenta na posiedzenia RM, co było zerwaniem za rządów J. Buzka innego zwyczaju – udziału przedstawicieli prezydenta w posiedzeniach RM z prawem głosu doradczego (wówczas pojawiło się określenie o „prawie rządu do posiedzeń w składzie konstytucyjnym”). Ostatecznym potwierdzeniem jest też przepis o Radzie Gabinetowej. Przepis ten pozwala prezydentowi na

³⁶ Por. P. Sarnecki, *Komentarz do art. 126, Konstytucja...*, op. cit.

³⁷ To określenie zawarte w ustawie o umowach międzynarodowych odnosi się w sensie ścisłym do procesu negocjacji przy zawieraniu umów międzynarodowych.

zwołanie RG. w sprawach szczególnie ważnych dla państwa. A więc w sprawach konkretnych, w których prezydent z racji swej ogólnej pozycji i roli „hamulca” bądź arbitra (jeśli uznamy, że konstytucja przyznaje mu ten atrybut) może zainicjować współdziałanie z rządem (wysłuchać, być wysłuchanym, inspirować), ale tylko w sprawach ważnych. Taka formuła wyklucza kontrolowanie działalności rządu, a więc zwoływanie RG w celach „sprawozdawczych” lub kontrolnych. Drugi element koncepcji RG wyklucza podejmowanie przez nią decyzji w zakresie konstytucyjnych kompetencji rządu. Konstytucja chroni w ten sposób system konstytucyjny przed boczną ścieżką przejmowania funkcji rządu przez prezydenta. Przez ten przepis – którego w małej konstytucji nie było – przebija obawa o taki obrót sytuacji. Niekiedy wskazywano, że RG to martwa instytucja, ale w świetle ostrzejszego konfliktu w łonie władzy wykonawczej widać pewną przenikliwość ustawodawcy konstytucyjnego, który wyłącza kontrolę (tym bardziej nadzór), choćby w formie decydowania w jakim zakresie, w jakiej formie, w jakim czasie i na jakim forum rząd realizuje kompetencje „prowadzenia polityki”. Konstytucja nie przyznaje prezydentowi prawa bezpośredniego sprzeciwu wobec polityki rządu, chociaż go tego nie pozbawia, choćby przez odmowę podpisania ustawy (to uprawnienie może być też stosowane na rzecz rządu, nie jest to bowiem instrument regulacji stosunków między tymi dwoma segmentami władzy wykonawczej, ale instrument hamowania i równowagi, jaki prezydentowi oferuje system parlamentarno-gabinetowy lub instrument arbitrażu).

3. Rząd i prezydent a sprawy europejskie

Jak już wspomniano na wstępie, członkostwo w Unii Europejskiej wymagało od wszystkich państw decydujących się na ten krok pewnego zakresu adaptacji swoich warunków konstytucyjnych do wymagań integracji. Nawet jeśli nie pociągało to za sobą formalnych zmian konstytucji, faktyczne przystosowanie musiało nastąpić. Nawet tak stabilny system polityczny jak Wielkiej Brytanii musiał w określonych sprawach ustąpić i to nie tylko w przypadku wprowadzenia proporcjonalności w wyborach do Parlamentu Europejskiego, ale gorzej – ucierpiała jedna ze świętych zasad brytyjskich – suwerenności parlamentu, którego władza ustawodawcza doznaje ograniczenia w sprawach przekazanych Unii. Ten przykład jest tylko symboliczny, bowiem wskazanie wszystkich konsekwencji wymagałoby obszernej analizy, obejmującej nie tylko przystosowywanie się państw, ale i ich opór, a nawet – jak to barwnie opisywano – stawianie czoła otwartej puszczy Pandory³⁸.

³⁸ Poświęcono temu bardzo wiele opracowań, których same tytuły pokazują, że nie jest to bezproblemowe, m.in. J. Rideau, *Les Etats membres de l'Union européenne: adaptation – mutation – résistance*, LGDJ, Paris 1997, albo F. Chaltier, *La boîte de Pandore des relations entre la constitution française et le droit communautaire*, „RMC et UE” 2002, nr 462.

W podobnej sytuacji jest Polska, której konstytucja i ustawy nie rozwiązują wszystkich problemów. Ale też nie wszystkie można w ten sposób rozwiązać. Ważne, aby istniała świadomość zmian i ograniczeń, jakie z tytułu członkostwa w Unii dotyczą funkcjonowanie organów władzy państwowej, ich kompetencje i wzajemne relacje.

Bardzo szczegółową, wnikliwą i interesującą doktrynalnie analizę konsekwencji w tym zakresie przeprowadził K. Wojtyczek, który wskazuje na szereg zmian, jakie dotyczą zwłaszcza parlamentu, rządu i prezydenta. W odniesieniu do rządu pisze m.in.: „W sferze kompetencji przekazanych organizacjom lub organom międzynarodowym, do Rady Ministrów należy ustalanie i wyrażanie stanowiska Rzeczypospolitej Polskiej w organach międzyrządowych organizacji międzynarodowych. Podstawowym partnerem rządu przy prowadzeniu polityki przestaje być Sejm, a jego miejsce zajmują rządy innych państw członkowskich /.../ Do Rady Ministrów należy negocjowanie kompromisowych rozwiązań z rządami tych państw”. I dalej: „przekazanie kompetencji może wiązać się z przyznaniem konkretnych kompetencji nie tylko państwowym, ale również określonym rodzajom organów państwowych. Organy te uzyskują określone kompetencje w relacjach z organami danej organizacji lub innych państw z pominięciem tradycyjnych kanałów dyplomatycznych”³⁹. To oczywiście może działać z uszczerbkiem dla Rady Ministrów, kiedy takie kompetencje uzyskują wprost inne organy, ale może też uzasadniać jej wejście na te obszary, które w tradycyjnej polityce zagranicznej wydają się być zarezerwowane dla prezydenta. Jak pisze cytowany tu autor „przekazywanie kompetencji/.../osłabia w pewnym stopniu pozycję Prezydenta oraz ustanawia dodatkowe ograniczenia jego kompetencji”⁴⁰. Na tym tle autor zastanawia się czy prezydent może reprezentować Polskę w organach organizacji międzynarodowych. Podobne, nawet konkretniej postawione pytanie, zadawano już w literaturze. M. Grzybowski podejmuje ten problem właśnie w aspekcie udziału w Radzie Europejskiej, pytając: prezydent czy Prezes Rady Ministrów?⁴¹. Obaj autorzy, jakkolwiek na bazie nieco innych argumentów, nie wykluczają udziału prezydenta „jeżeli wymagałyby tego szczególne względy polityki zagranicznej, przy czym decyzja w tym zakresie należy do rządu, który ma wówczas również prawo określenia stanowiska Rzeczypospolitej Polskiej ze skutkiem wiążącym dla Prezydenta. Prezydent RP nie mógłby /.../ zajmować stanowiska sprzecznego ze stanowiskiem rządu”⁴².

³⁹ K. Wojtyczek, *Przekazywanie kompetencji państwa organizacjom międzynarodowym*, Kraków 2007, s. 339–340.

⁴⁰ Jw. s. 342.

⁴¹ M. Grzybowski, *Władza wykonawcza w Rzeczypospolitej Polskiej w warunkach członkostwa w Unii Europejskiej (wybrane zagadnienia)*, (w:) *Polska w Unii...*, op. cit., s. 33–34.

⁴² K. Wojtyczek, *Przekazywanie...*, op. cit., s. 434.

4. Podsumowanie

Polityka europejska jest specyficzną sferą polityki zagranicznej, która dotyczy spraw blisko związanych z polityką wewnętrzną, co wynika z przekazanych na szczebel Unii kompetencji organów państwa w określonych sprawach. Najczęściej jest to sfera roboczego kształtowania polityki na płaszczyźnie międzyrządowej, kiedy rola podstawowa należy do egzekutyw krajowych, a coraz szerzej biorą w niej udział także parlamenty – krajowe i europejski.

Rada Europejska jest instytucją międzyrządową, swoistym forum Unii, która na szczeblu wyższym niż ministerialny (Rada UE) podejmuje głównie polityczne decyzje inspirujące politykę europejską i działania Unii (w określonych sytuacjach też konkretne decyzje jako Rada UE). Przyszłość, zaprogramowana w traktacie lizbońskim, utrwala jej charakter i pozycję w systemie instytucjonalnym UE. Skład RE – szefowie państw lub rządów w towarzystwie ministrów spraw zagranicznych (lub innych w zależności od sprawy) oraz przewodniczący KE i jeden z komisarzy, a w praktyce od samego początku w większości – szefów rządów krajowych, odpowiada koncepcji Wspólnot i Unii jako organizacji realizującej wspólną politykę w ramach kompetencji przekazanych na ten szczebel przez państwa członkowskie, głównie w sferze gospodarki i administracji rządowej oraz ustawodawstwa. Widocznym trendem, wyrażanym także przez traktat lizboński, jest wzmocnienie roli ministrów resortowych (lub ds. europejskich) i relatywne osłabienie roli dyplomacji, co potwierdza charakter polityki europejskiej jako polityki zagranicznej *sui generis* (lub *sui generis* polityki wewnętrznej).

Traktaty i praktyka pozostawiają państwom członkowskim swobodę określenia, kto: szef rządu czy państwa uczestniczy w składzie Rady Europejskiej. Nie wymaga się też deklaracji jednorazowej i opcji stałej. Jednak z punktu widzenia państwa członkowskiego – ta decyzja nie jest niezdeterminowana. Zależy od dwu generalnych czynników: kto w rzeczywistości w konstytucyjnych warunkach państwa kieruje egzekutywą krajową i kto prowadzi politykę państwa, nie tylko zagraniczną, także wewnętrzną, bo w przypadku Unii nie jest to obojętne. Unia jako organizacja międzyrządowa głównymi aktorami swego działania czyni rządy.

Polska konstytucja opierająca system rządów na fundamencie systemu parlamentarno-gabinetowego, oddaje funkcję kierowania polityką wewnętrzną i zagraniczną rządowi, przyznając mu w tym zakresie wszystkie kompetencje niezastrzeżone dla innych organów, w tym dla prezydenta. Powoduje to domniemanie, że uprawnienie nieprzyznane konkretnie prezydentowi, należy w zakresie polityki zagranicznej i wewnętrznej do rządu.

Swoje kompetencje w sferze polityki zagranicznej – określone wyraźnie w konstytucji i ustawach – prezydent wykonuje współdziałając z rządem.

Co wynika z tych przesłanek w sprawie udziału w RE?

Wydaje się, że trudno tu stanąć na stanowisku skrajnie dogmatycznym, że skoro żaden akt (konstytucja, ustawa, umowa) nie przewidują, że w posiedzeniach

Rady Europejskiej bierze udział prezydent, to kompetencja ta należy wyłącznie do rządu. Chociażby dlatego, że konstytucja była pisana w roku 1997, kiedy jeszcze RP nie była członkiem UE. A poza tym dlatego, że realizacja funkcji prezydenta mieści się także na płaszczyźnie zwyczajowej, co oznacza wykonywanie jej także w formach zwyczajowych, konwencjonalnych. Co więcej, jeśli polityka europejska nie jest *par excellence* polityką zagraniczną, to uczestnicząc w niej prezydent nie musi się odwoływać wyłącznie do swojej roli przedstawiciela państwa w stosunkach zewnętrznych (w praktyce, w aktualnym sporze w odniesieniu do uczestnictwa w Radzie Europejskiej wysuwany jest tylko ten argument), co zresztą nie zmienia konkluzji⁴³.

Byłoby jednak również nie do zaakceptowania i przyjęcia założenie, że funkcja najwyższego przedstawiciela państwa przesądza o udziale prezydenta w Radzie Europejskiej. W końcu w tej samej sytuacji są prezydenci czy monarchowie – słowem głowy państw pozostałych państw członkowskich, a przecież z niewielkimi wyjątkami systematycznie w posiedzeniach RE nie biorą udziału. Tym bardziej wykluczyć należy założenie, że prezydent uczestniczy w posiedzeniach RE „kiedy chce” i zatem „kiedy chce musi przewodniczyć delegacji polskiej” i musi być uwzględniany w rządowych planach realizacji polityki na forum Rady Europejskiej. Trzeba podzielić cytowany wyżej pogląd, że decyzja w tej sprawie powinna należeć do rządu⁴⁴.

Charakter polityki europejskiej oraz charakter RE jako instytucji, nie wymagają, aby za każdym razem lub za dowolnym razem, gdy tak uzna prezydent, musiała być reprezentowana Rzeczpospolita Polska przez najwyższego przedstawiciela. Po prostu nie zawsze prace RE wymagają, aby zaangażowany był na jej posiedzeniach autorytet państwa uosobiony przez jego najwyższego przedstawiciela. Przeciwnie – zarówno polityka europejska, jak i Rada Europejska wymagają raczej udziału rządu (premiera, ministra), bo jako platforma współpracy międzyrządowej wymagają zaangażowania rządu i jego swobody negocjacyjnej.

Zasada, że w RE udział bierze szef rządu (premier) lub prezydent w towarzystwie ministra spraw zagranicznych (innego), powodują, że zwyczajem są dwa krzesła w sali obrad, odrębne obiady czy kolacje szefów i odrębne ministrów, a jak wiadomo te kolacje są nie tylko prestiżowe, ale przede wszystkim robocze. Udział prezydenta i ministra na posiedzeniach plenarnych wiąże uczestników instrukcją negocjacyjną rządu, a więc brak im swobody negocjacyjnej. Obecność premiera i prezydenta (tolerowana, lecz przeciwna założeniu traktatowemu, a przez traktat lizboński wykluczana) przenosi atrybut przewodniczącego delegacji na prezydenta (precedencja dyplomatyczna) jako przewodniczącego delegacji i w ten sposób przenosi na prezydenta funkcję szefa rządu, co jest niezgodne z konstytucją

⁴³ Por. cyt. opracowanie M. Grzybowski, który analizuje wszystkie funkcje prezydenta w aspekcie członkostwa RP w Unii, *Władza wykonawcza...*, op. cit., s. 17 i n.

⁴⁴ Zob. przyp. 42.

(a do tego pozbawia obie głowy – rządu i państwa – merytorycznego eksperta, co jest swego rodzaju technicznym kłopotem). No i rodzi zasadniczy konflikt, jeśli premier i prezydent mają różne poglądy.

Tylko obecność łączna szefa rządu i ministra – i taką racjonalną sytuację przewiduje obecny traktat o UE, gwarantuje rządowi realizację celów polityki rządu w skali europejskiej – z konsekwencjami dla polityki wewnętrznej, za co rząd ponosi odpowiedzialność parlamentarną. Wiele spraw rozpatrywanych przez Radę Europejską należy do sfery wyłącznych kompetencji Unii, które rzutują na sytuację wewnętrzną państw członkowskich albo do sfery polityki wspólnej (tzw. kompetencji dzielonych), których część należy do UE, część do państwa członkowskiego. Rada działa więc także w sferze polityki wewnętrznej państwa i najlepszym dowodem na to jest agenda ubiegłej Rady Europejskiej (15–16.10.2008 r.), czyli głównie pakiet klimatyczny i kryzys finansowy (stąd udział ministra spraw zagranicznych i finansów). Był to typowy szczyt rządowy, skutkujący w przyszłości odpowiedzialnością rządu. W agendzie nie było w zasadzie spraw wymagających reprezentacji państwa na najwyższym szczeblu.

Fakt, że TUE nie przesądza, kto bierze udział w posiedzeniach Rady Europejskiej, oznacza, że pozostawia to decyzji państw członkowskich. Problem zatem – zwłaszcza w kontekście wypowiedzianych publicznie poglądów przy okazji afery związanej z październikowym posiedzeniem RE – polegał na kwestii, kto decyduje o udziale premiera lub prezydenta. W państwie o pewnej kulturze władzy decyzja – racjonalna – powinna zapaść przy współdziałaniu władz (w Polsce nakazuje ją wstęp do konstytucji), o ile nie ma ścisłych przepisów kompetencyjnych i opierać się na interpretacji konstytucji i analizie przesłanek wynikających z członkostwa państwa w Unii, charakteru polityki europejskiej i samej Rady Europejskiej. Te – jak starano się tu przedstawić – prowadzą ku Radzie Ministrów.

ZBIGNIEW JĘDRZEJEWSKI

WINA I BEZPRAWNOŚĆ
W PRAWIE CYWILNYM I KARNYM

Rozróżnienie między umyślnością i nieumyślnością w prawie cywilnym, w przeciwieństwie do prawa karnego, ma relatywnie niewielkie znaczenie, punktem ciężkości rozumienia winy jest niewątpliwie określenie nieumyślności, przede wszystkim niedbalstwa. W prawie cywilnym odpowiedzialność odszkodowawczą w ogólnej formule deliktu z art. 415 k.c. uzasadnia stopień winy w każdej postaci, ograniczenie jej do określonego stopnia winy wymaga każdorazowo wyraźnego zaznaczenia w ustawie.¹ W dziedzinie odpowiedzialności *ex contractu* kodeks cywilny również zasadniczo nie przywiązuje wagi do podziału na umyślność i nieumyślność, natomiast w pewnych przypadkach odwołuje się do rażącego niedbalstwa, zrównując je z umyślnością. Przy odpowiedzialności *ex contractu* strony mogą zawęzić odpowiedzialność dłużnika tylko do umyślności lub rażącego niedbalstwa (art. 472 k.c.). Dla zakresu odpowiedzialności na gruncie art. 415 k.c. nie ma żadnego znaczenia, gdy sprawca usiłował spowodować określoną szkodę, wywołał zaś nieumyślnie szkodę większą lub mniejszą. Odpowiedzialność z tego przepisu poniesie za rzeczywiście wyrządzoną, a nie za wyobrażoną szkodę.

W prawie karnym zasadniczo odpowiada się za przestępstwo umyślne, za występki nieumyślne tylko wtedy, gdy ustawa tak stanowi (art. 8 k.k.). Ponadto przestępstwem jest usiłowanie (art. 13 k.k.), w tym także usiłowanie nieudolne, gdy sprawca nie uświadamia sobie, że dokonanie jest niemożliwe ze względu na brak przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego lub ze względu na użycie środka nienadającego się do popełnienia czynu zabronionego (art. 13 § 2 k.k.). W nauce prawa karnego konieczną dla odpowiedzialności za usiłowanie umyślność lokuje się w bezprawiu (bezprawności), a nie (wyłącznie) w winie, takie jej usytuowanie akceptuje się również w obszarze przestępstwa dokonanego. Trudno sobie wyobrazić, by cywilista, który poświęciłby więcej uwagi

¹ W. Czachórski, A. Brzozowski, M. Safjan, E. Skowrońska-Bocian, *Zobowiązania. Zarys wykładu*, Warszawa 2004, s. 212; B. Lewaszkiewicz-Petrykowska, *Wina jako podstawa odpowiedzialności z tytułu czynów niedozwolonych*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 1969, t. II, s. 92.

pojęciu umyślności, w ogóle mógł na terenie prawa cywilnego kiedykolwiek rozważać taką możliwość.

W obszarze czynów nieumyślnych w nauce prawa cywilnego przeważa stanowisko, że niezachowanie reguł staranności (brak należytej staranności) jest oceniane na płaszczyźnie winy.² W kodeksie karnym (art. 9 § 2), jak również w nauce prawa karnego, element ten sytuowany jest na płaszczyźnie bezprawia, na ogół już na płaszczyźnie ustawowej istoty czynu zabronionego. Natomiast miernik staranności przyjmowany w prawie cywilnym ma najczęściej wyłącznie charakter generalno-obiektywny.³ Zatem to, co przy odpowiedzialności deliktowej czy kontraktowej stanowi winę, w modelu karnistycznej odpowiedzialności lokowane jest w bezprawiu, przy czym na ogół zachowanie zgodne z regułą staranności nie jest traktowane jako okoliczność wyłączająca bezprawność, lecz nie pozwala przyjąć urzeczywistnieniu znamion czynu zabronionego. Obiektywistyczne kryteria przy ustalaniu wzorców należytej staranności powodują, że wina cywilistyczna w ujęciu tradycyjnym odbiega daleko od treści i funkcji winy w prawie karnym. Pomijając szerszą prezentację dyskusji na temat winy w prawie karnym, można jedynie skonstatować, że przeważa jej konkretno-indywidualne ujęcie. Także w nauce niemieckiej zwraca się uwagę na charakterystyczne dla prawa cywilnego obiektywne kryteria obowiązku staranności (§ 276 ust. 2 BGB: *Fahrlässig handelt, wer die in Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht läßt*), podczas gdy prawnokarna wina przy nieumyślności to personalny zarzut wobec sprawcy, a jej ustalenie oparte jest na konkretno-indywidualnej możliwości wykonania obiektywnego obowiązku staranności oraz konkretno-indywidualnej możliwości przewidzenia skutku. Z drugiej strony niemiecka doktryna prawa cywilnego, a także orzecznictwo z wyraźną niechęcią przyjmują możliwość przeniesienia na grunt odpowiedzialności odszkodowawczej ściśle indywidualistycznego, nastawionego na *Können* konkretnego sprawcy, karnistycznego kryterium winy. Np. w orzeczeniu z 4 marca 1957 r., dotyczącym głównie zaklasyfikowania zachowania zgodnego z zasadami ostrożności jako okoliczności wyłączającej bezprawność, Bundesgerichtshof

² Na ten temat zob. m.in. M. Krajewski, *Niezachowanie należytej staranności – problem bezprawności czy winy*, „Państwo i Prawo” 1997, nr 10, s. 32 i n.; Z. Banaszczyk, P. Granecki, *O istocie należytej staranności*, „Palestra” 2002, nr 7–8, s. 12 i n.; M. Sośniak, *Bezprawność zachowania jako przesłanka odpowiedzialności cywilnej*, Kraków 1959, s. 84; J. Dąbrowa, *Wina jako przesłanka odpowiedzialności cywilnej*, Wrocław 1968, s. 230 i n. Natomiast w orzecznictwie i nauce niemieckiej zdaje się przeważać stanowisko, że naruszenie obiektywnego obowiązku staranności jest elementem bezprawności (głównie przy deliktach). Podstawową rolę odegrało orzeczenie Bundesgerichtshofu z 4 marca 1957 r. Zachowanie zgodne z zasadami staranności (ostrożności) uznał on za zachowanie w sytuacji wyłączającej bezprawność (*Rechtfertigungsgrund*), a nie jako niezawinione. Zob. H. Stoll, *Zum Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens*, „Juristenzeitung” 1958, s. 137 i n. Podważono w ten sposób tradycyjnie zorientowaną wyłącznie na skutek bezprawność cywilną. Był to wyraz wpływów powstałego w doktrynie prawa karnego finalizmu H. Welzla.

³ J. Dąbrowa, *Wina...*, op. cit., s. 65 i n.; A. Szpunar, *Czyny niedozwolone w kodeksie cywilnym*, Studia Cywilistyczne 1970, s. 50–51; W. Czachórski, A. Brzozowski, M. Safjan, E. Skowrońska-Bocian, *Zobowiązania...*, op. cit., s. 213–214, 331–332. W literaturze przeważa pogląd, że określenie *in abstracto* miernika należytej staranności w art. 355 k.c. znajduje zastosowanie zarówno w zakresie odpowiedzialności deliktowej, jak i *ex contractu*.

stwierdził m.in.: *Damit wäre zwar äußerlich eine Harmonisierung der rechtlichen Begriffsbildung erreicht, aber den wesensgemäßen Unterscheidungen nicht Rechnung getragen, die sich aus der spezifischen Eigenart und Zwecksetzung zweier verschiedener Rechtsgebiete ergeben.*⁴ Ogólnosystemowy postulat jednolitego ujmowania winy w prawie karnym i cywilnym nie jest dostatecznie funkcjonalnie uzasadniony na płaszczyźnie poszczególnych gałęzi prawa.⁵ Nie inaczej rzecz przedstawia się również z ujęciem bezprawności.

Wydawałoby się, że ze względu na różnorodne przestanki odpowiedzialności np. odszkodowawczej, w tym także ze względu na przypadki obowiązku naprawienia szkód powstałych w wyniku czynów legalnych, wspólnym mianownikiem bezprawia cywilnego powinna być sama szkoda, czy też, jak to się często określa w nauce prawa karnego, ujemna wartość rezultatu zachowania. Jednak rozważania cywilistów na temat bezprawności koncentrują się przede wszystkim na bezprawności samego zachowania. Bezprawność ma tym samym być niezależna od szkody wobec zaniechania przez prawo cywilne podejścia zakładającego bezprawność wyrządzenia każdej szkody (określanego mianem koncepcji *neminem ledere*) czynem własnym.⁶ Niezależnie jednak od tej dość stanowczej tezy, stwierdzić można tylko, że usytuowanie szkody jest w cywilistyce rzeczywiście wyjątkowo niejasne zarówno w systemie odpowiedzialności *ex delicto*, jak i *ex contractu*. Już samo określenie „czyn niedozwolony” (tytuł VI księgi trzeciej k.c.) może prowokować pewne pytania.⁷ Chodzi tutaj o samo zachowanie bezprawne, czy również o wyrządzenie szkody? Czy szkoda także decyduje o bezprawności? W polskiej literaturze cywilistycznej szkodę traktuje się jako jedną z „przesłanek” odpowiedzialności odszkodowawczej.⁸ Narzuca się tutaj pewna zbieżność ze sposobem definiowania przestępstwa w tradycyjnej doktrynie, gdzie wszystkie elementy (można powiedzieć przesłanki) przestępności są od siebie ściśle separowane. Pytanie o szkodę w tym kontekście nie jest pozbawione racji, mogłaby ona być zasadniczym elementem stanu faktycznego deliktu, presumować bez-

⁴ Zob. G. Geilen, *Strafrechtliche Verschulden im Zivilrecht?*, „Juristenzeitung” 1964, s. 6. Inna sprawa, że po tym orzeczeniu pojęcie winy w rozumieniu cywilistycznym jest już właściwie puste, skoro obiektywne kryterium § 276 ust. 2 BGB (wcześniej kryterium przypisania winy) teraz włączone zostało do problematyki bezprawności.

⁵ Wspólne dla prawa karnego i cywilnego rozumienie winy postulowały m.in. B. Lewaszkiewicz-Petrykowska, *Zakres niedbalstwa jako podstawy odpowiedzialności cywilnej*, „Nowe Prawo” 1956, nr 3, s. 61; J. Dąbrowa, *Wina...*, op. cit., s. 93. W nauce (zob. np. A. Stelmachowski, *Zarys teorii prawa cywilnego*, Warszawa 1998, s. 126) niekiedy kwestionuje się nawet jednolitość pojęcia winy w obrębie prawa cywilnego. W niemieckiej nauce prawa karnego i cywilnego funkcjonalna niezależność pojęcia winy prawnokarnej i winy cywilistycznej jest traktowana niemal jako oczywistość. Zob. G. Geilen, *Strafrechtliche...*, op. cit., s. 6 i n.; U. Hellmann, *Die Anwendbarkeit der zivilrechtlichen Rechtfertigungsgründe im Strafrecht*, Köln–Berlin–Bonn–München 1987, s. 99.

⁶ Z. Banaszczyk, P. Granecki, *O istocie...*, op. cit., s. 8–9. Zob. również M. Kaliński, *Szkoda na mieniu i jej naprawienie*, Warszawa 2008, s. 39 i n.

⁷ Na ten temat zob. W. Czachórski, A. Brzozowski, M. Safjan, E. Skowrońska-Bocian, *Zobowiązania...*, op. cit., s. 205; także M. Kaliński, *Szkoda...*, op. cit., s. 38.

⁸ W. Czachórski, A. Brzozowski, M. Safjan, E. Skowrońska-Bocian, *Zobowiązania...*, op. cit., s. 206.

prawność deliktu. M. Sośniak stwierdza, że „szkodliwość” nie stanowi znamienia bezprawności, choć jest elementem stanu faktycznego.⁹ Jednak z jednej strony jest on zwolennikiem jedności porządku prawnego,¹⁰ z drugiej trafnie zauważa podstawowe różnice między bezprawiem karnym i cywilnym, szczególnie co do intensywności posługiwania się elementami przedmiotowymi (prawo cywilne) i podmiotowymi (prawo karne, które „karze sam zamiar”), uzasadniając to odmiennością funkcji obydwu gałęzi prawa (rodzajów odpowiedzialności).¹¹ Jego zdaniem, specyfika bezprawności cywilnej leży w celu norm prawa cywilnego, polegającym na ochronie przed uszkodzeniami i zmniejszeniem dóbr prawnych obywateli. W bezprawności cywilnej wysuwa się na czoło dążność do obiektywnego wyrównania strat i zysków, drogą przywrócenia do pierwotnego stanu tego, co się da jeszcze przywrócić, albo też kompensaty w pieniądzu tego, co już nie może być przywrócone. Dlatego też nie wola i świadomość sprawcy stoją w centrum problemu bezprawności cywilnej, lecz sam obiektywny stan, sam obiektywny rezultat niewłaściwego zachowania się. Współczesne prawo cywilne powiększa stale te podstawy odpowiedzialności cywilnej, w których podmiotowy stosunek nie odgrywa większej roli.¹²

Łatwo zauważyć, że uwagi M. Sośniaka nie zawsze są spójne. Ustalenie znaczenia szkody w cywilistycznej bezprawności nie jest rzeczą łatwą m.in. dlatego, że w zasadzie nie funkcjonuje tutaj podobne do karnistycznego pojęcie istoty czynu. W kierunku stanowiska uwzględniającego znaczenie szkody przy uzasadnieniu bezprawności zdają się zmierzać autorzy, którzy przesłankę bezprawności przy odpowiedzialności deliktowej rozumieją niezwykle szeroko, przyjmując ogólny obowiązek nieczynienia drugiemu szkody,¹³ jednak, jak już o tym wyżej była mowa, takie rozumienie bezprawności w nauce prawa cywilnego na ogół budzi poważne zastrzeżenia.¹⁴ W porównaniu z karnistycznym „skutkiem” pojęcie szkody jest w prawie cywilnym nieostre i poza tym często nie pokrywa się z naruszeniem określonego dobra.

W prawie karnym nie ulega wątpliwości, że np. umyślność bądź nieumyślność musi obejmować lub być odniesiona do wszystkich przedmiotowych znamion

⁹ M. Sośniak, *Bezprawność...*, op. cit., s. 100.

¹⁰ M. Sośniak, *Bezprawność...*, op. cit., s. 89 i n. Jego zdaniem (s. 81), nawet pojęcie winy w prawie cywilnym nie może być jakościowo inaczej ujmowane niż w prawie karnym.

¹¹ Zob. M. Sośniak, *Bezprawność...*, op. cit., s. 93 i n. Oczywiście nie ma karalności za sam zamiar. M. Sośniak z pewnością ma na myśli konstrukcje subiektywistyczne, np. usiłowanie (nieudolne).

¹² M. Sośniak, *Bezprawność...*, op. cit., s. 97–98.

¹³ Np. R. Longchamps de Berier, *Zobowiązania*, wyd. III, oprac. J. Górski, Poznań 1948, s. 244; S. Garlicki, *Odpowiedzialność cywilna za nieszczęśliwe wypadki*, Warszawa 1971, s. 32 i n.; Z.K. Nowakowski, *Wina jako podstawa odpowiedzialności za wyrządzoną szkodę*, „Przegląd Notarialny” 1950, nr 1–2, s. 134; zob. również orzeczenie SN z 30 sierpnia 1958 (2 CR 772/57, „Orzecznictwo Sądów Polskich i Komisji Arbitrażowych” 1959, z. 11, poz. 291. Na temat zob. także J. Dąbrowa, *Wina...*, op. cit., s. 10, przyp. 8.

¹⁴ Z. Banaszczyk, (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz do artykułów 1-449¹*, t. I, (red.) K. Pietrzykowski, Warszawa 2005, s. 1092; Z. Banaszczyk, P. Granecki, *O istocie...*, op. cit., s. 8–9; B. Lewaszkiewicz-Petrykowska, *Wina...*, op. cit., s. 97.

istoty czynu (bezprawia), w tym także do skutku jako znamienia tzw. przestępstw materialnych. Według doktryny prawa cywilnego, w wypadku deliktów umyślność polega na ogół na zamierzonym podjęciu działania sprzecznego z regułą czy regułami postępowania bądź to na powstrzymaniu się od działania mimo istnienia obowiązku czynnego zachowania się. Należy rozumieć, że sprawca przewiduje naruszenie wyżej wymienionej reguły i skutki w postaci szkody, oraz właśnie chce, by nastąpiły, albo (jak chcą niektórzy) co najmniej z tym się godzi.¹⁵ Przy winie umyślnej naganność stanu psychicznego sprawcy polega na tym, że chce on (*dolus directus*) przez swoje bezprawne zachowanie (działanie lub zaniechanie) wyrządzić drugiemu szkodę lub co najmniej świadomie godzi się na to (*dolus eventualis*).¹⁶ Z tego punktu widzenia, mimo mniejszej niż w doktrynie prawa karnego precyzji, wydawałoby się więc, że szkoda jest elementem cywilnoprawnego stanu faktycznego deliktu, którego realizacja jest podstawą przyjęcia cywilnej bezprawności. Natomiast przy odpowiedzialności odszkodowawczej za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania (*ex contractu*) nauka prawa cywilnego relacjonuje na ogół umyślność już tylko do samego zachowania sprzecznego z obowiązkiem dłużnika.¹⁷ Zdecydowanie przesunięcie punktu oceny na samo zachowanie zarówno przy deliktach, jak i odpowiedzialności *ex contractu* widoczne jest jednak przy niedbalstwie. Jego istotą jest to, że sprawca w ogóle nie przewiduje możliwości nastąpienia skutku (szkody). W prawie karnym wina nie polega na samym tylko nieprzewidywaniu skutku, choćby sprawca naruszył obiektywne reguły staranności, lecz na zarzucalnym nieprzewidywaniu skutku (sprawca nie przewidywał, ale i powinien i mógł być przewidzieć, że jego zachowanie wyczerpuje znamiona czynu zabronionego). Na terenie prawa cywilnego następuje natomiast widoczna obiektywizacja niedbalstwa, sprowadza się je do niedołożenia wymaganej (należytej) staranności, co w gruncie rzeczy zdecydowanie przesuwają punkt ciężkości na samo zachowanie będące przyczyną powstałej szkody. Zdaniem Z. Radwańskiego i A. Olejniczaka, obiektywistyczne tendencje w prawie cywilnym (obiektywizujące winę) uzasadnione są tym, że w przeciwieństwie do prawa karnego podstawowym celem odpowiedzialności cywilnej jest **rekompensata szkody** poniesionej przez poszkodowanego, a nie oddziaływanie wychowawcze na sprawcę.¹⁸ Wprawdzie zaznaczają oni, że jeszcze trzeba ustalić, czy w konkretnych okolicznościach i z uwagi na indywidualne cechy mógł on zachować

¹⁵ W. Czachórski, A. Brzozowski, M. Safjan, E. Skowrońska-Bocian, *Zobowiązania...*, op. cit., s. 213.

¹⁶ Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania – część ogólna*, Warszawa 2005, s. 187. Podkreśl. moje Z.J.

¹⁷ W. Czachórski, A. Brzozowski, M. Safjan, E. Skowrońska-Bocian, *Zobowiązania...*, op. cit., s. 330–331: *Co do umyślności (dolus), może ona polegać zarówno na zamierzonym podjęciu działania sprzecznego z obowiązkiem dłużnika, jak i – co jest przypadkiem częstszym – na zamierzonym powstrzymaniu się od działania, pomimo istnienia obowiązku czynnego zachowania się*. Podobnie Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania...*, op. cit., s. 294: *Wina umyślna polega na tym, że albo dłużnik chce naruszyć ciężące na nim obowiązki powinno zachowania (dolus directus), albo przewidując możliwość takiego naruszenia na to się godzi (dolus eventualis)*.

¹⁸ Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania...*, op. cit., s. 187–188. Podkreśl. autorów.

się w sposób należyty, to takie „konkretno-indywidualne” uzupełnienie pojęcia niedbalstwa jest w cywilistyce na ogół rzadkością. Natomiast w doktrynie prawa karnego w sferze bezprawia lokuje się nie tylko naruszenie obiektywnego obowiązku ostrożności i generalną powinność przewidzenia skutku, istnieje nawet ujęcie sytuujące w obrębie bezprawia (istoty czynu) konkretno-indywidualną możliwość zachowania się zgodnie z regułą ostrożności i konkretno-indywidualną możliwość przewidzenia skutku.¹⁹ Takie stanowisko stawia pod znakiem zapytania rozróżnienie między bezprawnością i winą. Natomiast należy uwzględnić jednak to, że w prawie cywilnym operuje się adekwatnym związkiem przyczynowym, co można w jakimś zakresie uważać za substytut przewidywalności samej szkody. W prawie karnym naruszenie obiektywnego obowiązku ostrożności nie jest jedynym znamieniem czynu nieumyślnego. Poza skutkiem, niewątpliwie zaliczamy do tej sfery także obiektywno-generalną przewidywalność nastąpienia tego skutku.²⁰ Również ten element wymaga oceny w oparciu o wzorzec obiektywno-generalny. Nieumyślność w prawie karnym wykazuje swoistą strukturę zarówno w zakresie bezprawia, jak i w zakresie winy. Obiektywno-generalne naruszenie obowiązku ostrożności oraz obiektywno-generalna przewidywalność to kwestia uzasadnienia bezprawności, indywidualno (subiektywno)-konkretna możliwość wypełnienia tego obowiązku ostrożności oraz indywidualno (subiektywno)-konkretna przewidywalność skutku to problem winy. Na gruncie art. 7 § 2 k.k. 1969 r. zwolennicy takiego ujęcia mogli znaleźć oparcie w wyraźnym rozróżnieniu między „powinnością” oraz „możliwością” przewidzenia czynu zabronionego. Z powinności przewidywania można byłoby również wywieść element naruszenia obiektywnego obowiązku staranności.

Z powinnością przewidzenia skutku próbowała porównać cywilistyczne ujęcie niedbalstwa J. Dąbrowa.²¹ Karnistyczne niedbalstwo i powinność przewidywania autorka analizuje na płaszczyźnie winy.²² Dochodzi do wniosku, że chociaż

¹⁹ Zob. np. G. Stratenwerth, *Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Die Straftat*, Köln–Berlin–Bonn–München 1976, s. 300–301; tenże, *Zur Individualisierung des Sorgfaltsmaßstabes beim Fahrlässigkeitsdelikt*, (w:) *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck*, Berlin–New York 1985, 1. Band, s. 285 i n.; G. Stratenwerth, L. Kuhlen, *Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Die Straftat*, Köln–Berlin–München 2004, 5 neu bearb. Aufl., s. 371; J. Renczkowski, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, Tübingen 1997, s. 224 i n., 233 i n.; H. Otto, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*, Berlin 2004, 7. Aufl., s. 192; G. Jakobs, *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, Berlin 1972, s. 64 i n.; tenże, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Berlin–New York 1993 (Studienausgabe), 2. Aufl., s. 315 i n.; tenże, *O prawnokarnej funkcji zamiaru, nieumyślności i winy*, (w:) *Teoretyczne problemy odpowiedzialności karnej w polskim oraz niemieckim prawie karnym. Materiały polsko-niemieckiego sympozjum prawa karnego*, Karpacz, maj 1990, Wrocław 1990, s. 35.

²⁰ Tak przeważająco w doktrynie niemieckiej. Zob. H.-H. Jescheck, *Rozwój i obecny stan nauki o winie nieumyślnej w RFN i w Polsce*, „Palestra” 1979, nr 11–12, s. 71.

²¹ J. Dąbrowa, *Wina...*, op. cit., s. 190–191. Obowiązywał wtedy k.k. z 1932 r. (art. 14 § 2 (...) *nie przewiduje, choć może lub powinien przewidzieć*).

²² Odpowiada to tradycyjnej, ale rzadko już spotykanej w doktrynie prawa karnego koncepcji nieumyślności jako formie czy rodzaju winy (*Schuldart*), opartej na kausalno-skutkowym ujęciu czynu i czysto przedmiotowym bezprawiu.

w wypadku niedbalstwa w ujęciu cywilistycznym, jak i karnistycznym chodzi o pewne obiektywne wzorce, to nie mają one identycznego charakteru i nie pełnią identycznych funkcji. W prawie karnym oceniana jest powinność przewidywania przez sprawcę skutków jego czynu, w prawie cywilnym przedmiotem oceny jest zachowanie się sprawcy. *Zastosowanie odpowiednich kryteriów obiektywnych ma w prawie karnym umożliwić odpowiedź na pytanie, co powinien był myśleć sprawca przestępstwa, podczas gdy w prawie cywilnym chodzi o sprecyzowanie, co sprawca szkody powinien był zrobić.*²³ Różnice w przedmiocie oceny powodują, że funkcje obiektywnego miernika staranności w prawie cywilnym i kryteriów oceny powinności przewidywania w prawie karnym są zupełnie różne. Karnoprawna powinność przewidywania nie jest więc dokładnym odpowiednikiem cywilistycznego miernika staranności. Mimo iż autorka pomija problem konieczności ustalania również w prawie karnym związanego z samym zachowaniem naruszenia obiektywno-generalnego obowiązku staranności, jej wywody potwierdzają tylko tezę, że cywilistyka w obszarze nieumyślności nie tylko skłonna jest rezygnować ze ściśle subiektywnych kryteriów, ale także pozostawia szkodę w ogóle poza przedmiotem winy!

Problem stosunku winy do pojęcia szkody wyraźnie podzielił doktrynę prawa cywilnego.²⁴ Zdaniem M. Kalińskiego, trudno uznać za trafny pogląd, jakoby pojęcie czynu niedozwolonego obejmowało szkodę.²⁵ Gdyby szkoda była elementem czynu niedozwolonego, tam, gdzie odpowiedzialność oparta byłaby na zasadzie winy, szkoda musiałaby być objęta winą. Przyjęcie, iż wina ma dotyczyć skutków w postaci uszczerbków w dobrach prawnych bądź nawet samej szkody, oznaczałoby, że do obciążenia odpowiedzialnością nie wystarczy wykazanie winy co do zachowania sprawczego, co pogorszyłoby pozycję dotkniętego uszczerbkiem.²⁶ Stanowisko Kalińskiego oznacza akceptację w prawie cywilnym zasady *versanti in re illicita* i jest oczywiście nie do pogodzenia z zasadą winy przyjętą w prawie karnym. Jednak potwierdzanie bądź negowanie przynależności szkody do bezprawia cywilnego na podstawie przedmiotu umyślności, bądź nieumyślności może być nietrafnym zabiegiem metodologicznym. W prawie karnym całe bezprawie musi być objęte winą sprawcy (zasada winy), ale bezprawie nie jest określane np. według zakresu zamiaru; odwrotnie – to umyślność musi objąć znamiona czynu uzasadniające bezprawie. Bezprawie (bezprawność) winę strukturalnie poprzedza i jest to problem od problemu winy niezależny. To, że wina prawno-karna musi objąć wszystkie znamiona istoty czynu (istoty bezprawia) jest konsekwencją funkcji gwarancyjnej pojęcia przestępstwa. Wyłączenie szkody z zakresu przedmiotu winy nie oznacza, że szkoda nie jest składnikiem bezprawia cywilnego. Wydaje się być ona jedynie elementem bezprawia nie objętym

²³ J. Dąbrowa, *Wina...*, op. cit., s. 191. Podkreśl. J. Dąbrowa. Zob. również T. Pajor, *Odpowiedzialność dłużnika za niewykonanie zobowiązania*, Warszawa 1982, s. 183 i n.

²⁴ Szczegółowo zob. M. Kaliński, *Szkoda...*, op. cit., s. 101–107 i wskazana tam literatura.

²⁵ M. Kaliński, *Szkoda...*, op. cit., s. 42.

²⁶ Ibidem, s. 101–102.

winą. W porównaniu z prawem karnym sama zasada winy ma w prawie cywilnym ograniczone znaczenie, a tam gdzie wina jest wymagana, ze względu na funkcje np. odpowiedzialności odszkodowawczej, jest ona obiektywizowana.

W wypadku odpowiedzialności odszkodowawczej bezprawie cywilne ma zdecydowanie obiektywny charakter i jego głównym komponentem jest szkoda. Wynika to z kompensacyjnej funkcji tego rodzaju odpowiedzialności. Dawniejsza doktryna prawa karnego, której ideologiczną bazą był liberalizm, a jego produktem zasada pewności i jedności porządku prawnego, orientowała bezprawność jako element przestępności czynu na te same, obiektywne elementy czynu (skutek). W ten sposób można było zapewnić jedność porządku prawnego i jednolitość pojęcia bezprawności, a różnice w odpowiedzialności widzieć jedynie w wymogu dodatkowego elementu zawinienia przy odpowiedzialności karnej. Wprawdzie spór na temat struktury bezprawia karnego nie wygasł, niezmiernie rzadko kwestionuje się w nauce pogląd, że zamiar (umyślność) czy naruszenie obiektywnego obowiązku ostrożności (czyny nieumyślne) są przynajmniej równorzędnymi ze skutkiem komponentami ujemności (bezprawia) zachowania sprawcy.²⁷

W prawie karnym istnienie elementów podmiotowych jest również warunkiem przyjęcia okoliczności wyłączających bezprawność. Ich znaczenie dla odpowiedzialności deliktowej w polskiej cywilistyce nie jest w ogóle komentowane! Wyjątkowo nie można ich wykluczyć nawet w prawie cywilnym.²⁸ Porównajmy jednak jednoimienne okoliczności wyłączające bezprawność: art. 423 k.c. i art. 25 k.k. (obrona konieczna). Uwagi na temat obrony koniecznej w polskim piśmiennictwie cywilistycznym są bardzo zdawkowe, często po prostu stwierdza się, że w zasadzie wszelkie rozwiązania wypracowane w nauce i orzecznictwie z zakresu prawa karnego powinny znaleźć bezpośrednie zastosowanie dla oceny obrony koniecznej w rozumieniu przepisów k.c.²⁹ Jednak całkowite pokrywanie się zakresów obrony koniecznej w art. 423 k.c. i art. 25 k.k. jest możliwe tylko na gruncie jednolitej dla całego porządku prawnego obiektywnej koncepcji bezprawności i bezwzględnego odrzucenia w prawie karnym jakiegokolwiek znaczenia elementów podmiotowych. Takie rozumienie bezprawności upośledzałoby funkcje prawa karnego, tak jak funkcje prawa cywilnego przekreśliłoby dogmatyczne przeniesienie na grunt prawa cywilnego finalnej koncepcji czynu i zasadnicze wkomponowanie do bezprawia cywilnego elementów podmiotowych. Podstawową bezpośrednią funkcją art. 423 k.c. w zakresie czynów niedozwolonych jest wyłączenie obowiązku naprawienia szkody, natomiast art. 25 k.k. wyłączenie przestępności czynu (bezprawności karnej). W odniesieniu do odpowiedzialności za czyny niedozwolone podkreśla się w nauce prawa cywilnego niemal zgodnie, że

²⁷ Pomijam wcale nie tak nieliczne poglądy przedstawicieli skrajnie subiektywistycznej wersji finalizmu.

²⁸ Zob. np. art. 424 k.c. *Kto zniszczył lub uszkodził cudzą rzecz albo zabił lub zranił cudze zwierzę w celu odwrócenia od siebie lub od innych niebezpieczeństwa (...).*

²⁹ Zob. np. Z. Banaszczyk, (w:) *Kodeks cywilny...*, (red.) K. Pietrzykowski, op. cit., s. 1195.

nieodmiennie charakterystyczna i podstawowa jest funkcja kompensacyjna, funkcja wyrównania poszkodowanemu doznanego przezeń uszczerbku.³⁰ Inaczej zatem przedstawia się odpowiedzialność karna i odszkodowawcza sprawcy, który działając w nieświadomości istnienia zamachu, jednocześnie np. w zamiarze uszkodzenia ciała czy zniszczenia mienia drugiej osoby, obiektywnie odeprze zamach na swoje dobro. Doktryna prawa karnego przyjmuje tutaj, w zależności od wariantu ujęcia bądź odpowiedzialność za usiłowanie, bądź nawet za dokonanie.³¹ Stanowisko całkowicie obiektywistyczne (wyłączenie bezprawności) jest zupełną rzadkością.³² Tak jak bezprawie (karne) czynu umyślnego polegającego na naruszeniu dobra składa się z dwóch komponentów: ujemności umyślności oraz ujemności skutku, tak i wyłączenie bezprawia karnego takiego czynu określają dwa pozytywne komponenty: dodatnia wartość rezultatu (obiektywne odparcie zamachu) oraz dodatnia wartość samego działania (świadomość odpierania tego zamachu). W konsekwencji w wypadku nieświadomości sytuacji obrony koniecznej prawnokarna odpowiedzialność nie jest wykluczona przynajmniej w formie usiłowania lub konstrukcji analogicznej do usiłowania. Natomiast ze względu na dominujący w bezprawiu cywilnym element obiektywny, wynikający z kompensacyjnej funkcji odpowiedzialności odszkodowawczej, skłonny jestem wyobrazić sobie, że cywiliści przyjęliby wyłączenie bezprawności, w efekcie odpadłaby odpowiedzialność za spowodowanie szkody. Podobnie zresztą rzecz przedstawia się z czynem nieumyślnym na terenie prawa karnego, którego bezprawie wykazuje przewagę ujemności przedmiotowej (skutek) i w tym zakresie „zbliża się” do bezprawia cywilnego. Jeżeli ktoś bez świadomości istnienia bezprawnego zamachu, ale również bez zamiaru naruszenia dobra zamachowca, swoim czynem obiektywnie odpiera ten zamach, nie może ponosić odpowiedzialności za nieumyślne przestępstwo skutkowe.³³

³⁰ Zob. np. A. Szpunar, *Czyni...*, op. cit., s. 52; J.J. Skoczylas, *Funkcje odpowiedzialności cywilnej i ich związek z pojęciem szkody*, „Zeszyty Naukowe KUL” 2007, nr 2–3 (30–31), s. 70 i n. Na gruncie doktryny niemieckiej bliżej U. Hellmann, *Die Anwendbarkeit...*, op. cit., s. 50.

³¹ Przegląd stanowisk w tej kwestii zob. K. Rinck, *Der zweistufige Deliktsaufbau*, Berlin 2000, s. 223 i n. (*Vollendungslösung*), 246 i n. (*Versuchslösung*).

³² Tak np. G. Spindel, *Gegen den „Verteidigungswillen” als Notwehrrfordernis*, (w:) *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag*, München 1979, s. 245 i n.; tenże, *Notwehr und „Verteidigungswille”, objektiver Zweck und subjektive Absicht*, (w:) *Festschrift für Dietrich Oehler zum 70. Geburtstag*, Köln–Berlin–Bonn–München 1985, s. 197 i n. W nauce polskiej zob. I. Andrejew, *Ustawowe znamiona przestępstwa*, Warszawa 1959, s. 195 i n.

³³ W nauce niemieckiej zob. G. Stratenwerth, L. Kuhlen, *Strafrecht...*, op. cit., s. 380 i podana tam literatura. Np. X prowadzący samochód osobowy w wyniku swojej niezręczności najężdża na leżącego na jezdni i udającego rannego w wypadku rabusia, który po zatrzymaniu się jego pojazdu zamierzał natychmiast go obrabować. Szerzej na ten temat oraz inne przykłady podawane w literaturze zob. M. Burgstaller, *Das Fahrlässigkeit im Strafrecht*, Wien 1974, s. 172 i n. Problematyka ta wymagałaby szerszych rozważań ze względu na element ujemności zachowania w postaci naruszenia przez sprawcę obiektywnej reguły ostrożności. Istnienie bowiem obiektywnej sytuacji obrony koniecznej wyłącza jedynie ujemność skutku. Czyny nieumyślne są jednak na ogół przestępstwami skutkowymi, samo naruszenie reguły ostrożności pozostaje zaś nieprzestępne. W rzadkich przypadkach w rachubę mogą wchodzić przestępstwa abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo.

Stanowisko sprowadzające funkcję obrony koniecznej do wyłączenia li tylko odpowiedzialności właściwej dla określonej gałęzi prawa, a więc np. przestępności (bądź bezprawności karnej) czynu w prawie karnym, a odpowiedzialności odszkodowawczej w prawie cywilnym, a nie do wyłączenia ogólnosystemowej bezprawności, spotkać można zarówno w nauce prawa karnego („bezprawna” obrona konieczna),³⁴ jak i w doktrynie prawa cywilnego. Np. Z. Banaszczyk komentując przepis art. 423 k.c., stwierdza, że tradycyjnie przyjmuje się, iż obrona konieczna pozwala na wyłączenie odpowiedzialności odszkodowawczej poprzez eliminację cechy bezprawności w zachowaniu się sprawcy szkody.³⁵ Jednak, jego zdaniem, szeroka formuła wyłączeniowa daje podstawę do prowadzenia wykładni w kierunku odpowiedzi na pytanie, czy przypadki obrony koniecznej wyłączają jedynie odpowiedzialność odszkodowawczą opartą na zasadzie winy czy też odnoszą się również do przypadków odpowiedzialności na zasadzie ryzyka. Opowiadając się za wyłączeniem również odpowiedzialności opartej na zasadzie ryzyka, zauważa, że zachowanie się osoby odpierającej bezpośredni i bezprawny zamach na jakiegokolwiek dobro własne lub innej osoby może być prowadzone przy użyciu różnorodnych środków, w tym np. także środków komunikacji. Wyrządzona w ten sposób (ruchem pojazdu mechanicznego) szkoda będzie z punktu widzenia roszczeń odszkodowawczych napastnika oceniana w płaszczyźnie art. 436 k.c., kreującą odpowiedzialność na zasadzie ryzyka, a więc niezależną w zasadzie od winy posiadacza pojazdu mechanicznego. Zdaniem Z. Banaszczyka, biorąc pod uwagę wykładnię przepisów art. 435 i 436 k.c. w płaszczyźnie ujmowania przesłanek egzoneracyjnych, wyłączenie odpowiedzialności sprawcy szkody w oparciu o wyłączną winę poszkodowanego nie wydaje się w tym wypadku oczywiste. Zatem celowe staje się postulowanie, aby obronę konieczną uznać za szeroko rozumianą okoliczność wyłączającą odpowiedzialność. Podobnie stanowisko zajmuje W. Dubis, według którego w art. 423 k.c. stanowi się, iż sprawca nie jest odpowiedzialny za szkodę wyrządzoną napastnikowi, a nie tylko, iż jego działanie nie może być uznane za bezprawne.³⁶

Ta obiektywistyczna interpretacja działania obronnego jest bardzo dobrym przykładem orientowania się cywilistyki przede wszystkim na rezultat zachowania. W doktrynie prawa cywilnego ujęcie szkody (skutku) jako podstawowego elementu decydującego o bezprawiu cywilnym podkreślane jest szczególnie mocno w przypadku naruszenia dóbr osobistych. W nauce niemieckiej, na gruncie § 823 ust. 1 BGB, przeważa do dzisiaj klasyczne stanowisko, że każde naruszenie jakiegos dobra chronionego, wymienionego w tym przepisie, jest w typowym przypadku bezprawne, o ile sprawca szkody nie wykaże istnienia okoliczności usprawiedliwiającej (wyłączającej bezprawność). Nie jest więc wymagane, by

³⁴ Zob. S. Śliwiński, *Polskie prawo karne materialne. Część ogólna*, Warszawa 1946, s. 163–166.

³⁵ Z. Banaszczyk, (w:) *Kodeks cywilny...*, (red.) K. Pietrzykowski, op. cit., s. 1195–1196.

³⁶ W. Dubis, (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz do art. 1-534. Tom I*, (red.) E. Gniewek, Warszawa 2004, s. 1061.

przy naruszeniu dobra ustalać jeszcze pozytywnie bezprawność przy pomocy innych kryteriów.³⁷ Ustawodawca polski wprowadził ogólne domniemanie bezprawności naruszenia lub zagrożenia każdego dobra osobistego (art. 24 § 1 zd. 1 k.c.).³⁸ Konieczność uwzględniania ujemności skutku (naruszenie lub zagrożenie dobra) dobrze ilustruje spór toczony w orzecznictwie i doktrynie polskiej na temat ujęcia bezprawności naruszenia dobra osobistego przez dziennikarza, który pomimo zachowania szczególnej staranności i rzetelności przy zbieraniu i wykorzystywaniu materiałów prasowych (art. 12 ust. 1, pkt 1 prawa prasowego) w swojej publikacji podał informacje obiektywnie nieprawdziwe. Rzecz dotyczy usytuowania „szczególnej staranności” w strukturze odpowiedzialności cywilnej. Jeżeli przyjmiemy, że zadośćuczynienie temu wymogowi wyklucza winę, to czyn naruszający dobro osobiste pozostaje bezprawny. Adwersarze są zaś zwolennikami poglądu, że taka staranność wyłącza bezprawność zachowania dziennikarza.³⁹ Cywilistyczny punkt widzenia nakazuje jednak, by w takim wypadku osobę pomówioną nie pozbawiać roszczeń niemajątkowych przewidzianych w art. 24 § 1 k.c.⁴⁰ W wyroku z 10 września 1999 r. SN stwierdził, że działanie dziennikarza zgodne z obowiązkiem zachowania szczególnej staranności nie może odebrać pokrzywdzonemu prawa do sprostowania (usunięcia skutków naruszenia dobra osobistego), opartego na art. 24 § 1 k.c., nieprawdziwych, a naruszających jego cześć zarzutów.⁴¹ Zdaniem SN, na gruncie k.c. przyjmuje się obiektywne kryteria bezprawności, tak więc postawienie komuś zarzutu nieprawdziwego, naruszającego jego cześć, jest zawsze działaniem sprzecznym z zasadami współżycia społecznego i w związku z tym bezprawnym, choćby postawienie takiego zarzutu podyktowane było dobrą wiarą jego autora i poparte jego starannością w sprawdzaniu danych, na których zarzut się opiera. W takim bowiem wypadku dobra wiara autora zarzutu wyłącza jego winę.⁴² Natomiast w wyroku z 14 maja 2003 r. SN nie uznał za bezprawne w rozumieniu art. 24 § 1 k.c. opublikowanie materiału

³⁷ U. Hellmann, *Die Anwendbarkeit...*, op. cit., s. 43. Zob. też M. Sośniak, *Bezprawność...*, op. cit., s. 9 i n.

³⁸ W projekcie k.c. z 1960 r. w art. 809 § 2 wprowadzono domniemanie bezprawności przy odpowiedzialności deliktowej.

³⁹ W orzecznictwie dominowało stanowisko uznające, że o wyłączeniu bezprawności decyduje kryterium prawdziwości opublikowanych w materiale prasowym zarzutów. Zob. J. Sadowski, *Naruszenie dóbr osobistych przez media*, Warszawa 2003, s. 55.

⁴⁰ W przypadku zagrożenia dobra osobistego żądanie zaniechania działania; w razie naruszenia żądanie, aby osoba, która dopuściła się naruszenia, dopełniła czynności potrzebnych do usunięcia jego skutków, w szczególności, ażeby złożyła oświadczenie odpowiedniej treści i w odpowiedniej formie. Innymi środkami wymienianymi w literaturze jest również obowiązek sprostowania prasowego (art. 31 prawa prasowego) oraz postanowienie o zabezpieczeniu polegającym na zakazie publikacji.

⁴¹ Wyrok SN z dnia 10 września 1999 r. III CKN 939/98, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2006, nr 6, poz. 94.

⁴² Omawiający ten wyrok J. Sobczak (*Glosa do wyroku SN – Izba Cywilna z 10 września 1999 r. III CKN 939/98*, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2006, nr 6, poz. 94, s. 312) oraz M. Warchoł (*Szczególna staranność dziennikarza a jego cywilnoprawna odpowiedzialność. Uwagi na tle wyroku SN – Izba Cywilna z dnia 10 września 1999 r. III CKN 939/98*, „Przegląd Prawniczy Uniwersytetu Warszawskiego” 2005, nr 2, s. 156–157) przyjmują jednak wyłączenie bezprawności działania dziennikarza.

prasowego naruszającego dobra osobiste, gdy okaże się, że zawiera on informacje nieprawdziwe, jeżeli dziennikarz, działając w obronie uzasadnionego interesu społecznego, zachował szczególną staranność i rzetelność przy zbieraniu i wykorzystaniu tego materiału.⁴³ Tym razem SN wyraził zapatrywanie, że bezprawnym nie może być zachowanie wypełniające obowiązki nałożone przez ustawę. Ten kontrowersyjny wyrok poddał krytyce Z. Radwański.⁴⁴ Jego zdaniem, pogląd wyrażony przez SN prowadzi do paradoksalnej konsekwencji, że osoba pokrzywdzona nieprawdziwym i publicznie rozpowszechnionym pomówieniem byłaby pozbawiona środków ochrony swojej czci, i do tego w obronie uzasadnionego interesu publicznego. Niedopełnienie przez dziennikarza ciężącego na nim obowiązku starannego działania w pozyskiwaniu informacji i ich weryfikacji oczywiście jest działaniem nie tylko bezprawnym, ale i zawinionym. Stanowi ono zatem podstawę do żądania przez pokrzywdzonego zadośćuczynienia zgodnie z art. 448 k.c. w związku z art. 415 k.c. Jeżeli dziennikarz dołożył należytej staranności, nie może dotknąć go sankcja w postaci zasądzenia na zapłatę sumy pieniężnej jako zadośćuczynienia. Nie ma natomiast żadnej podstawy normatywnej, by uznać, że w tym wypadku podanie nieprawdziwej informacji nie jest bezprawne. Ma to podstawowe znaczenie dla uznania zasadności roszczenia o zastosowanie środków ochronnych przewidzianych w art. 24 § 1 k.c. Niedopełnienie przez dziennikarza należytej staranności w zbieraniu i wykorzystaniu materiału prasowego jest doniosłe wyłącznie przy ocenie, czy zasadne jest roszczenie o pieniężne zadośćuczynienie za doznaną krzywdę na zasadzie winy. Charakterystyczne wydaje się stwierdzenie Z. Radwańskiego, że *na rozumowaniu Sądu Najwyższego ciąży „karnistyczna” tradycja ujmowania odpowiedzialności nieodłącznie z winą sprawy naruszenia.*⁴⁵

Pomimo poczynionych wyżej pewnych „analogii” między strukturami przestępstwa i deliktu czy odpowiedzialności kontraktowej, należy raczej sceptycznie podchodzić do możliwości uzgodnienia między nimi podstawowych kategorii oceny czynu, tym bardziej sceptycyzm ten uzasadniony jest w odniesieniu do innych obszarów prawa cywilnego. W prawie cywilnym nawet nie istnieje jakiś asymptotyczny cel, by dla każdego przypadku odpowiedzialności stworzyć przepis

⁴³ Wyrok SN z dnia 14 maja 2003 r. I CKN 463/01, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2004, nr 2, poz. 22. Stanowisko potwierdzone w uchwale składu siedmiu sędziów z 18 lutego 2005 r. III CZP 53/2004. Stwierdzając, że poszkodowanemu nie będzie przysługiwało roszczenie oparte na art. 24 § 1 k.c., SN kładzie nacisk na możliwość korzystania ze środków przewidzianych w prawie prasowym (rozdział 5), tj. sprostowania i odpowiedzi. Zdaniem SN, w wypadku gdy zarzut okaże się nieprawdziwy, należy oczekiwać od dziennikarza niezwłocznego opublikowania oświadczenia odwołującego zarzut („auto-sprostowanie”). Wynikać ma to jasno z powinności respektowania zasad etyki i rzetelności dziennikarskiej (art. 10 ust. 1 prawa prasowego). Niewykonanie tego obowiązku można zakwalifikować, w oparciu o autonomicznie ukształtowane przesłanki, jako bezprawne zaniechanie usunięcia skutków postawienia nieprawdziwego zarzutu.

⁴⁴ Z. Radwański, *Glosa do wyroku SN z dnia 14 maja 2003 r. I CKN 463/01*, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2004, nr 2, poz.22, s. 94 i n.

⁴⁵ Ibidem, s. 95. Podkreśl. moje Z.J.

z możliwie dokładnie określonymi znamionami.⁴⁶ Cywilnoprawne stany faktyczne, w przeciwieństwie do k.k., zawierają jedynie „punkty zaczepienia” dla ocen ogólniejszej natury, są one, by użyć pojęcia zaczerpniętego z literatury karnistycznej, zasadniczo „otwarte”. Prawo cywilne operuje więc pojęciami elastycznymi. Określenie ustawowe art. 415 k.c. jest tak szerokie, że obejmuje wszelkie możliwe czyny zasługujące na ujemną ocenę społeczną, jeżeli tylko wywołały one szkodę.⁴⁷ Chociaż prawo cywilne posługuje się pojęciem bezprawności, nawiązując w jego obrębie do naruszenia zakazów i nakazów norm, to nie oznacza to chyba nic innego jak uwzględnianie ocen płynących z innych gałęzi prawa, w tym i z prawa karnego, pod tym warunkiem, że ich status i tak może się zmienić na podstawie specyficznych kryteriów cywilistycznych. Świadczy o tym choćby włączenie do pojęcia bezprawności zasad współżycia społecznego, zorientowany ściśle na kryteria teleologii prawa cywilnego art. 5 k.c., czy też w ogóle na dużą w prawie cywilnym liczbę klauzul generalnych. Ich wykładnia, dokonywana z cywilistycznego punktu widzenia, nie może być automatycznie przenoszona na teren prawa karnego, którego cele i funkcje są zasadniczo odmienne.

Rację ma A. Stelmachowski, gdy stwierdza, że o „bezprawności” można sensownie mówić tylko wówczas, gdy mamy do czynienia z jakimś wyraźnym kręgiem zakazów ustawowych, tak jak to się dzieje w prawie karnym.⁴⁸ Uzależnianie odpowiedzialności cywilnej od tak rozumianej bezprawności oznaczałoby jednak nieuzasadnione ograniczenie zasięgu tej odpowiedzialności. Dlatego właśnie rozumienie bezprawności w prawie cywilnym, jeżeli ta gałąź prawa ma pełnić oczekiwane funkcje, musi mieć uzasadnienie teleologiczne, opierać się na kryteriach ściśle cywilistycznych. W konsekwencji treść bezprawności na terenie prawa cywilnego może nie pokrywać się z bezprawnością karną. Zgodzić się należy zatem z zapatrywaniem wyrażonym przez K. Pietrzykowskiego, że w polskim systemie prawnym nie występuje jedno uniwersalne pojęcie bezprawności i pojęcie to należy interpretować w sposób właściwy dla każdej gałęzi prawa, a więc na przykład prawa konstytucyjnego, karnego czy administracyjnego.⁴⁹ Jego zdaniem, jednolitej definicji bezprawności nie ma nawet w obszarze prawa cywilnego.

Kiedy zastanowimy się dokładniej, jak rozumiana jest bezprawność w cywilistyce, to dojdziemy do wniosku, że np. na gruncie deliktów najpierw operuje się węższym pojęciem sprowadzonym do naruszenia jakiś przepisów innej gałęzi prawa bądź ewentualnie braku istnienia okoliczności wyłączających taką bezprawność. Jeżeli jednak uwzględnimy np. domniemanie bezprawności naruszenia dóbr osobistych czy klauzulę naruszenia zasad współżycia społecznego, to w gruncie

⁴⁶ H.-R. Horn, *Untersuchungen zur Struktur der Rechtswidrigkeit*, Berlin 1962, s. 80.

⁴⁷ A. Stelmachowski, *Zarys...*, op. cit., s. 216.

⁴⁸ Ibidem, s. 216–217.

⁴⁹ K. Pietrzykowski, *Bezprawność jako przesłanka odpowiedzialności deliktowej a zasady współżycia społecznego i dobre obyczaje*, (w:) *Odpowiedzialność cywilna. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Adama Szpunara*, Kraków 2004, s. 167 i n., 179.

rzeczy można powiedzieć, że bezprawnym jest każde obiektywnie (mniej lub bardziej) naganne spowodowanie szkody (naruszenia, skutku).⁵⁰ Właściwym bezprawiem cywilnym jest więc nie tyle „bezprawne” z punktu widzenia innych przepisów spowodowanie szkody, lecz właśnie z cywilistycznego punktu widzenia zarzucalne spowodowanie ujemnego rezultatu. Bezprawie ogólnej formuły deliktu „wyłączane” jest nie tyle przez zastosowanie do określonego typu czynu konkretnej tzw. okoliczności wyłączającej bezprawność. Tak rzecz przedstawia się w prawie karnym. Okoliczności wyłączające bezprawność, którymi posługuje się prawo cywilne, mogą po prostu zostać rozważone w procesie oceny, czy zachowanie narusza zasady współżycia społecznego czy też nie. Nie trzeba chyba specjalnie podkreślać, jak ogólna jest ewentualna norma cywilna w wypadku deliktów, która zakazuje jakiegokolwiek niezgodnego z zasadami współżycia społecznego spowodowania szkody. To oznacza chyba także, że z punktu widzenia prawa cywilnego może się okazać, że narusza zasady współżycia społecznego ten, kto działa w obronie koniecznej czy w stanie wyższej konieczności określonych w prawie karnym (art. 25 i 26 k.k.). W najbardziej skrajnych wypadkach sędzia cywilny może zgodne z prawem pozytywnym zachowanie określić jako bezprawne.⁵¹

⁵⁰ Cywilistyka określa często zachowanie bezprawne jako zachowanie obiektywnie „niewłaściwe”.

⁵¹ Zob. podobnie na gruncie § 826 BGB U. Hellmann, *Die Anwedbarkeit...*, op. cit., s. 65.

WOJCIECH BUREK, ALICJA GAJEWSKA

ODPOWIEDZIALNOŚĆ KARNA ZA NARAŻENIE
NA ZARAŻENIE ORAZ ZAKAŻENIE WIRUSEM HIV
DROGĄ PŁCIOWĄ

Już w połowie lat siedemdziesiątych zaczęto obserwować przypadki zachorowań na schorzenia trudne do zdiagnozowania i leczenia, które szybko prowadziły do śmierci. Z upływem czasu wykrywano coraz więcej przypadków choroby nazwanej później AIDS, zaczęto organizować seminaria i sympozja na ten temat. W 1986 r. Międzynarodowy Komitet Taksonomii Wirusów nazwał wirus odpowiedzialny za AIDS – HIV (*human immunodeficiency virus* – ludzki wirus upośledzenia odporności)¹. Zapoczątkowano badania dróg zakażenia HIV. W miarę ich rozwoju stwierdzono, iż oprócz kontaktów seksualnych najczęstszą drogą zakażenia są nieodkażone igły, w szczególności u osób przyjmujących środki odurzające drogą iniekcji lub transfuzję krwi.

W Polsce pierwsze przypadki zakażenia HIV wykryto w 1985 r., kiedy to wówczas prowadzono nadzór epidemiologiczny nad zakażeniami HIV. W 1986 r. wpisano AIDS na listę chorób zakaźnych oraz umieszczono w wykazie chorób podlegających przymusowemu leczeniu (rozporządzenie Rady Ministrów z 21 października 1986 r.²). Opracowywano kolejne Krajowe Programy Zapobiegania Zakażeniom HIV, Opieki nad Żyjącymi z HIV i Chorymi na AIDS na lata 1988–1990, 1996–1998, 1999–2003, 2004–2006³. Zakażenie wirusem HIV stało się jedną z najczęstszych chorób przenoszonych drogą płciową.

W związku z epidemią zarażenia wirusem HIV, która zaczęła odsuwać na bok tradycyjne choroby przenoszone drogą płciową, pojawiła się także kwestia odpowiedzialności karnej za narażenie na zakażenie oraz zakażenie wirusem

¹ Kalendarium HIV/AIDS, cz. 1., http://www.aids.gov.pl/files/wiedza/Kalendariumr_I_popr.pdf, (10.06.2007 r.).

² Dz.U. z 1986 r. Nr 40, poz. 197.

³ Krajowy Program Zapobiegania Zakażeniom HIV, Opieki nad Żyjącymi z HIV i Chorymi na AIDS – jest dokumentem o randze krajowej, określającym politykę państwa w zakresie zadań przeznaczonych do realizacji oraz obowiązków poszczególnych resortów dotyczących polityki profilaktyki i leczenia HIV oraz AIDS. Ustanawiany jest na poszczególne lata. Trzecia edycja, obejmująca lata 2004–2006, została przyjęta przez Radę Ministrów na posiedzeniu w dniu 14 grudnia 2004 r.: http://www.mz.gov.pl/wwwfiles/ma_struktura/docs/projekt_kpzz_hiv_aids_2004_2006.pdf, (10.06.2007 r.).

HIV. Niektóre państwa wykorzystały istniejące regulacje prawne, natomiast inne wprowadziły odrębne uregulowania, co podkreślało nowo powstałe zagrożenie, np. Białoruś⁴ czy Federacja Rosyjska⁵. W Polsce, ze względu na coraz większe znaczenie zakażenia wirusem HIV oraz wynikające z tego zagrożenia, w kodeksie karnym z 1997 r. nowy typ przestępstwa bezpośredniego narażenia na zakażenie wirusem HIV (art. 161 § 1 k.k.). Zgodnie z uzasadnieniem do projektu kodeksu karnego, choroby weneryczne, które do tego czasu były w kręgu zainteresowania, utraciły swoją groźną wymowę społeczną, natomiast inne choroby zyskały ją. Nie było więc powodu, aby trwać przy założeniach i wiedzy medycznej sprzed około 100 lat⁶.

W tej sytuacji uzasadnione jest przeanalizowanie polskiej regulacji karnej dotyczącej narażenia na zakażenie oraz zakażenia wirusem HIV. Wartościowym i ciekawym materiałem porównawczym mogą być stosowne regulacje i orzecznictwo sądowe pochodzące z systemu *common law*, a dokładniej z Wielkiej Brytanii. W związku z paroma równie głośnymi sprawami zarażenia wirusem HIV drogą płciową w ciągu ostatnich lat, temat ten dosyć dokładnie był omawiany w piśmiennictwie anglosaskim.

W 2000 r. w *Journal of Medical Ethics* ukazał się głośny w Wielkiej Brytanii artykuł na temat tego, czy osoby zarażone wirusem HIV mają obowiązek poinformowania o tym swoich partnerów seksualnych oraz czy jest możliwa odpowiedzialność karna w przypadku niedopełnienia tego obowiązku⁷. Artykuł ten okazał się na swój sposób proroczy, gdyż w ciągu paru lat po jego ukazaniu się przed sądami w Szkocji i Anglii pojawiło się kilka takich właśnie spraw. Do początków XXI wieku w Wielkiej Brytanii nie istniała żadna specyficzna regulacja doty-

⁴ Art. 113-1 kodeksu karnego Republiki Białorusi określa, iż *Świadome narażenie drugiej osoby na niebezpieczeństwo zarażenia AIDS podlega karze pozbawienia wolności do pięciu lat; Kto, wiedząc, iż jest zarażony, zaraża drugą osobę AIDS, podlega karze pozbawienia wolności do lat ośmiu* (Ustawa z dnia 29 grudnia 1960 r., SZ BSSR, 1961 g., N 1, st. 4); Przepis regulujący odpowiedzialność za zarażenie AIDS został dodany dekretem z dnia 8 sierpnia 1987 r. (SZ BSSR, 1987, N 26, ST. 336).

⁵ Regulacja prawna funkcjonująca w ramach kodeksu karnego Federacji Rosyjskiej jest wyjątkowo rozbudowana: Art. 122 k.k. FR określa, iż: *1. Świadome narażenie drugiej osoby na niebezpieczeństwo zarażenia wirusem HIV podlega karze ograniczenia wolności do lat trzech, aresztu od trzech do sześciu miesięcy lub pozbawienia wolności do jednego roku; 2. Kto, wiedząc że jest zarażony wirusem HIV, zaraża inną osobę podlega karze pozbawienia wolności do lat pięciu; 3. Kto popełnia czyn określony w ust. 2 niniejszego artykułu, w stosunku do dwóch lub więcej osób lub w stosunku do osoby niewątpliwie nieletniej podlega karze pozbawienia wolności do lat ośmiu; 4. Kto zaraża drugą osobę wirusem HIV wskutek nienależytego wypełnienia swoich obowiązków zawodowych podlega karze pozbawienia wolności do lat pięciu z pozbawieniem prawa zajmowania określonego stanowiska lub prowadzenia określonej działalności do lat trzech; dodatkowo k.k. FR wprowadza zastrzeżenie, iż odpowiedzialność karna sprawcy jest wyłączona jeśli, druga osoba, postawiona o niebezpieczeństwo zarażenia lub zarażona wirusem HIV, była we właściwym czasie uprzedzona o obecności tej choroby i dobrowolnie wyraziła zgodę, stwarzając niebezpieczeństwo zarażenia (kodeks karny Federacji Rosyjskiej z dnia 13 czerwca 1996 r., N 63-F3 ze zm.*

⁶ Uzasadnienie rządowego projektu kodeksu karnego w: *Nowe kodeksy karne z 1997 r. z uzasadnieniami*, Warszawa 1997, s. 187.

⁷ R. Bennett, H. Draper, L. Firth, *Ignorance is bliss? HIV and moral duties and legal duties to forewarn*, „*Journal of Medical Ethics*” 2000, Vol. 26, s. 9–15.

cząca przenoszenia wirusa HIV⁸. Sądy opierały się na precedensie wykształconym w XIX wieku.

W pierwszych sprawach z tamtego okresu sądy angielskie skazały na podstawie § 20 (przestępstwo spowodowania ciężkiego uszczerbku na zdrowiu) *Offences Against the Persons Act* z 1861 r.⁹ dwóch mężczyzn za świadome zarażenie chorobą weneryczną¹⁰. Wyroki te oparto na założeniu, iż zgodę na odbycie stosunku seksualnego z nosicielem choroby wenerycznej trzeba uznać za nieważną, gdyż przy świadomości istnienia tej choroby nie doszłoby do zbliżenia. Jednak w sprawie *R. v. Clarence* z 1888 r.¹¹ sąd apelacyjny przełamał ten precedens. Oskarżony – Clarence współżył ze swoją żoną, ukrywając przed nią, iż jest nosicielem choroby wenerycznej – *gonorrhoea*. Sąd pierwszej instancji, opierając się na wcześniejszych precedensach, skazał go na karę pozbawienia wolności. Sąd apelacyjny stwierdził jednak, iż nie można uznać zgody do współżycia seksualnego za nieważną, gdyż choroby wenerycznej nie da się ukryć. W związku z powyższym domniemana ofiara musiała mieć świadomość konsekwencji współżycia z zarażonym mężczyzną. Odbywając stosunek seksualny, ofiara niejako zgodziła się z ewentualnymi tego konsekwencjami. Dodatkowo wskazano, iż zakres przedmiotowy słowa *infliction* w określeniu z OAPA 1861 przestępstwa *inflicting grievous bodily harm* (§ 20)¹² nie zawiera dokonania takiego czynu przez sam tylko dobrowolnie odbyty stosunek seksualny, a wymaga raczej użycia siły lub niebezpiecznego narzędzia¹³, należy go także odróżnić od słowa *cause*, które występuje w innych miejscach tej ustawy¹⁴.

Mimo prac nad ustawą regulującą kompleksowo zagadnienie odpowiedzialności za świadome narażenie lub/i przekazywanie wirusa HIV drogą płciową¹⁵, kwestia ta nie została uregulowana. W związku z tym przez ponad 100 lat sądy

⁸ Inaczej sytuacja kształtowała się w innych krajach systemu *common law*, gdzie wprowadzane stosowne regulacje lub/i pojawiały się takie precedensowe sprawy. Więcej o USA zob. A.L. McGuire, *AIDS as a weapon: criminal prosecution of HIV exposure*, „Houston Law Review” 1999, Vol. 36, No. 5, s. 1787–1818, a o Kanadzie por. J. Chalmers, *Sexually transmitted diseases and the criminal law*, „The Juridical Review” 2001, s. 261–263.

⁹ Cytowany dalej jako OAPA 1861.

¹⁰ *R. v. Bennett* (1986) 4 F&F 1105, 176 ER 925 oraz *R v Sinclair* (1867) 13 Cox CC 28.

¹¹ *R. v. Clarence* (1888) 22 QBD 23.

¹² Tłum. polskie: przestępstwo „spowodowania ciężkiego uszczerbku na zdrowiu”. Pełna treść § 20: *Whosoever shall unlawfully and maliciously wound or inflict any grievous bodily harm upon other person either with or without weapon or instrument, shall be guilty of a misdemeanour and being convicted thereto shall be liable to... to imprisonment... for not more than five years.*

¹³ Taka interpretacja słowa *infliction* nie utrzymała się. Wskazuje na to J. Chalmers, przytaczając wyroki Izby Lordów z 1997 roku: *R. v. Ireland* i *R. v. Burstow* (1998) AC 147, w których wskazano, iż ciągłe i natrączywe dzwonienie do kogoś pomimo jego protestów może spowodować „bezprawne, ciężkie uszkodzenie ciała” poprzez wywołane szkody psychiczne. Zob. J. Chalmers, *The criminalisation of HIV transmission*, „Journal of Medical Ethics” 2002, Vol. 28, s. 160.

¹⁴ Zob. np. par. 18.

¹⁵ Przykłady z rozważanych propozycji ustawodawczych zob. J. Chalmers, *The criminalisation...*, op. cit., s. 160.

w Wielkiej Brytanii orzekały opierając się na nie do końca jasnych precedensach z XIX w.

Pierwszym, pod względem chronologicznym, orzeczeniem sądowym na Wyspach Brytyjskich dotyczącym tego problemu był wyrok sądu w Glasgow z lutego 2001 r.¹⁶. Oskarżony Stephen Kelly był nosicielem wirusa HIV, o czym dowiedział się w trakcie odbywania kary pozbawienia wolności. W trakcie pobytu w zakładzie karnym był objęty szczegółową pomocą medyczną oraz należycie poinformowany o swoim stanie zdrowia i wszystkich konsekwencjach związanych z nosicielstwem wirusa HIV. Krótco po wyjściu na wolność spotkał Anne Craig, z którą po pewnym czasie rozpoczął współżycie płciowe. Partnerkę zapewnił o swoim doskonałym zdrowiu i przekonał do nieużywania zabezpieczenia w trakcie odbywanych stosunków płciowych. Anne Craig dość szybko dowiedziała się, iż została zarażona wirusem HIV. Kluczowy fragment aktu oskarżenia brzmiał: „[oskarżony] wiedząc, że jest zarażony wirusem HIV oraz mając świadomość, iż wirus ten może być przenoszony na inne osoby podczas stosunków seksualnych, nie zważając na konsekwencje, udając osobę niezarażoną HIV, wielokrotnie w okresie między 1 stycznia 1994 roku a 28 marca 1994 roku w sposób zawiniony i lekkomyślny współżył z ofiarą. W konsekwencji w sposób trwały zaraził ofiarę tym wirusem, przynosząc poważne zagrożenie dla jej życia i zdrowia”¹⁷.

High Court of Judiciary w Glasgow skazał Stephena Kelly za lekkomyślne spowodowanie uszczerbku na zdrowiu na 5 lat pozbawienia wolności. V. Tadros¹⁸, interpretując ten wyrok w sposób dość wąski¹⁹, wskazał, iż wynikają z niego następujące warunki odpowiedzialności karnej w takich sprawach:

- 1) sprawca wiedział, iż jest nosicielem wirusa HIV;
- 2) skutecznie ukrywał, przed partnerką/partnerem seksualnym tę wiedzę;
- 3) w sposób zawiniony i lekkomyślny wielokrotnie utrzymywał kontakty seksualne z ofiarą;
- 4) ofiara w sposób trwały, połączony z zagrożeniem życia i zdrowia została zarażona wirusem HIV.

Przyjmując taką literalną, wąską interpretację tego wyroku, odpowiedzialność przy zarażeniu wirusem HIV jest mocno ograniczona. Odnosząc się do tak zakreślonych przesłanek odpowiedzialności, warto zacząć od punktu czwartego.

¹⁶ *H.M. Advocate v. Kelly*, niektóre dokumenty procesowe dostępne na: www.scotcourts.gov.pl (05.06.2007 r.), szczegółowe analiza sprawy m.in.: J. Chalmers, *Sexuality...*, op. cit., s. 259–278., a omówienie pod kątem dotychczasowego orzecznictwa szkockiego zob. m.in. V. Tadros, *Recklessness, Consent and the Transmission of HIV*, „The Edinburgh Law Review” 2001, Vol. 5, s. 371–380.

¹⁷ Niepublikowany fragment aktu oskarżenia, który został przytoczony przez J. Chalmersa, zob. J. Chalmers, *Sexuality...*, op. cit., s. 265. (ten i inne fragmenty wyroków są tłumaczeniami autorów z języka angielskiego).

¹⁸ V. Tadros, *Recklessness...*, op. cit., s. 372.

¹⁹ Zresztą już wcześniej w piśmiennictwie szkockim pojawiały się stanowiska postulujące wąskie zakreślenie ewentualnej odpowiedzialności za zarażenie wirusem HIV – zob. G.T. Lurie, *AIDS and criminal liability under Scots law*, „Journal of the Law Society in Scotland” 1991, Vol. 36, s. 312 i nast.

Wynika z niego, iż podstawą odpowiedzialności w takich sprawach jest faktyczne zarażenie wirusem HIV. *A contrario* nie podlega odpowiedzialności karnej narażenie na zarażenie wirusem HIV, a także nie można postawić zarzutu usiłowania zarażenia. Taka wąska interpretacja wyroku jednak może budzić wątpliwości. Słusznie wskazuje J. Chalmers²⁰, iż zarówno moralne, jak i praktyczne względy przemawiają za tym, iż w przypadku penalizacji takich czynów odpowiedzialność karna winna objąć zarówno zarażenie wirusem HIV, jaki i narażenie na zakażenie. Argument praktyczny dotyczy wątpliwości, na które zwrócił uwagę już V. Tadros, czyli możliwe trudności z udowodnieniem, iż zarażenie wirusem HIV nastąpiło w związku ze współżyciem z oskarżonym²¹. Bardzo łatwo wyobrazić sobie sytuację, iż do zakażenia mogło dojść w inny sposób niż przez współżycie seksualne z zarażonym HIV, gdyż współżycie z osobą zarażoną nie zawsze skutkuje przeniesieniem wirusa. Zresztą nawet jeśli do zarażenia doszło w trakcie kontaktów seksualnych z zarażonym, to powyższy argument może stać się naturalną strategią obrony. Łącząc problemy praktyczne z uzasadnieniem moralnym dla penalizacji zarażenia wirusem HIV²² należy raczej zgodzić się z tym, iż wąskie rozumienie wyroku w sprawie *H.M. Advocate v. Kelly* nie wydaje się przekonujące. Nie zmienia to faktu, iż rzeczywiste zarażenie wirusem HIV w takich przypadkach może wpływać na większy wymiar kary.

Wątpliwości budzi także wymóg wiedzy o nosicielstwie wirusa HIV. Wydaje się, iż jedyną możliwością pewnej wiedzy na ten temat jest przeprowadzenie testów medycznych na nosicielstwo. Można wskazać ponownie za J. Chalmers²³, iż pewne sytuacje faktyczne mogą przynosić wątpliwości co do takiego ograniczenia odpowiedzialności. Nie ma obowiązku poddawania się testom na nosicielstwo wirusa HIV, a więc możliwa jest sytuacja, iż osoba zarażająca prowadzi szczególnie ryzykowne życie płciowe²⁴ lub też nawet pomimo posiadania stosownej wiedzy współżyje z osobami zarażonymi HIV, a mimo to sama nie poddaje się testom medycznym. Z punktu widzenia tak określonej odpowiedzialności karnej nie można jej pociągnąć do odpowiedzialności. Szkockie prawo karne zna instytucję zwaną *willful blindness*, która daje możliwość uznania kogoś za posiadającego wiedzę, jednak jej zastosowanie jest ograniczone do sytuacji, kiedy istnieje wymóg posiadania stosownej wiedzy (np. poprzez obowiązek prawny poddawania się testom na obecność wirusa HIV)²⁵, a więc nie znajduje tutaj zastosowania. Ten sam autor postuluje jednak, iż w pewnych ekstremalnych sytuacjach sądy winny

²⁰ J. Chalmers, *The criminalisation...*, op. cit., s. 161.

²¹ Autor ten powołując się na stosowną literaturę wskazuje na badania genetyczne jako źródła rozwiązania ewentualnych kontrowersji jakie mogą powstać w tym zakresie, zob. V. Tadros, *Recklessness...*, op. cit., s. 373.

²² A więc potępieniem ukrywania przed partnerem seksualnym wiedzy o noszeniu wirusa HIV.

²³ J. Chalmers, *Sexuality...*, op. cit., s. 267 i nast.

²⁴ Przytaczany autor daje przykład mężczyzny biseksualnego, który współżyje bez zabezpieczenia z wieloma przypadkowymi partnerami, ibidem, s. 267.

²⁵ Ibidem, s. 267–268.

rozciągnąć odpowiedzialność, także na osoby, które nie miały 100% wiedzy, że są nosicielami wirusa HIV²⁶.

Wyrok ten był też dość dokładnie analizowany pod innymi względami²⁷ oraz spotkał się z wieloma zarzutami, w szczególności ze strony środowisk pomagających osobom chorym na AIDS²⁸, jednak podstawowy zarzut dotyczył podejrzeń, iż takie sformułowanie odpowiedzialności zmniejszy popularność badań na nosicielstwo HIV, a przez to zwiększy się liczba chorych na AIDS²⁹. Oprócz tego czysto pragmatycznego argumentu wskazywano na fakt, iż partnerzy seksualni winni ponosić konsekwencje za swoje świadome i dobrowolne czyny oraz powinni się odpowiednio zabezpieczać³⁰. J. Chalmers³¹ skutecznie odparł wszystkie wątpliwości związane z zasadnością penalizacji przypadków zarażenia wirusem HIV przytaczając bardzo sugestywny fragment wyroku kanadyjskiego ze sprawy *R. v. Cuerrier*³²: „(...) osoby wiedzące, iż są nosicielami HIV są w 100% zobligowane o poinformowaniu swoich partnerów seksualnych o tym fakcie oraz winny podjąć wszelkie możliwe kroki, aby ich ewentualne kontakty seksualne były tak bezpieczne, jak tylko to możliwe”.

Niecałe trzy lata po wyroku w sprawie *H.M. Advocate v. Kelly* sąd w Anglii wydał wyrok w podobnej sprawie. W dniu 14 października 2003 roku sąd w Londynie skazał na podstawie przytoczonego już § 20 OAPA 1861 Mohammeda Dica na łączną karę 8 lat pozbawienia wolności, w związku z zarażeniem wirusem HIV dwóch kobiet, z którymi utrzymywał stosunki seksualne, ukrywając przed nimi swój stan zdrowia. Zaraz po wydaniu tego wyroku, pierwszego w historii sądownictwa angielskiego skazania w związku z zarażeniem wirusem HIV, sądy angielskie skazały za to samo przestępstwo dwie kolejne osoby³³. Te trzy sprawy

²⁶ Ibidem, s. 270. Inni autorzy jednak nie podzielają tego poglądu, argumentując m.in. iż w praktyce orzeczniczej należałoby wskazać pewną grupę osób, która rzekomo jest szczególnie narażona na zarażenie HIV (homoseksualiści, osoby prostituuujące się, narkomanii etc.), a przez to objąć ją większą odpowiedzialnością niż resztę społeczeństwa por. G.T. Lurie, *AIDS...*, op. cit., s. 316.

²⁷ Jak na ewentualną odpowiedzialność karną wpływa fakt ograniczenia prawdopodobieństwa zarażenia poprzez stosowanie prezerwatyw, czy też możliwość zastosowania do tej sytuacji instytucji wyłączenia zgody na kontakty seksualne z osobą zarażoną HIV, w związku z poważnymi konsekwencjami jakie niesie zarażenie tym wirusem – zob. J. Chalmers, *Sexuality...*, op. cit., s. 270–274; J. Chalmers, *The criminalisation...*, op. cit., s. 162.

²⁸ Zob. *Limits to recklessness: even people with HIV can be culpable*, The Guardian, 19 Marzec 2001, dostępny na: www.guardian.co.uk (03.06.2007 r.).

²⁹ Szczegółowo argumentowany, z powołaniem na statystyki dotyczące liczby osób poddających się badaniom na HIV zob. S.M. Bird, A.J. Leigh Brown, *Criminalisation of HIV transmission: implications for health public in Scotland*, „British Medical Journal” 323, 2001, s. 1174–1177, krytyczna polemika zob. J. Chalmers, *The criminalisation...*, op. cit., s. 161–162.

³⁰ Zob. L. Farmer, P. Brown, J. Lloyd, *Scots criminal law and AIDS*, 1989 Scots Law Times, s. 389, cyt. za: J. Chalmers, *Sexuality...*, op. cit., s. 276.

³¹ J. Chalmers, *Sexuality...*, op. cit., s. 278.

³² *R. v. Cuerrier* [1998] 2 S.C.R.371.

³³ W styczniu 2004 roku Kouassi Adaye został skazany na 6 lat pozbawienia wolności za zarażenie jednej kobiety, a maju 2004 roku Feston Konzani został skazany na 10 lat pozbawienia wolności w związku z zarażeniem wirusem HIV 3 kobiet – por. M. Weait, *Criminal law and the sexual transmission of HIV: R. v. Dica*, „The Modern Law Review” 2005, Vol. 68, No. 1, s. 122.

spowodowały, iż mimo wspomnianych wyżej prac nad specjalną regulacją dotyczącą problemów związanych z chorobą AIDS sytuacje te nadal są rozpatrywane na podstawie ustawy z połowy XIX w. oraz kilku precedensów.

Ze wspomnianych wyżej spraw tylko pierwsza (*R. v. Dica*) trafiła do sądu apelacyjnego³⁴, który podtrzymując wyrok pierwszej instancji oraz szczegółowo analizując precedens ze sprawy *R. v. Clarence* określił granicę odpowiedzialności za zarażenie wirusem HIV. Sąd apelacyjny na początku swych rozważań zauważył, iż musi odnieść się do precedensu ze sprawy *R. v. Clarence*, gdyż uznając go za nadal obowiązujący należałoby uniewinnić oskarżonego. Przytaczając orzecznictwo w licznych sprawach dotyczących spowodowania ciężkiego uszczerbku na zdrowiu, w tym rozważania w Izbie Lordów wokół sprawy *R. v. Clarence* (§ 26–30), zauważył, że przestępstwo to należy rozważać dziś często w świetle okoliczności, które nie mogły być nawet uświadamiane w XIX wieku. Wskazano również na orzecznictwo i poglądy doktryny wskazujące, iż istnieją sytuacje, w których zwroty *inflict* oraz *cause* można stosować zamiennie (§ 29). W związku z tym jeśli można używać zwrotu *inflict* w przypadkach spowodowania uszczerbku na zdrowiu psychicznym³⁵ to tym bardziej można też tego terminu używać do sytuacji, gdy uszczerbek na zdrowiu powstał w wyniku stosunku seksualnego (par. 30). W wyniku tych rozważań stwierdzono, iż precedens ze sprawy *R. v. Clarence* nie może dłużej się utrzymać, a gdyby stan faktyczny z tej sprawy powtórzył się dzisiaj to doszłoby do skazania za spowodowanie uszczerbku na zdrowiu (§ 31).

W dalszej części wyroku rozważono zagadnienie zgody pokrzywdzonego, tzn. czy można ją w pewnych sytuacjach domniemywać lub też czy jej istnienie zawsze wyłącza bezprawność czynu. Zdecydowanie przyjęto stanowisko, iż zgoda na odbycie stosunku płciowego nie oznacza jednoczesnego pogodzenia się z ewentualnym zarażeniem wirusem HIV. Zgoda na odbycie stosunku płciowego w sytuacjach braku wiedzy o nosicielstwie wirusa HIV przez partnera oznacza jedynie, iż nie można postawić mu zarzutu gwałtu § 39). Osoba ukrywająca wiedzę o swojej chorobie nie może w związku z tym bronić się, iż strona pokrzywdzona winna liczyć się z takim ryzykiem, a przez to w sposób domniemany wyrazić zgodę.

W odniesieniu do pytania czy przypadek, gdy strona pokrzywdzona wiedziała o stanie zdrowia partnera seksualnego i dobrowolnie zgodziła się na odbycie z nim stosunku wyłącza bezprawność czynu, powołując się na liczne orzecznictwo angielskie³⁶, a także jedną sprawę brytyjską przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka³⁷ wskazano, iż przy pewnych ekstremalnych praktykach seksualnych,

³⁴ Royal Court of Justice, London, wyrok z dnia 5 maja 2004 roku (Case No 200306721/B3), [2004] EWCA Crim 1103, dostępny na: www.hmcourts-service.gov.uk (01.06.2007 r.).

³⁵ Patrz przypis nr 10.

³⁶ M.in. *Bravery v. Bravery* [1954] 3 All ER 59, *R. v. Brown* [1994] 1 AC 212, *R. v. Donovan* [1934] 2 KB 498, *R. v. Boyea* [1992] 156 JPR 502. Co ciekawe mimo zawartej w wymienionych wyżej sprawach krytyki precedensu *R. v. Clarence* to nie został on wcześniej nigdy obalony, por. M. Weait, *Criminal law...*, op. cit., s. 123.

³⁷ *Laskey, Jaggard i Brown przeciwko Wielkiej Brytanii*, wyrok z dnia 19 lutego 1997, [1997] 24 EHRR 34.

połączonych z ciężkimi uszkodzeniami ciała ewentualna obustronna zgoda na takie praktyki winna być wyłączona. Odpowiedzialność za takie praktyki, niewątpliwie ingerująca w życie prywatne osób zainteresowanych, jest uzasadniona ochroną zdrowia publicznego (§ 40–46). Zauważono, iż w zasadzie podobne argumenty mogą przemawiać za analogicznym stanowiskiem w przypadku chorób przenoszonych drogą płciową. Uzasadniać to może dążenie do ochrony zdrowia publicznego i walka z rozprzestrzenianiem się niebezpiecznych chorób, a w szczególności AIDS. Mimo to przyjęto stanowisko odmienne. Wskazano, iż takie rozszerzenie odpowiedzialności przy przenoszeniu wirusa HIV nadmierne ingeruje w życie prywatne. Należy też odróżnić sytuację, gdy ktoś wyraża zgodę na podjęcie ryzyka poniesienia uszczerbku na zdrowiu, od sytuacji, gdy taki uszczerbek rzeczywiście powstaje jako bezpośrednia i niezwłoczna konsekwencja czynów, na które została wyrażona zgoda. W celu poparcia takiego stanowiska wskazano dwie hipotetyczne sytuacje, które ewidentnie wskazują, iż wyłączenie zgody w pewnych sytuacjach związanych z życiem seksualnym nie może być uzasadnione. Przykład pierwszy dotyczy małżeństwa, w którym jedna osoba jest nosicielem wirusa HIV. Marzą o potomstwie. Jako praktykujący katolicy nie zgadzają się z możliwością sztucznego zapłodnienia. Świadomie i godząc się z ewentualnymi konsekwencjami współżyją, podejmując ewentualne ryzyko zarażenia HIV. Drugi z przytoczonych przykładów nie dotyczy przenoszenia wirusa HIV. Ponownie posłużono się hipotetycznym małżeństwem starającym się o potomstwo. W trakcie konsultacji lekarskich kobieta została poinformowana, iż ewentualna ciąża może być bardzo niebezpieczna dla jej zdrowia i życia. Pomimo tego para decyduje się podjąć ryzyko. Postawiono w związku z takim stanem faktycznym pytanie, czy w przypadku potwierdzenia się negatywnych prognoz mężczyzna może być pociągnięty do odpowiedzialności w związku ze współżyciem seksualnym z żoną, mając świadomość, iż może to przynieść poważny uszczerbek na jej zdrowiu, a nawet utratę życia? W konkluzjach do tych przykładów wskazano, iż nie istnieją żadne precedensy wskazujące na możliwość objęcia odpowiedzialnością karną w takich i podobnych przypadkach. Pewna sfera autonomii i prywatności świadomego i dobrowolnego życia seksualnego musi istnieć, nawet jeśli wiąże się to z ryzykiem pogorszenia zdrowia czy nawet utraty życia któregoś z partnerów. W konkluzjach wyroku stwierdzono, iż mając świadomość niedoskonałości takiego stanowiska w związku ze specyfiką stanu faktycznego³⁸, należy w świetle istniejącego stanu prawnego w Anglii podtrzymać wyrok skazujący pierwszej instancji. Jednocześnie obalono precedens ze sprawy *R. v. Clarence*.

³⁸ W par. 54 przytoczono argumenty, jakie zostały przedstawione przez liczne organizacje pozarządowe działające na polu profilaktyki i walki z AIDS. Wskazywały one m.in. na fakt, iż specyfika sfery seksualnej i związanych z nią emocji powoduje, że w pewnych sytuacjach zgoda na odbycie stosunku seksualnego nie może być uznana za w pełni świadomą, a także na możliwe negatywne skutki praktyczne wyroku na strategię walki z AIDS, poprzez zniechęcanie społeczeństwa do poddawania się testom na nosicielstwo HIV.

Co ciekawe, w § 57 sąd apelacyjny zastrzegł, iż orzeka „według prawa istniejącego aktualnie” i tylko w zakresie swej jurysdykcji, a ewentualna inna regulacja w tym zakresie leży w zakresie kompetencji Parlamentu Brytyjskiego.

Próbując ocenić ten wyrok, należy zauważyć, iż mimo że nie przytacza się w nim sprawy *H.M. Advocate v. Kelly*, to wyrok ten oraz dyskusja nim wywołana była dokładnie badana. Zasadniczo sąd angielski potwierdził zasady odpowiedzialności ze sprawy szkockiej. Jednak w uzasadnieniu odniósł się do wielu kontrowersji i wątpliwości, jakie pojawiły się w piśmiennictwie. Sąd apelacyjny pokazał jednocześnie, iż ma świadomość, że różnorodność życia społecznego oraz skomplikowana natura zagadnień będących podstawą orzekania powodują, iż przyjęte stanowisko nie jest doskonałe, a ewentualna ingerencja ustawodawcza kompleksowo regulująca odpowiedzialność za podobne czyny być może jest uzasadniona. M. Weait, oceniając ten wyrok, wskazuje, iż § 20 OAPA 1861 nie jest w pełni adekwatny do odpowiedzialności za przenoszenie ciężkich chorób drogą płciową. Na dowód tego zauważa, że podstawą rozważań w wyroku *R. v. Dica* była kwestia istnienia lub braku zgody osób poszkodowanych, a która nie jest zawarta w zakresie przestępstwa z tego paragrafu³⁹. Pośrednio więc również opowiada się za wprowadzeniem stosownych regulacji ustawowych poświęconych wyłącznie tym problemom. Pogląd taki koresponduje w pewien sposób z jeszcze mocniejszym poglądem z piśmiennictwa szkockiego, zgłoszonym w związku z wyrokiem *H.M. Advocate v. Kelly*. V. Tadros, konkludując swoje uwagi do tego wyroku, stwierdził, iż generalnie system precedensów nie sprawdza się w odniesieniu do takich spraw i również postulował regulację ustawową⁴⁰.

Polska jest krajem, gdzie taka specyficzna, pożądana przez wielu autorów brytyjskich, regulacja występuje. Specjalny Program Narodów Zjednoczonych do Spraw AIDS/HIV (UNAIDS) zaleca jednak, aby w przypadku wprowadzania odpowiedzialności karnej w związku z AIDS/HIV unikać konstruowania przestępstw specyficznych, wyłącznie dotyczących tej sytuacji⁴¹. Motywem dla takiego stanowiska jest dążenie do przeciwdziałania stereotypom oraz dodatkowej stygmatyzacji osób noszących wirus HIV lub/i chorych na AIDS. W Polsce nie postąpiono według zaleceń UNAIDS i wprowadzono specyficzne przestępstwo dotyczące HIV/AIDS.

Kodeks karny z 1997 r. wprowadził nowy typ przestępstwa regulujący kwestię narażenia na niebezpieczeństwo zarażenia wirusem HIV. Zgodnie z art. 161 § 1 k.k.: *Kto, wiedząc, że jest zarażony wirusem HIV, naraża bezpośrednio inną osobę na takie zarażenie, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3*. Zakres podmiotowy niniejszego czynu zabronionego jest bardzo ograniczony, może je popełnić tylko osoba zarażona wirusem HIV, jest to więc przestępstwo indywidualne właściwe.

³⁹ M. Weait, *Criminal law...*, op. cit., s. 133–144.

⁴⁰ V. Tadros, *Recklessness...*, op. cit., s. 380.

⁴¹ Handbook for legislators on HIV/AIDS, law and human rights, UNAIDS/99.48 E November 1999. Dostępny na: www.ipu.org/PDF/publications/aids_en.pdf (12.04.2007).

W ramy zakresu podmiotowego nie wchodzi zatem inne osoby, niespełniające tych przesłanek. Należy zgodzić się ze stanowiskiem, iż takie zawężenie jest niesłuszne⁴², bowiem wyłącza zastosowanie art. 161 § 1 k.k. wobec osób, które nie będąc zarażone wirusem HIV, mogą narażać inne osoby na zakażenie np. w wyniku transfuzji krwi czy też z powodu użycia niezdezynfekowanej strzykawki⁴³.

Znamię czynności wykonawczej zostało ujęte poprzez wskazanie na bezpośrednie narażenie na zarażenie. Należy zgodzić się z A. Zoll, iż nie oznacza to wymogu, aby narażenie następowało tylko przez współżycie płciowe⁴⁴, chociaż najczęściej do zakażenia dochodzi właśnie w wyniku różnego rodzaju kontaktów seksualnych⁴⁵. Bezpośrednie narażenie na zarażenie może nastąpić także w wyniku innych działań, np. narażenia na kontakt błon śluzowych i skóry z krwią sprawcy zakażonego wirusem HIV⁴⁶. Zależy to jednak od tego, czy skóra lub błony śluzowe zostały „naruszone” w widoczny sposób, np. posiadają pęknięcia czy też otwarte rany oraz od długości kontaktu z krwią sprawcy. Tak więc komentowany przepis obejmuje nie tylko narażenie na zarażenie wirusem HIV dokonywane drogą płciową, ale także inne sytuacje, w których osoba wiedząca o nosicielstwie naraża na zarażenie tym wirusem.

Narażać na zakażenie wirusem HIV można tylko umyślnie zarówno z zamiarem bezpośrednim, jak i ewentualnym. Jednakże art. 161 § 1 k.k. wprowadza dodatkowy element w postaci posiadania wiedzy o byciu zarażonym. W związku z powyższym sprawca może, wiedząc, że jest zarażony wirusem HIV, chcieć nara-

⁴² Zob. A. Zoll, *Kodeks karny. Komentarz*, t. 2, Kraków 2004, s. 389; K. Daszkiewicz, *Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu*, Warszawa 2000, s. 400–401.

⁴³ Projekt kodeksu karnego, z 24 kwietnia 2007 r., zakłada modyfikację art. 161 k.k. Z art. 161 § 1 została usunięta przesłanka posiadania wiedzy o byciu zarażonym wirusem HIV, wprowadzono także w art. 161 § 3 odpowiedzialność karną w przypadku nieumyślnego działania sprawcy; znacznie podniesiono granice odpowiedzialności karnej: w art. 161 § 1 – od 3 miesięcy do lat 5; w § 4 wprowadzono zmianę w zakresie trybu ścigania. Obecnie przestępstwo z art. 161 § 1 k.k. jest ścigane na wniosek, projektowany art. 161 § 4 k.k. wprowadza publicznoskargowy tryb ścigania z urzędu, z wyjątkiem przypadków, gdy sprawcą jest osoba pozostająca z pokrzywdzonym we wspólnym pożyciu, gdzie zachowano publicznoskargowy tryb ścigania na wniosek. Tekst projektu jest dostępny na stronie www.ms.gov (12.07.2007).

⁴⁴ A. Zoll, *Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu*, (w:) *Kodeks karny. Część szczegółowa. Komentarz do art. 117–277 kodeksu karnego*, (red.) A. Zoll, Kraków 2006, s. 390.

⁴⁵ Narażenie na zakażenie zależy także od rodzaju aktywności seksualnej; za najbardziej ryzykowne uważa się kontakty analne ze względu na większy poziom wirerii w wydzielinach odbytu, jest on nawet wyższy niż we krwi. W przypadku kontaktów waginalnych HIV o wiele łatwiej przenosi się z mężczyzny na kobiety niż z kobiety na mężczyznę. Natomiast w odniesieniu do kontaktów oralnych z ostatnich badań wynika, że również ten rodzaj kontaktu może prowadzić do zakażenia, np. po inwazyjnych procedurach dentystycznych. Do czynników wpływających na zwiększenie ryzyka należy także stosunek płciowy z osobą używającą dożylnie narkotyki, obecność owrzodzeń na narządach płciowych i liczni partnerzy. Por. G. Virella, S. Arrio, *HIV i AIDS*, (w:) *Mikrobiologia i choroby zakaźne*, (red.) G. Virella, Wrocław 2000, s. 566. Na ocenę stopnia zakażenia ma wpływ bardzo wiele czynników (m.in. ilość i jakość kontaktów seksualnych), dlatego też każdy przypadek powinien być oceniany indywidualnie.

⁴⁶ Wśród dróg zakażenia wyróżnia się kontakt płciowy, wspólne używanie igieł i strzykawek przez osoby używające dożylnie narkotyki, szerzenie się przez łożysko lub okołoporodowo z matki na dziecko, krew i produkty krwiopochodne, przeszczepianie narządów, sztuczne zapłodnienie i mleko kobiece – zob. *ibidem*, s. 568.

zić na zarażenie inną osobą lub też może mieć świadomość możliwości narażenia na zarażenie i godzić się na to.

W przypadku osoby, która nie jest zarażona wirusem HIV (a więc nie ma do niej zastosowania art. 161 § 1 k.k.), a narazi inną osobę na zakażenie, np. poprzez krew zakażonej osoby lub w przypadku transfuzji, mogłaby ewentualnie odpowiadać na podstawie art. 160 § 1–3 k.k. (narażenie człowieka na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu). Można uznać także, iż narażenie na zakażenie wirusem HIV w tej sytuacji spełnia przesłanki narażenia na niebezpieczeństwo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu. Ciężki uszczerbek na zdrowiu jest określony w art. 156 § 1, zgodnie z którym do ciężkiego uszczerbku na zdrowiu należy zaliczyć także chorobę realnie zagrażającą życiu. A zakażenie wirusem HIV może doprowadzić do rozwinięcia AIDS, które stanowi chorobę realnie zagrażającą życiu, bowiem rozwój AIDS (liczne powikłania, mięsak Kaposiego oraz obniżona odporność organizmu) potrafi w bardzo krótkim czasie doprowadzić do śmierci.

Przebieg procesu zależy jednak od konkretnego przypadku, bowiem AIDS jest już końcowym etapem rozwoju, często pojawia się po wielu latach od zakażenia. Generalnie, podając za M. Filarem⁴⁷, możliwe jest kilka dróg rozwoju zakażenia wirusem HIV:

- 1) tzw. zakażenie bezobjawowe: osoba zakażona staje się nosicielem wirusa HIV, sama jednakże nie wykazuje żadnych objawów chorobowych;
- 2) tzw. zespół limfadenopatyczny (LAS), który skutkuje tylko nieznacznymi objawami chorobowymi;
- 3) tzw. zespół objawów związanych z AIDS (ARC), gdzie następstwa zdrowotne są dużo poważniejsze;
- 4) tzw. rozwinięty pełnoobjawowy AIDS, gdzie śmierć jest nieuniknionym skutkiem.

Współczesna medycyna nie pozwala wprawdzie na pełne wyleczenie, ale odpowiednie leki i zastosowana terapia mogą spowolnić proces zakażenia. Wziąwszy pod uwagę przytoczone powyżej okoliczności, różny stopień rozwoju zakażenia oraz wyjątkowo długi okres czasu pomiędzy zakażeniem, a wystąpieniem oznak chorobowych M. Filar neguje możliwość poniesienia odpowiedzialności karnej z tytułu zakażenia HIV z art. 156 § 1 w przypadku tzw. bezobjawowego zakażenia HIV. Jednakże uznaje, iż jest to możliwe w pozostałych trzech przypadkach. Zgodnie z interpretacją choroby „realnie zagrażającej życiu” z art. 156 § 1 możemy uznać, iż zależy to od konkretnego przypadku, bowiem właśnie przymiotnik „realnie” zagrażająca życiu wymaga nie określenia czy ta choroba poważnie zagraża życiu, ale decyduje indywidualna sytuacja. Zgodnie z poglądem Sądu Najwyższego słowo „realnie” nie odnosi się do przeważającej liczby wypadków, lecz do konkretnego, jednostkowego wypadku, w którym owa realność zagrożenia

⁴⁷ M. Filar, *Karalność zakażenia HIV*, (w:) *AIDS i prawo karne*, (red.) A. Szwarz, Poznań 1996, s. 15.

życia musi być jednoznacznie oznaczona⁴⁸. Z tego względu, w przypadku bezobjawowego zakażenia, nie istniałaby możliwość pociągnięcia do odpowiedzialności z tytułu spowodowania ciężkiego uszczerbku na zdrowiu (156 § 1).

W niektórych przypadkach można także rozważać pociągnięcie do odpowiedzialności z art. 148 k.k.⁴⁹. Odpowiedzialność z art. 148 zależy od indywidualnych okoliczności występujących w danej sprawie. Także od strony podmiotowej, a więc w jakim kierunku skierowany był zamiar sprawcy: czy tylko na zakażenie HIV czy też na spowodowanie śmierci człowieka. Jeżeli sprawca, poprzez zakażenie wirusem HIV, chce zabić inną osobę lub też ma świadomość możliwości tego i na to się godzi, taka odpowiedzialność jest możliwa. Powstaje problem związany z różnymi stopniami zakażenia wirusem HIV: nie zawsze i nie w każdym przypadku prowadzi ono do śmierci. Czy w takim przypadku możemy przypisać usiłowanie zabójstwa? Przypadek skazania za usiłowanie zabójstwa w przypadku zakażenia HIV miał miejsce w Duisburgu, gdzie oskarżony, zarażony wirusem HIV, zdenerwowany na swoją konkubinę za wypicie przez nią ostatniej butelki coca-coli, wstrzyknął za pomocą strzykawki dawkę swojej własnej krwi w celu spowodowania jej śmierci. W Amsterdamie także skazano za usiłowanie zabójstwa osobę, która wstrzyknęła swojej byłej przyjaciółce krew osoby zarażonej.⁵⁰

Kwestia odpowiedzialności karnej za usiłowanie zabójstwa zależy w tym przypadku od tego, czy uznamy zakażenie wirusem HIV za działanie bezpośrednio zmierzające do dokonania. Bezpośrednie zmierzanie do dokonania zachodzi wówczas, gdy zagrożenie dla dobra prawnego zmienia się z abstrakcyjnego w konkretne. Można powiedzieć, iż zakażenie wirusem HIV spełnia to kryterium, bowiem konkretyzuje zagrożenie dla życia człowieka. Śmierć z tego powodu może wystąpić w bardzo długim okresie od zakażenia, ale nie powinno to mieć znaczenia dla przypisania odpowiedzialności za usiłowanie zabójstwa.

Ciekawą kwestią w zakresie odpowiedzialności za narażenie lub też za zakażenie wirusem HIV jest zagadnienie funkcjonowania zgody jako okoliczności wyłączającej bezprawność. Zgoda pokrzywdzonego jest jednym z podstawowych kontratypów pozaustawowych. W doktrynie⁵¹ rozwinęły się różne poglądy w tym zakresie, określające warunki udzielenia takiej zgody. Uznaje się, iż aby zgoda mogła być skuteczna powinna spełniać cztery kryteria:

- 1) musi być dobrowolna,
- 2) podjęta świadomie; osoba wyrażająca zgodę musi zdawać sobie sprawę z wartości narażanego dobra,
- 3) dotyczy określonego dobra, nie może mieć charakteru ogólnego,
- 4) musi istnieć w chwili czynu.

⁴⁸ Wyrok SNz dnia 4 lutego 2000 r. V KKN 137/99, OSNKW 2000, nr 3–4, poz. 31.

⁴⁹ Tak m.in. K. Daszkiewicz, *Przestępstwa...*, op. cit., s. 401.

⁵⁰ Por. M. Filar, *Karalność...*, op. cit., s. 25

⁵¹ Szerzej poruszone w: A. Gubiński, *Zgoda pokrzywdzonego*, PiP 1960, nr 7; A. Spotowski, *Zezwolenie uprawnione i zgoda pokrzywdzonego a odpowiedzialność karna*, PiP 1972, nr 3.

Zacznijmy od narażenia na zakażenie wirusem HIV. Zgodnie z art. 161 § 3 k.k. ściganie przestępstwa narażenia na zakażenie wirusem HIV następuje na wniosek pokrzywdzonego. W tym wypadku kwestia zgody osoby pokrzywdzonej jest wtórna. W przypadku wyrażenia zgody przez daną osobę na narażenie na takie zakażenie przeważnie skutkowałoby to brakiem złożenia takiego wniosku, sprawca nie podlegałby odpowiedzialności karnej. Jednakże mogą zaistnieć także przypadki wyrażenia przez kogoś zgody, a potem złożenia wniosku o ściganie przestępstwa w wyniku późniejszego rozmyślenia się. Można uznać, iż zgoda pokrzywdzonego, przy spełnieniu wymienionych powyżej przesłanek, wyłączałaby bezprawność czynu, bowiem skoro ustawodawca uznaje, iż dane przestępstwo może być ścigane tylko na wniosek pokrzywdzonego, uznaje również, iż do dysponenta dobrem należy decyzja co do narażenia na zakażenie. Dlatego wyrażenie przez niego zgody powinno skutkować wyłączeniem bezprawności. W związku z powyższym zgoda ofiary co do zasady jest ważna w przypadkach narażenia na zakażenie, kiedy nie doszło do rozwinięcia AIDS⁵².

Inaczej przedstawia się sytuacja w przypadku art. 156 § k.k., bowiem w grę wchodzi dobra mające wyjątkowe znaczenie dla jednostki: zdrowie oraz życie. Zakażenie wirusem HIV, a w konsekwencji nabycie AIDS stanowi ciężki uszczerbek na zdrowiu i uznaje się, iż nie można przyznać w tym zakresie jednostce prawa do całkowicie swobodnego dysponowania tym dobrem. Nie chodzi tylko o dobro osoby zarażonej wirusem HIV, ale także o dobro społeczeństwa, bowiem może ona, przy zaistnieniu określonych okoliczności, narażać na zakażenie inne osoby. Wobec tego kwestia zgody zarówno przy zabójstwie, jak i ciężkim uszczerbku na zdrowiu nie mogłoby mieć znaczenia dla pociągnięcia sprawcy do odpowiedzialności karnej. Jednakże lekkomyślność ofiary wyrażającej zgodę na ryzykowne współżycie może mieć wpływ na zmniejszenie wymiaru kary.⁵³ Przeciwny pogląd został wyrażony przez J. Warylewskiego. Twierdzi on, iż nawet w przypadku zarażenia pokrzywdzonego, jego zgoda nadal powoduje bezprawność, pokrzywdzony bowiem podejmuje decyzję wraz z wszelkimi jej konsekwencjami⁵⁴.

Podsumowując, pozytywnie należy ocenić wprowadzenie osobnego typu czynu zabronionego narażenia na zakażenie HIV, ze względu na społeczną doniosłość tego typu zagrożenia, jednakże niesłuszne jest zawężenie zakresu podmiotowego. Należałoby go rozszerzyć na osoby niezakażone wirusem HIV, bowiem takie przypadki także mają miejsce.

Zawężając i reasumując powyższe uwagi do sytuacji narażenia na zakażenie oraz zakażenia wirusem HIV dokonanego drogą płciową, należy zauważyć, iż w świetle obowiązującego kodeksu karnego odpowiedzialność za te czyny może kształtować się następująco:

⁵² Por. E. Zielińska, S. Frankowski, *Legal responses to AIDS – a polish perspective*, (w:) *Legal responses to AIDS in comparative perspective*, (red.) S. Frankowski, Haga 1998, s. 370.

⁵³ Ibidem.

⁵⁴ J. Warylewski, *Przestępstwa seksualne*, Gdańsk 2001, s. 388.

- na wniosek pokrzywdzonego (art. 161 § 3 k.k.) sprawcę można pociągnąć do odpowiedzialności karnej w związku z bezpośrednim narażeniem na zakażenie wirusem HIV (art. 161 § 1 k.k.);
- w przypadku faktycznego zarażenia wirusem może wchodzić w grę również odpowiedzialność z art. 156 § 1, a w przypadkach skrajnych również art. 148 k.k.;
- w przypadkach jedynie narażenia na zakażenie (art. 161 § 1 k.k.), bez rozwinięcia AIDS, zgoda ofiary w zasadzie wyłącza odpowiedzialność;
- w sytuacji zarażenia HIV i znacznego pogorszenia stanu zdrowia lub nawet śmierci ofiary jej ewentualna zgoda nie wyłączałaby odpowiedzialności karnej z art. 156 § 1.

W Polsce odmiennie niż w Szkocji i Anglii istnieje specyficzne przestępstwo, które w założeniu jest reakcją prawa karnego na zjawisko, jakim jest rozprzestrzenianie się HIV i AIDS. Art. 161 § 1 k.k. zawiera jednak liczne ograniczenia. Dotyczą one przede wszystkim zakresu podmiotowego. Brzmienie tego przepisu, a także jego komplementarność z innymi przepisami k.k. powoduje, iż nie reguluje on kompleksowo całości problemów, jakie niesie narażenie na zakażenie oraz zakażenie wirusem HIV. Do sytuacji, w których doszło do faktycznego zarażenia wirusem HIV, mogą mieć bowiem zastosowanie także zasady odpowiedzialności z art. 156 § 1 k.k. oraz art. 148 k.k..

Podstawową różnicą z dotychczasowymi precedensami w Wielkiej Brytanii jest fakt, iż w świetle prawa polskiego odpowiedzialność karna może już wystąpić w przypadkach samego narażenia na zarażenie, mimo że do faktycznego zarażenia nie doszło. Wydaje się, iż motywem dla wprowadzenia takiej odpowiedzialności jest założenie, iż nosiciel wirusa HIV ma nie tylko moralny, ale także prawny obowiązek szczególnej ostrożności w kontaktach z innymi, w tym informowania swych partnerów seksualnych o swoim stanie zdrowia. L. Kubicki wskazuje, iż celem tej regulacji jest wytworzenie w osobach noszących HIV pozytywnych zachowań w stosunku do reszty społeczeństwa⁵⁵. Wydaje się, iż słusznie przestępstwo to jest ścigane tylko na wniosek ofiary, a także trafne są spostrzeżenia doktryny, iż ewentualna zgoda na odbycie stosunku seksualnego z osobą zarażoną mimo wiedzy na ten temat wyłącza odpowiedzialność karną w tych przypadkach.

Odmiennością polskiego uregulowania jest okoliczność, iż w polskiej doktrynie w zasadzie panuje zgoda co do faktu, iż w przypadkach faktycznego zarażenia wirusem HIV oraz rozwinięcia się choroby w ciele ofiary (a w skrajnych sytuacjach nawet jej śmierci) ewentualna jej zgoda nie wyłącza odpowiedzialności. Sąd Apelacyjny w sprawie *R. v. Dica*, opierając się na dotychczasowym prawie precedensowym, nie zdecydował się na przyjęcie takiego rozwiązania. Wydaje się,

⁵⁵ L. Kubicki, *Przestępstwo narażenia na zarażenie wirusem HIV w projekcie kodeksu karnego*, „Seksuologia” 1995, nr 5–6, s. 8.

iz sprawa moze byc kontrowersyjna. Podane w tym wyroku przyklady wskazuja, iz specyfika i bogactwo zycia seksualnego czlowieka moze przynosic sytuacje, w ktorych przyjecie kontratypu zgody ofiary byloby czasami bardziej pozadane.

Podobnie jak w Szkocji i Anglii takze w Polsce warunkiem odpowiedzialnosci karnej jest posiadanie wiedzy przez sprawce o swoim nosicielstwie. Skutki spoleczne takiego zalozenia wybiegaja poza zakres niniejszego opracowania. Jednak wspomniana przy omawianiu spraw brytyjskich dyskusja tym wywolana jest godna uwagi i analizy na gruncie polskim.

Wydaje sie, iz zlozonosc problemu i wzalilivosc sfery, jakiej dotyczy, powoduje, iz takze w Polsce, mimo wprowadzenia przestepstwa z art. 161 § 1, stan prawny nie jest w pelni jasny i stabilny. Znaczenie spoleczne problemu w pelni uzasadnia prowadzenie poglabionych badan porownawczych w celu optymalizowania przyjetych rozwiadan lub tez wprowadzania w nich zmian.

JAROSŁAW SOZAŃSKI



ZAWIERANIE UMÓW MIĘDZYNARODOWYCH ORAZ INNYCH POROZUMIEŃ MIĘDZY WSPÓLNOTAMI I WŁADZAMI TERYTORIALNYMI NA PODSTAWIE KONWENCJI MADRYCKIEJ Z 1980 R.

ZARYS PROBLEMU

Porozumienia międzynarodowe wspólnot terytorialnych, będące często *umowami partnerskimi* lub *bliźniaczymi*¹, stały się popularne w ostatnim ćwierćwieczu, zyskując znaczenie w obrocie międzynarodowym głównie za sprawą konwencji madryckiej Rady Europy z 1980 r. (*vide* niżej). Przybierają one postać porozumień miast, gmin i okręgów, a ostatnio zwłaszcza regionów (euroregionów) oraz obejmują współpracę transgraniczną w sferze ekonomiczno-społecznej, kulturalnej i administracyjnej. Oprócz konwencji madryckiej, odwołują się one do innych norm międzynarodowych, w tym do standardów traktatowych, postanowień Rady Europy i UE (WE) oraz na regulacji krajowych. Są one nadrzędne wobec towarzyszących im uzgodnień publiczno- i cywilnoprawnych. Przy istotniejszych porozumieniach tego typu (z wyjątkiem tzw. umów sąsiedzkich) przed ich zawarciem bywa wymagana zgoda władz centralnych danego państwa lub *de minimis* powiadomienie MSZ. Struktury terytorialne jako strony porozumień nie są podmiotami międzynarodowymi (nie posiadają *ius contrahendi*), stąd porozumienia te nie mogą być uznawane za umowy międzynarodowe², chyba że zawarto je między kompetentnymi organami państw lub w ich imieniu. Jest to istotne

¹ Zgodnie z art. 2 konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów z 1969 r. (dalej KPT) oraz ustaloną praktyką porozumienie jest kategorią szerszą od umowy międzynarodowej (obejmuje porozumienia międzynarodowe wiążące i niewiążące prawnie). Istnieją ponadto (w różnej formie) uzgodnienia. Porozumienia można również dzielić na publiczno- i prywatnoprawne. Porozumienia można też dzielić na publicznoprawne i prywatnoprawne. Por. np. J. Sozański, *Porozumienia międzynarodowe Wspólnot i Unii Europejskiej*, Toruń 2007, s. 47 i n.

² Spośród podmiotów prawa traktatów, słabiej opracowany w literaturze jest problem statusu organów międzynarodowych oraz konferencji międzynarodowych. Por. np. M. Słok, *Uczestnictwo Unii w Instytucjach międzynarodowych – implikacje dla bezpieczeństwa międzynarodowego*, „Ius Novum” 2007, nr 2–3, s. 126 i n. Zob. także J. Menkes, A. Wasilkowski, *Organizacje międzynarodowe. Zagadnienia systemowe*, Warszawa 2004, s. 17 i n. i Id., *Organizacje międzynarodowe. Prawo instytucjonalne*, Kraków 2006, s. 29 i n.

i stosunkowo nowe zagadnienie doktryny i praktyki prawa traktatów, dotąd raczej pomijane w opracowaniach prawnomiędzynarodowych.

1. Współpraca władz i wspólnot terytorialnych w Europie

Kwestie terminologiczne. Wspólnoty terytorialne są utożsamiane w publikacjach z wyższymi szczeblami samorządu (powiatu, okręgu, województwa, regionu) oraz odróżniane od samorządu lokalnego, a to pojęcie przypisywane jest najniższemu jego szczeblom (gminom)³. Jednak takie ujęcie nie stanowi reguły, co potwierdza konwencja europejska ramowa o współpracy transgranicznej między wspólnotami i władzami terytorialnymi zawarta w Madrycie 21.05.1980 r.⁴ (dalej konwencja madrycka), która odnosi to pojęcie do władz i wspólnot wszystkich szczebli samorządu.

Umową międzynarodową zaś według konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów z 1969 r.⁵ jest porozumienie między państwami zawarte w formie pisemnej i regulowane prawem międzynarodowym (art. 2). Zgodnie z prawem traktatów umowy takie, oprócz państw suwerennych, mogą być zawierane także inne podmioty międzynarodowe (organizacje międzynarodowe, Stolica Apostolska, Zakon Maltański oraz państwa *in statu nascendi*) posiadające zdolność traktatową⁶. Atrybutu takiego nie uzyskują natomiast struktury niemające podmiotowości międzynarodowej, stąd godny uwagi jest status porozumień zawieranych przez wspólnoty terytorialne na podstawie konwencji madryckiej⁷. Nie ma natomiast jednolitości (*vide* niżej) co do znaczenia nazw takich, jak miasta partnerskie lub bliźniacze, współpraca transgraniczna, euroregiony oraz związki lub korporacje miast i gmin.

³ Oprócz nazwy *gmina* spotyka się też terminy: *komuna*, *gromada*, *parafia* i in. Szerzej kwestie te zob. m.in.: J. Boć, *Prawo administracyjne*, Warszawa 2003; Z. Bukowski i in., *Ustrój samorządu terytorialnego*, Toruń 2003; R. Chrabąszcz i in., *Administracja w wybranych krajach Europy Środkowo-Wschodniej*, Kraków 2003; S. Haggroth, *Samorząd terytorialny w Szwecji. Tradycja i reformy*, Sztokholm 1999; E.J. Nowacka, *Samorząd terytorialny w ustroju państwowym*, Warszawa 2006. Istnieją kraje, np. Wlk. Brytania, gdzie gminy (ich odpowiedniki) nie są samorządowe (self-government).

⁴ Polska ratyfikowała tę konwencję (większość jej postanowień) w 1993 r. Tekst polski (i oryginalny) *vide* Dz.U. z dnia 10 lipca 1993 r., Nr 61, poz. 287. Do konwencji tej zawarto 9.11.1995 i 5.05.1998 r. protokoły dodatkowe (ETS 159 i 169).

⁵ Konwencja weszła w życie 27.01.1980 r., a Polska jest jej stroną od 2.07.1990 – por. Dz.U. z 1990 r., Nr 74, poz. 439. W literaturze cytowana jako KPT. Szerzej M. Frankowska, *Prawo traktatów*, Warszawa 2007.

⁶ Zdolność traktatową mogą mieć też organy międzynarodowe oraz (wyjątkowo) konferencje międzynarodowe.

⁷ Słabiej opracowano w literaturze problem statusu organów międzynarodowych oraz konferencji międzynarodowych, co może wywoływać pewne nieporozumienia. Por. np. M. Stok, *Uczestnictwo Unii w instytucjach międzynarodowych...*, op. cit., s. 126 i n. Zob. także T. Łoś-Nowak, *Organizacje w stosunkach międzynarodowych*, Wrocław 2004, s. 19 i n. oraz J. Menkes, A. Wasilkowski, *Organizacje międzynarodowe. Zagadnienia ...*, op. cit., s. 17 i n. i Id., *Organizacje międzynarodowe. Prawo...*, op. cit., s. 29 i n.

Elementy i zakres współpracy władz i wspólnot terytorialnych. Oprócz konwencji madryckiej wiele aktów europejskich ma bezpośredni lub pośredni wpływ na stymulowanie współpracy wspólnot lokalnych. Do najważniejszych należy zaliczyć: Europejską Kartę Samorządu Terytorialnego (15.10.1985) oraz Europejską Kartę Samorządu Regionalnego (5.06.1997). Akty te trzeba postrzegać szerzej z implikacjami płynącymi ze Statutu RE oraz praktyki prawnej Rady Europy (RE). W Statucie RE fundamentalne znaczenie nadano demokracji, wolności, rządowi prawa i ochronie praw człowieka, co powtórzono też w traktatach założycielskich WE i UE. Dużą rolę odgrywa też idea regionalizmu (tzw. Europy regionów)⁸. Wśród konwencji RE istotne znaczenie ma Europejska konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności wraz z protokołami i orzecznictwem ETPC. Obie zaś wspomniane w przypisie Karty Samorządu ustanawiają określone standardy uprawnień (kompetencji) dla poszczególnych społeczności lokalnych (terytorialnych) i ich władz⁹.

Istotną rolę w omawianej sferze spełnia Komitet Regionów UE¹⁰ oraz Kongres Władz Lokalnych i Regionalnych RE („następca” Rady Gmin i Regionów Europy)¹¹, które wniosły duży wkład w rozwój współpracy transgranicznej i miast bliźniaczych. Obecnie pomiędzy miastami 15 państw członkowskich starej Unii Europejskiej istnieje ponad 7000 oficjalnych partnerstw (tzw. umów bliźniaczych) oraz drugie tyle porozumień o współpracy innych jednostek. Najwięcej takich kontaktów nawiązały gminy państw skandynawskich, co odnosi się do 93% gmin Szwecji, 84% – Danii, 81% – Finlandii oraz Belgii (67%) i Holandii (59%). Przodują pod tym względem Francja (2837 gmin), Niemcy (2455 gmin) i Wielka Brytania (1124)¹². Partnerstwa miast zachodnioeuropejskich służyły budowaniu

⁸ Szerzej Z. Czachór, Z. Mojsiewicz, *Leksykon Unii Europejskiej*, Wrocław 2002, s. 140 i n.

⁹ Europejska Karta Samorządu Terytorialnego, uchwalona przez Radę Europy 15.10.1985 roku (konwencja strasburska) daje jednostkom terytorialnym ogólne kompetencje do współpracy transgranicznej. Wg art. 10 pkt 3 społeczności lokalne mogą współpracować ze społecznościami innych państw na warunkach określonych prawem. Konwencję ratyfikowało 40 państw, w tym Polska, która przyjęła ją w całości. Europejska Karta Samorządu Regionalnego z 5.06.1997 r. (akt Kongresu Władz Lokalnych i Regionalnych Europy) przyznaje regionom uprawnienia do prowadzenia współpracy transgranicznej. Regiony powinny także posiadać prawo tworzenia własnego ustawodawstwa w ramach określonych ustawami poszczególnych krajów. Z kolei Europejska Karta Regionów Granicznych i Transgranicznych powstała w 1981 r.; do 1995 r. (przyjęta przez Polskę) nosiła nazwę Europejskiej Karty Regionów Przygranicznych. Stowarzyszenie Europejskich Regionów Granicznych w Szczecinie (Euroregion Pomierania) dokonało zmiany nazwy oraz uaktualniono tekst Karty tak, by uwzględniał sytuację geopolityczną w Europie Środkowo-Wschodniej. Karta nie jest międzynarodowym aktem prawnym, choć bywa uznawana za standard współpracy transgranicznej. Omówienie zob. np. M. Barański i in., *Samorząd terytorialny i wspólnoty lokalne*, Warszawa 2007, s. 187 i n.

¹⁰ Szerzej por. m.in. C. Mik, *Europejskie prawo wspólnotowe. Zagadnienia teorii i praktyki*, t. I, Warszawa 2000, s. 87 i n. Zob. też „Biuletyn Informacyjny Komitetu Regionów” 2008, nr 53, s. 3 i n.

¹¹ Idea nawiązywania bezpośrednich, stałych kontaktów pomiędzy miastami i gminami powstała po II w. św. Wielką rolę w tym przedsięwzięciu odegrały społeczności lokalne nawiązujące kontakty bliźniacze, zwłaszcza miasta Niemiec i Francji. Szerzej por. m.in.: T. Łoś-Nowak, *Organizacje...*, op. cit., s. 269 i n. oraz *Prawo Rady Europy. W stronę ogólnoeuropejskiej przestrzeni prawnej*, pr. zb., Warszawa 2008, s. 33 i n.

¹² Partnerstwa wychodzą także poza Europę. Natomiast Polska najwięcej partnerów ma w Niemczech – ok. 400, w Holandii (137) i Francji (125), a 43,5% tych kontaktów nawiązano w latach 1991–1994. Połowa

wspólnej Europy, wyprzedzając powołanie struktur integracyjnych. Były one wspierane przez krajowe związki miast i gmin, a także przez Radę Gmin i Regionów Europy (RE). W Europie Środkowo-Wschodniej przed 1990 r. istniały stosunkowo nieliczne kontakty partnerskie ze wspólnotami lokalnymi Europy Zachodniej. Później ich liczba gwałtownie wzrosła, a nawiązane wcześniej kontakty zostały wypełnione nową, bardziej dynamiczną i praktyczną treścią¹³.

Euroregiony to współpraca regionów dwóch lub więcej państw, powoływana zwykle na podstawie prawa wewnętrznego. Mogą być nimi korporacje samorządowe lub władze lokalne (zwykle wyższego szczebla). Jednak termin „euroregion” nie występuje zazwyczaj w oficjalnych dokumentach o wymianie transgranicznej między państwami lub w aktach Unii Europejskiej. Terminami oficjalnymi są tu natomiast *współpraca transgraniczna* i *regiony transgraniczne*. Terminem *współpraca transgraniczna* oznacza się każde uzgodnione działanie dwóch państw obejmujące regiony oraz gminy po obu stronach granicy¹⁴. Istnieje też wiele asocjacji międzynarodowych różnych społeczności lokalnych, np. od Stowarzyszenia Europejskich Regionów Granicznych po Związek Miast Historycznych¹⁵. Wspomniane konwencje europejskie odgrywają dla nich oraz dla niezliczonych porozumień bilateralnych istotną rolę. Nieco inny wymiar i aspekt mają unijne Europejskie Ugrupowania Współpracy Terytorialnej (dalej EUWT)¹⁶ oraz polityka regionalna i spójności WE.

Instrumenty powyższe służą rozwojowi współpracy władz i wspólnot terytorialnych, przyczyniając się do tego głównie poprzez wymianę idei i doświadczeń.

2. Charakter i główne cele konwencji madryckiej RE z 1980 r.

2.1. Powstanie konwencji i protokołów do niej. Struktura, cele i normy konwencji

W 1966 r. Zgromadzenie Konsultacyjne RE przyjęło Rekomendację nr 470 w sprawie europejskiej współpracy władz lokalnych, w której (bezsukcesyjnie) zalecało Komitetowi Ministrów opracowanie takiej konwencji. Komitet Ministrów zajął się tą kwestią dopiero na sesji w Paryżu w 1975 r. Wcześniej zlecił Komisji RE ds. współpracy municypalnej i regionalnej przygotowanie

miejscowości ma więcej niż jednego partnera za granicą, a miasta powyżej 100 tys. mieszkańców mają ich przeciętnie po 10. Por.: www.panorama miast.pl

¹³ Por. np. A.J. Brodzińska, *Rola i historyczny wymiar idei współpracy miast partnerskich w zachodniej Europie*, www.miastapartnerskie.pl (3.06.2008).

¹⁴ Por. W. Malendowski, M. Szczepaniak (red.), *Euroregiony mosty do Europy bez granic*, Warszawa 2000, s. 21 i n. oraz www.euroregion.pl

¹⁵ Polskie prawo nie pozwala jednostkom samorządu terytorialnego przystępować do zagranicznych korporacji.

¹⁶ Por. regulacje UE, np. rozporządzenie PE i Rady o EUWT, OJ L z 1.07.2006 r., 216/16 oraz rezolucja legislacyjna PE – OJ C 157E/308 z 6.07.2006 r. Akty te podkreślają, że Komisja powinna zapewnić zgodność wym. rozporządzenia z konwencją madrycką, a zwłaszcza z trzecim protokołem do niej (dotyczącym EUWT, który jeszcze nie wszedł w życie).

studium nt. współpracy władz lokalnych w regionach przygranicznych¹⁷. Na tej podstawie ministrowie przyjęli w lutym 1974 Rezolucję nr 8 (74) zalecającą podjęcie środków organizacyjnych i prawnych dla ułatwienia i promocji takiej współpracy. Włączono też opracowanie tej konwencji do Międzyrządowego Programu Współpracy. Ekspertzy z Szwecji, Włoch, Belgii, Szwajcarii i Francji przygotowali projekt konwencji w sierpniu 1976 r., który zaakceptowała konferencja ministrów w Atenach, a następnie Zgromadzenie Parlamentarne (Rekomendacje 784/1976 i 802/1977) i Komitet Ministrów. Najtrudniejszą sprawą było ustalenie mocy wiążącej oraz metod stosowania konwencji, a także dołączonych do niej wzorów porozumień i uzgodnień, co sformułowano ostatecznie jako art. 3 § 1–5. Zgromadzenie Parlamentarne przyjęło pozytywną opinię nr 96/1979 w sprawie projektu konwencji, uznając, że może ona „stanowić podstawę nowej doktryny prawa międzynarodowego rządzącego stosunkami sąsiedzkimi poprzez granice, a także podziałem odpowiedzialności między władzami lokalnymi”, a zawierane porozumienia „mają dawać obiegową informację o współpracy transgranicznej państw członkowskich na poziomie regionalnym i lokalnym. Wskazano zarazem na potrzebę dołączenia protokołów do konwencji. Komitet Ministrów zwołał do Madrytu w dniach 21–23.05.1980 r. konferencję ministrów odpowiedzialnych za samorządy lokalne w celu przyjęcia konwencji ramowej o współpracy transgranicznej między władzami i samorządami terytorialnymi (zw. dalej konwencją lub konwencją madrycką). Konwencja weszła w życie 22.12.1981 r.¹⁸, ale przez wiele lat istniały spore problemy prawne z jej implementacją (uzgodnienia między samorządami lokalnymi często nie miały mocy prawnej w państwach-stronach¹⁹). Stąd konieczne było przyjęcie do nich protokołów dodatkowych nr 1 i 2 w 1995 i w 1998 r.²⁰ W 2006 r., w związku z utworzeniem EUWT (rozporządzeniem PE i Rady nr 1082/2006) powstała inicjatywa przyjęcia trzeciego protokołu do konwencji madryckiej, uwzględniającego tę formę współpracy.

Konwencja madrycka RE składa się z tekstu głównego (preambuła i 12 artykułów) oraz dwóch załączników zawierających wzory porozumień i uzgodnień. Załącznik nr 1 zawiera wzory 14 porozumień międzyrządowych, choć spośród nich nazwę taką nosi tylko 9 (ściślej 8 zakwalifikowano jako „inter-state” a 1 jako „inter-governmental”), a jednocześnie jej przepisy eksponują podstawową rolę

¹⁷ To studium zostało opublikowane w 1973 r. jako zeszyt nr 6 serii „Local and regional authorities in Europe”.

¹⁸ Polskę wiąże od 10.07.1993 r. – Dz.U. z 1993 r., Nr 61, poz. 287. Co ciekawe, w polskim tekście konwencji przytoczono załączniki jedynie z wzorami 1.1-1.5 oraz 2.1-2.6, nie podając wyjaśnienia powodów tego ich ograniczenia. Należy wnosić, że zgodnie z regulacjami konwencji Polska wykluczyła niektóre jej przepisy.

¹⁹ Standing Conference of Local and Regional Authorities of Europe (CLRAE), Resolution 227 of March 1991.

²⁰ Opublikowane odpowiednio: w CETS 159 – wszedł w życie 1.12.1998 r. (protokół dod. nr 1) oraz w CETS 169 – wszedł w życie 1.02.2001 r. (nr 2). Obowiązują one odpowiednio 19 i 18 państw (stan na 1.01.2008).

pierwszych pięciu wzorów (1.1-1.5). Załącznik nr 2 zawiera 16 wzorów porozumień, statutów i uzgodnień między jednostkami lokalnymi, w tym umożliwiających powoływanie ciał mających osobowość prawną. Te postanowienia tworzą wzory aktów prawa publicznego i prywatnego, powiązanego jednak z konwencją i odnośnymi porozumieniami międzyrządowymi. Protokół nr 1 do konwencji wprowadza ponadto normy obligujące państwa-strony do nadania efektywności porozumieniom transgranicznym, w tym drogą przyjmowania odpowiednich przepisów prawa wewnętrznego, a jednocześnie do nadania tym jednostkom kompetencji służącej rozwijaniu takiej współpracy. Protokół nr 2 zaś uzupełnia i rozwija te postanowienia²¹.

Konwencja madrycka promuje w preambule rozwój integracji europejskiej i postuluje: a) współpracę między wspólnotami i władzami terytorialnymi obszarów przygranicznych w takich dziedzinach, jak: rozwój regionów, miast i wsi, ochrona środowiska, poprawa infrastruktury publicznej i usług dla ludności oraz wzajemna pomoc w razie katastrof; b) realizację celów integracji oraz rozwój obszarów przygranicznych; c) postęp gospodarczy i społeczny tych obszarów i umacnianie poczucia wspólnoty narodów Europy. Strony powinny wspierać współpracę transgraniczną drogą porozumień i uzgodnień z poszanowaniem odrębnych norm konstytucji każdego z państw (art. 1 konwencji). Współpracę transgraniczną ogranicza się przy tym do kompetencji wspólnot i władz terytorialnych, w sposób określony przez dane prawo wewnętrzne. Wyrażenie „wspólnoty i władze terytorialne” odnosi się tu do jednostek, urzędów i organów realizujących zadania lokalne i regionalne zgodnie z prawem wewnętrznym. Strony mogą określić jednostki, urzędy i organy, przedmiot i formy działania, do których zamierzają ograniczyć zakres stosowania konwencji bądź które zamierzają wyłączyć z zakresu jej stosowania (art. 2)²².

Strony powinny wspierać działania wspólnot i władz terytorialnych, uwzględniając przyjęte w ramach Rady Europy (RE), w tym załączone do konwencji, wzory porozumień, uzgodnień oraz statutów i umów. Wzory te nie mają charakteru wiążącego, lecz modelowy, a strony mogą zawierać inne porozumienia oraz mogą same wyznaczać formy i zakres współdziałania wspólnot terytorialnych,

²¹ Zgodnie z art. 8, pkt 2 konwencji madryckiej, RE przyjęła 9.11.1995 r. w Strasburgu protokół dodatkowy potwierdza w art. 1 pkt 2: „(...)Porozumienie o współpracy transgranicznej zobowiązuje do odpowiedzialności wspólnoty lub władze, które go podpisały”. Decyzje władz lokalnych, które są zgodne z międzynarodowymi umowami transgranicznymi oraz nie są sprzeczne z ustawodawstwem państw-stron mają moc prawną. Jednostki wchodzące w skład wspólnot terytorialnych mogą tworzyć organizacje współpracy transgranicznej. Natomiast jeśli organizacja bierze na siebie zadania, które są jej przypisane, powinna być traktowana w ustawodawstwie państw-stron jako osoba prawa publicznego lub prywatnego. Działalność organizacji nie może jednak kolidować z porządkiem prawnym państwa, od którego wspólnoty terytorialne są zależne. W przypadku gdy współpraca uzyskuje osobowość prawną, wtedy jest określana przez prawo strony, w której jest jej siedziba... 5.05.1998 r. przyjęto protokół dodatkowy nr 2 do konwencji. Polska dotąd nie przystąpiła do żadnego z tych protokołów, choć Rada Ministrów uroczyście obchodziła 25-lecie przyjęcia samej konwencji.

²² Por. np. J. Wojnicki, *Samorzędy lokalne w Polsce i w Europie*, Pułtusk 2008, s. 215 i n.

jednak bez szkody dla istniejących umów. Tworzone na ich podstawie porozumienia powinny być zawierane z poszanowaniem prawa wewnętrznego, a strony mogą określić organy właściwe do sprawowania kontroli i nadzoru wobec wspólnot i władz terytorialnych (art. 3). Według konwencji, strony podejmują wysiłki konieczne dla eliminowania takich problemów natury prawnej, administracyjnej lub technicznej, które mogą zakłócić pomyślną współpracę transgraniczną i jej rozwój (art. 4)²³. Zbadają też celowość przyznania wspólnotom terytorialnym takich samych możliwości działania, jakie daje współpraca międzypaństwowa (art. 5). Strony (na wniosek) dostarczają wszelkich możliwych informacji służących ułatwieniu wykonywania zobowiązań wynikających z konwencji (art. 6). Wspólnoty i władze terytorialne powinny być informowane o sposobach działania, pozostających w ich dyspozycji na podstawie konwencji (art. 7).

Strony mają obowiązek przekazywać Sekretarzowi Generalnemu RE wszystkie istotne informacje o zawartych porozumieniach i uzgodnieniach, dostarczając także pełen tekst tych umów (postanowienie to odnosi się do wszystkich porozumień, statutów i uzgodnień zawartych w zał. 1 i 2). Mogą też przekazywać propozycje uzupełnienia lub poszerzenia konwencji i porozumień wzorcowych, które Sekretarz Generalny przedłoży Komitetowi Ministrów RE w celu podjęcia stosownych decyzji (art. 8). Konwencja przewidziała, że wejdzie ona w życie po ratyfikacji przez 4 państwa członkowskie RE²⁴. Komitet Ministrów może zaprosić do konwencji także państwa spoza Rady Europy.

Porozumienia przewidziane w konwencji²⁵ są zawierane na okres 5 lat od chwili ich wejścia w życie. Ich moc przedłuża się automatycznie, każdorazowo na pięcioletnie okresy, o ile nie zostaną one wypowiedziane na sześć miesięcy przed upływem ważności. Jednak strona notyfikująca wypowiedzenie może ograniczyć jego skutki tylko do określonych artykułów, regionów geograficznych bądź też do wybranych sfer działalności. W takim przypadku porozumienie pozostaje w mocy w pozostałym zakresie, jeśli nie zostanie ono wypowiedziana przez którąkolwiek ze stron w ciągu 4 miesięcy od upływu częściowego wypowiedzenia. Strony mogą w dowolnym czasie uzgodnić okresowe zawieszenie porozumienia, a także zawieszenie lub zakończenie działalności danej komisji i komitetu.

²³ Por. R. Chrabąszcz i in., *Administracja...*, op. cit., s. 275 i n.

²⁴ Weszła ona w życie w 1981 r. Dotąd (lipiec 2008 r.) ratyfikowało konwencję 40 państw, w tym Polska, protokoły dodatkowe zaś – odpowiednio 19 i 18 państw.

²⁵ Natomiast sama konwencja madrycka zwierzana jest bezterminowo (po wejściu w życie), obowiązuje państwa w 3 miesiące po zatwierdzeniu lub ratyfikacji, a jej wypowiedzenie jest skuteczne w 6 miesięcy po notyfikacji.

3. Rodzaje i status prawny porozumień przewidzianych w konwencji ramowej

Ważniejsze porozumienia międzynarodowe (zał. 1) dotyczą wspierania współpracy transgranicznej, w tym drogą (kolejno): uzgodnień regionalnych, lokalnych uzgodnień, umownej współpracy między władzami lokalnymi oraz organów współpracy władz lokalnych. Nazwy tych wzorów nie oddają jednak ich rzeczywistej treści, gdyż dotyczą one kolejno (zał. 1.1-1.5): zagadnień ramowych współpracy, tworzenia Komisji, komitetów i wspólnych grup roboczych oraz tworzenia i funkcjonowania stowarzyszeń, związków wspólnot i władz terytorialnych²⁶. Wzory te poprzedzono uwagami wstępnymi i klauzulami ogólnymi podkreślając, że chodzi tu o stworzenie jednolitego systemu porozumień.

3.1. Klauzule ogólne porozumień międzypaństwowych według konwencji

W uwagach wstępnych do wzorów (zał. 1) podkreślono, że zawarcie przez państwa porozumień w sprawie rozwoju współpracy transgranicznej między władzami lokalnymi przyniesie pozytywne skutki pod względem:

- formalnego uznania zgodności z prawem współpracy i zachęcania do niej władz lokalnych, jak też określenia warunków nadzoru i kontroli oraz wymiany informacji między państwami;
- możliwych związków między tymi formami współpracy oraz innymi procedurami działań przewidzianymi dla uzgodnionych działań na obszarach przygranicznych;
- zmian tych przepisów i ich wykładni, które utrudniają współpracę transgraniczną itd.

Pierwszy wzór daje podstawowy, normatywny model porozumienia, który można uzupełniać pozostałymi umowami i uzgodnieniami, korzystając z jednego, wielu, a nawet wszystkich wzorów. W przypadku państw o zbliżonych systemach prawnych, np. państw skandynawskich, niektóre porozumienia, w tym szczególnie, mogą okazać się zbędne.

W klauzulach ogólnych do porozumień wzorcowych stwierdzono m.in., że:

- władze lokalne i regionalne są określane wg prawa wewnętrznego danego państwa;
- strony informują władze regionalne i lokalne o możliwościach działania, zachęcają do korzystania z nich, przy poszanowaniu uprawnień władz lokalnych według prawa poszczególnych państw-stron;

²⁶ Porozumienia międzypaństwowe (inter-state) przewidują wzory 1.1.-1.5., 1.11, 1.12 i 1.14, a porozumienie międzyrządowe (inter-governmental) wzór 1.7, choć wszystkie te porozumienia mają w istocie charakter międzyrządowy. Natomiast pozostałe z 14 porozumień mają charakter wykonawczy i odnoszą się bezpośrednio do współpracy jednostek terytorialnych. Polska ratyfikowała jedynie wzory 1.1-1.5. W kilku porozumieniach zawarto alternatywne grupy przepisów (podobnie jest we wzorach w załączniku 2).

- określenie *władze nadrzędne* odnosi się do władz wyznaczonych przez każdą ze stron;
- każde państwo może w dowolnym czasie określić części swojego terytorium, przedmiot i formy współpracy, co do których porozumienie nie będzie miało zastosowania;
- strony powinny informować na bieżąco Sekretarza Generalnego RE o działaniach komisji, komitetów i innych gremiów wypełniających zadania określone danym porozumieniem;
- strony, drogą wymiany not, mogą dokonywać nieznacznych zmian w danym porozumieniu;
- każda ze stron notyfikuje pozostałym zakończenie wymaganego postępowania dotyczącego wejścia w życie danego porozumienia, zwykle w dniu ostatniej notyfikacji.

Odnosić tu należy nieliczne odstępstwa powyższych wzorów od standardów prawa traktatów²⁷. Jednym z nich jest brak odróżniania umów międzypaństwowych od umów międzyrządowych (w tekście konwencji i w klauzulach ogólnych mówi się o umowach międzypaństwowych, a we wzorach porozumień jako strony występują rządy)²⁸.

3.2. Poszczególne porozumienia wzorcowe według konwencji madryckiej

3.2.1. Wór podstawowego porozumienia o wspieraniu współpracy transgranicznej

Pierwszy wzór porozumienia międzyrządowego (zał. 1.1) zawiera podstawowe postanowienia i jest przewidziany do zawarcia samodzielnie bądź też łącznie z jednym lub wieloma porozumieniami wzorcowymi. W art. 1 strony zobowiązują się do wspierania działań na rzecz współpracy transgranicznej na szczeblu regionalnym i lokalnym (nie przewidziano tu *expressis verbis* szczebla pośredniego, np. powiatów, co nie stanowi przeszkody w jego uwzględnieniu). Przez pojęcie współpracy transgranicznej rozumie się wszystkie uzgodnione przedsięwzięcia natury administracyjnej, technicznej, gospodarczej, społecznej i kulturalnej, zmierzające do rozwoju sąsiedzkich stosunków między obszarami po obu stronach granicy, jak również zawieranie stosownych porozumień przyczyniających się do rozwiązywania występujących w tej sferze problemów. Przedsięwzięcia te powinny być ukierunkowane zwłaszcza na poprawę rozwoju regionów i miast, ochronę bogactw naturalnych, wzajemną pomoc w przypadku katastrof i nieszczęść oraz poprawę funkcjonowania służb publicznych.

²⁷ Podkreślić jednak trzeba, że konwencję przygotowano jeszcze przed wejściem w życie KPT. O odróżnianiu porozumień (umów) międzypaństwowych i międzyrządowych mówi A. Wyrozumska, *Umowy międzynarodowe. Teoria i praktyka*, Warszawa 2006, PiPG, s. 37 i n.

²⁸ Zob. ustawa ratyfikacyjna, załącznik, Dz.U. z 1993 r., Nr 61, poz. 287.

Art. 2 stanowi, że strony dołożą starań dla zapewnienia władzom regionalnym niezbędnych środków do nawiązania współpracy. Ponadto będą wspierać przedsięwzięcia władz lokalnych, zmierzające do nawiązania i rozwoju współpracy transgranicznej (art. 3). Władze lokalne i regionalne państw-stron korzystają z takich samych ułatwień i takiej samej ochrony jak w przypadku współpracy międzypaństwowej. Strony troszczą się o zapewnienie niezbędnych środków na pokrycie kosztów działalności organów, którym w ramach porozumienia przydzielono zadania dla wspierania współpracy transgranicznej (art. 4).

Ewentualne zmiany postanowień, które mogłyby zakłócać współpracę transgraniczną, każda ze stron winna przedstawić do zbadania określonym organom, komisjom lub instytucjom stosownie norm wewnętrznym. Organy te zbadają w szczególności możliwości poprawy przepisów podatkowych i celnych, zasad działalności dewizowej oraz transferu kapitału, a także możliwości interwencji organów nadrzędnych, zwłaszcza w zakresie nadzoru i kontroli. Przed podjęciem tych działań strony porozumiewają się stosownie do potrzeb oraz wymieniają niezbędne informacje (art. 5 zał. 1.1). Należy podkreślić, że norma ta implikuje powoływanie przez omawiane porozumienia tzw. *komitetów traktatowych*; w omawianym przypadku nazywane komisjami. Art. 6 stanowi, że strony (w razie sporu) dołożą starań na rzecz doprowadzenia, w ramach postępowania rozjemczego bądź też w inny sposób, do rozwiązania kwestii spornych o znaczeniu lokalnym, wtedy gdy ich rozwiązanie stanowi przesłankę dla pomyślnej realizacji współpracy transgranicznej²⁹.

Porozumienie to tworzy regulacje ogólne i nosi cechy umowy ramowej, stąd przewiduje się jego zawieranie razem z innymi szczegółowymi porozumieniami. Spełnia ono też wszystkie cechy umowy międzynarodowej o charakterze rządowym i w każdym kraju powinno być podpisywane przez ministra właściwego do spraw administracji lub (w jego imieniu albo w imieniu rządu) przez inną osobę posiadającą pełnomocnictwa.

3.2.2. *Wzory porozumień szczegółowych o współpracy transgranicznej*

Wzór porozumienia międzypaństwowego o regionalnych uzgodnieniach transgranicznych (zał. 1.2) ma głównie na celu tworzenie Komisji i komitetów koordynujących tę współpracę. W uwagach wstępnych podkreślono, że może ono zostać zawarte odrębnie bądź też w razem z jednym lub wieloma porozumieniami³⁰. Art. 1 stanowi, że w celu wspierania uzgodnień transgranicznych strony ustanawiają Komisję Mieszaną oraz stosownie do potrzeb jeden lub większą liczbę komitetów regionalnych, którym powierza się rozpatrywanie spraw dotyczących

²⁹ Komisja ta może być uzupełniona (wzbogacona) o przedstawicieli władz centralnych. Zob. tekst konwencji w akcie ratyfikacyjnym, Dz.U. z 1993 r., Nr 61, poz. 287.

³⁰ Dz.U. z 1993 r., Nr 61, poz. 287.

uzgodnień transgranicznych³¹. Komisję i komitety tworzy się z osób delegowanych przez każdą ze stron. W skład delegacji do Komisji wchodzi nie więcej niż 8 członków, spośród których co najmniej 3 reprezentuje władze regionalne. Przewodniczący delegacji do komitetów lub ich zastępcy biorą udział w pracach Komisji z głosem doradczym³². Komitety są tworzone z inicjatywy Komisji oraz za zgodą władz regionalnych i lokalnych obszarów przygranicznych wskazanych w porozumieniu. W skład komitetów wchodzi ponadto 1 delegat wyznaczany przez władze centralne, którego wybiera się z organów reprezentujących władze centralne na danych obszarach przygranicznych. Komisja zbiera się co najmniej jeden raz w roku. Komitety zbierają się stosownie do potrzeb, jednak nie rzadziej niż dwa razy w roku. Komisja i komitety uchwalają swoje regulaminy pracy (art. 2). Każda ze stron pokrywa koszty swojej delegacji do Komisji, a koszty delegacji do komitetów są pokrywane przez władze delegujące (art. 3). W celu zapewnienia koordynacji oraz ciągłości prac komisji i komitetów strony tworzą, stosownie do potrzeb, ich Sekretariat, którego skład, siedzibę, zakres działania oraz sposób finansowania określa się na wniosek Komisji w zawierającym przez strony porozumieniu *ad hoc*. Komisja może również ustanowić Sekretariat z własnej inicjatywy (art. 4 zał. 1.2)³³. Obszary (przygraniczne) stosowania danego porozumienia określa załącznik, którego treść może być zmieniana w drodze wymiany not.

Przedmiotem uzgodnień transgranicznych pozostają problemy, takie jak:

- rozwój miast i regionów oraz komunikacji (m.in. środki komunikacji, drogi, wspólne lotniska, szlaki wodne, porty morskie), a także energia (elektrownie, zaopatrzenie w gaz, elektryczność, wodę);
- ochrona przyrody (miejsca wymagające ochrony, tereny wypoczynkowe, rezerwy itd.) oraz ochrona wód (zwalczanie zanieczyszczeń, oczyszczalnie itd.) i ochrona atmosfery (zanieczyszczenia powietrza i hałasu, strefy ciszy itd.);
- szkolnictwo, kształcenie zawodowe i badania naukowe, a także publiczna opieka zdrowotna (np. wykorzystanie szpitali przez mieszkańców drugiego obszaru);
- kultura, rekreacja i sport (teatry, orkiestry, obiekty sportowe, ośrodki wypoczynkowe, schroniska młodzieżowe itd.) oraz turystyka (wspólne wspieranie ruchu turystycznego);
- wzajemna pomoc na wypadek nieszczęść i katastrof (pożary, powodzie, epidemie, katastrofy lotnicze, trzęsienia ziemi, wypadki w górach itd.);

³¹ Analiza treści konwencji wskazuje, że postanowienia dotyczące komitetów regionalnych mogą być stosowane też do władz niższych szczebli podziału terytorialnego.

³² Dane dotyczące liczby członków Komisji stanowią jedynie propozycję i powinny być każdorazowo dostosowane do sytuacji, tak jak pozostałe postanowienia niniejszego porozumienia wzorcowego. Przez ich określenie chciano podkreślić konieczność powołania Komisji o ograniczonej liczbie członków, która byłaby w stanie skutecznie działać oraz zwrócić uwagę na proporcje między liczbą przedstawicieli władz centralnych i przedstawicieli władz regionalnych.

³³ Prezentowane za tekstem konwencji – Dz.U. z 1993 r., Nr 61, poz. 287.

- problemy związane z małym ruchem granicznym (np. środki transportu, zakwaterowania, bezpieczeństwo socjalne, opodatkowanie, zatrudnienie i bezrobocie);
- przedsięwzięcia przemysłowe (m.in. lokalizacja przemysłu) i inne (utyliczacja odpadów, sieci kanalizacyjne itd.) i poprawa struktury agrarnej oraz infrastruktura socjalna.

Strony mogą uzgodnić zmianę powyższego zestawienia w drodze wymiany not (art. 6)³⁴.

Art. 7 (zał. 1.2) stwierdza, że zadaniem Komisji jest (z zastrzeżeniem postanowień specjalnych) rozpatrywanie kwestii zasadniczych, takich jak wypracowywanie programów dla komitetów, koordynacja oraz utrzymywanie kontaktów z właściwymi organami administracji centralnej, a także współdziałanie z komisjami mieszanymi utworzonymi przed wejściem w życie tego porozumienia, które jest przedkładane odnośnym rządóm stosownie do potrzeb, zaleceń własnych oraz komitetów, a także porozumień międzynarodowych.

Zadaniem wymienionych komitetów jest też formułowanie propozycji i zaleceń. Mogą one być przekazywane komitetom przez komisję, władze centralne, regionalne lub lokalne stron, a także przez instytucje, związki oraz inne podmioty prawa publicznego i prywatnego oraz – być podejmowane z własnej inicjatywy. Komitety mogą powoływać grupy robocze i rzeczoznawców oraz zasięgać opinii prawnych i merytorycznych. Powinny też dążyć do osiągnięcia wyników odpowiadających interesom zainteresowanych społeczności poprzez jak najszersze konsultacje (art. 8). Komitety powiadamiają komisję o przedłożonych im do zbadania problemach oraz o sformułowanych wnioskach. Jeżeli wnioski te wymagają decyzji komisji lub właściwych rządów, komitety przedkładają zalecenia komisji (art. 9). Zarówno komisja, jak i komitety są upoważnione do regulowania spraw będących przedmiotem zainteresowania w ramach ich kompetencji. Informują się one wzajemnie o podjętych postanowieniach (art. 10). Delegacje działające w ramach komisji lub komitetów informują się też o krokach podjętych przez właściwe władze na podstawie zaleceń lub projektów porozumień. Badają też, jakie kroki powinny zostać podjęte w związku z działaniami właściwych władz (art. 11).³⁵

Wzór porozumienia międzypaństwowego o lokalnych uzgodnieniach transgranicznych (zał. 1.3) proponuje normy mające na celu tworzenie wspólnych grup roboczych. Porozumienie to może zostać zawarte odrębnie bądź też w powiązaniu z jednym lub wieloma wzorcowymi porozumieniami międzynarodowymi.

³⁴ Podane wyliczenie powinno służyć jedynie jako punkt odniesienia i być dostosowywane do konkretnej współpracy. Nie może też zmieniać zakresu właściwości poszczególnych władz terytorialnych określonych przez prawo wewnętrzne. W Komisji są bowiem reprezentowane zarówno władze centralne, jak i regionalne.

³⁵ Podawane za tekstem konwencji zawartym w akcie ratyfikacyjnym, Dz.U. z 1993 r., Nr 61, poz. 287. Por też CETS 106, Explanatory Note.

Dla zapewnienia lepszej wymiany informacji oraz uzgodnień między władzami lokalnymi strony wzywają te władze do wspólnego badania w ramach grup do spraw uzgodnień problemów będących przedmiotem ich zainteresowania (art. 1). Regulaminy prac tych grup są ustalone za porozumieniem członków. Władze nadrzędne uczestniczą w tych pracach lub są o nich na bieżąco informowane. Grupy te (mogą działać jako grupy doradcze ds. realizacji porozumień dotyczących danego zagadnienia współpracy transgranicznej) z kolei uczestniczą w pracach regionalnych komisji transgranicznych (jeśli takie zostały utworzone) na warunkach ustalonych przez Komisję. Komisje wspierają powyższe grupy w ich pracach (art. 2).

Zadaniem grup do spraw uzgodnień jest zapewnianie wymiany informacji, wzajemnej konsultacji, badanie problemów wspólnego zainteresowania i wspólnych celów. Ich działalność jest prowadzona z poszanowaniem zakresu odpowiedzialności członków oraz nie pociąga za sobą przenoszenia kompetencji. Członkowie grup mogą w ramach porozumień o współpracy ustalać środki i ograniczenia odnoszące się do ich działań oraz wstępnie – procedury konsultacji, które zamierzają stosować (art. 3). Art. 4 stanowi, że władze lokalne mogą w celu ułatwienia działania grup ds. uzgodnień tworzyć (w ramach uprawnień prawa wewnętrznego) stowarzyszenia opierając się na prawie o stowarzyszeniach lub prawie handlowym jednego z państw, których dotyczy ta współpraca. Przy zastosowaniu wybranego systemu prawnego odstępnie się, stosownie do okoliczności, od warunków i formalności oraz szczególnych zezwoleń. Informacje udostępniane władzom nadrzędnym zawierają wszelkie dane dotyczące działalności omawianych tu stowarzyszeń³⁶.

Wzór porozumienia międzypaństwowego o umownej współpracy transgranicznej między władzami lokalnymi (załącznik 1.4) odnosi się do umów administracyjnych, gospodarczych i technicznych. Wprowadza nowe pojęcie *partnerzy umowy* (obok państw-stron), co sugeruje dwoisty (traktatowy i kontraktowy) charakter porozumienia. Współpraca transgraniczna jest realizowana w szczególności na podstawie umów administracyjnych, gospodarczych i technicznych (art. 1). Umowy są zawierane przez władze lokalne w ramach uprawnień przysługujących im na mocy prawa wewnętrznego. Dotyczą one zwłaszcza zagwarantowania dostaw i świadczeń, przeprowadzania wspólnych przedsięwzięć, tworzenia stowarzyszeń powoływanych na podstawie prawa cywilnego lub handlowego jednego z państw-sygnatariuszy lub też udziału w tego rodzaju stowarzyszeniach (art. 2)³⁷.

³⁶ Modelem dla tych wzorów porozumień międzyrządowych były (według *Ibidem*): Benelux Convention on Transfrontier Co-operation between Territorial Communities or Authorities, Brussels 12.09.1986; Germano-Dutch Agreement on transfrontier co-operation between territorial communities or authorities, Isselburg-Anholt 23.05.1991; Franco-Spanish Treaty on transfrontier co-operation between territorial communities, Bayonne 10.03.1995; Agreement on transfrontier co-operation between territorial communities and local public bodies, Karlsruhe 23.01.1996 (nazwy oryginału ang.).

³⁷ Zgodnie z konwencją spójność porozumienia pozostaje zachowana niezależnie od włączenia lub niewłączenia do niego omawianego ustępu.

Partnerzy umowy określają prawo (kontraktowe – przepisy jednego z państw), które należy stosować do wymienionych umów, określając również dopuszczalne odstępstwa od postanowień tego prawa. Jeśli umowa nie przewiduje inaczej, należy stosować prawo państwa tej władzy lokalnej, która zgodnie z porozumieniem realizuje największe świadczenia rzeczowe lub też tego państwa, którego władza lokalna posiada największe zobowiązania finansowe. Osoby podlegające właściwości władz lokalnych, które zawarły umowę, zachowują wobec tych władz prawo do wniesienia skargi lub zażalenia, które przysługiwałoby im wobec nich, gdyby władze te nadal były zobowiązane do realizacji dostaw lub świadczeń. Władzom lokalnym, przeciwko którym wniesiono skargę bądź zażalenie, przysługuje prawo do roszczenia regresowego wobec tych władz lokalnych, które zobowiązały się do zapewnienia dostaw lub świadczeń (art. 3).

Propozycje zawarcia lub zmiany umów podlegają w każdym państwie odpowiednim przepisom o interwencji władz nadrzędnych. Nie jest tu wymagana zgoda władz, które są partnerami umowy. Jednak każda decyzja władzy nadrzędnej, stanowiąca przeszkodę w zawarciu lub zastosowaniu umowy, czy mogąca mieć wpływ na jej unieważnienie, wymaga uzgodnienia z odpowiednimi władzami drugiego państwa (art. 4). W przypadku sporu sąd właściwy jest określony przez prawo, które ma być stosowane. Umowy te mogą też zawierać klauzule arbitrażowe. Użytkownik i strona trzecia zachowują środki prawne wobec władz lokalnych państwa, do którego przynależą, przy czym władze te mają obowiązek interwencji wobec partnera niewywiązującego się z umowy. Władze nadrzędne podejmą też działania dotyczące bezzwłocznego wykonania postanowień sądowych bez względu na to, w którym z państw znajduje się siedziba sądu, przyjmujący postanowienie (art. 5). Umowy zawarte na podstawie porozumienia nie tracą swojej mocy z chwilą jego wypowiedzenia. Mają one klauzule upoważniające strony do ich unieważnienia, z zachowaniem terminu wypowiedzenia wynoszącego co najmniej pięć lat, jeśli dane porozumienie zostało wypowiedziane przez państwo-sygnatariusza (art. 6)³⁸.

Wzór porozumienia międzypaństwowego o organach współpracy transgranicznej między władzami lokalnymi (zał. 1.5) dotyczy udziału w stowarzyszeniach i związkach władz lokalnych. Ma on charakter ramowy i wiodący dla porozumień prawa prywatnego i publicznego w tej kwestii (zał. 2). Władze lokalne i podmioty prawa publicznego mogą uczestniczyć w stowarzyszeniach i związkach władz lokalnych, tworzonych na terytorium strony zgodnie z jej prawem wewnętrznym dla osiągnięcia celów możliwych do realizacji w tych ramach (art. 1)³⁹. Stowarzyszenia i związki są uprawnione do działalności wynikającej z ich celów statutowych na

³⁸ W tym akapicie chodzi o umowy cywilne i publiczne zawarte na podstawie porozumienia międzynarodowego. Podawane za tekstem konwencji zawartym w akcie ratyfikacyjnym, Dz.U. z 1993 r., Nr 61, poz. 287.

³⁹ Stowarzyszenia i związki mogą mieć charakter zwykły (zrzeszeniowy) lub korporacyjny. Polskim wspólnotom i władzom terytorialnym nasze prawo zabrania udziału w związkach korporacyjnych.

terytorium każdej ze stron. Podlegają przy tym wydanym przez to państwo przepisom, chyba że dopuszcza ono odstępstwa w tym zakresie (art. 2).

Akty założycielskie stowarzyszenia lub związku oraz poszczególne **statuty**, a także zmiany tych dokumentów są przedkładane do zatwierdzenia władzom nadrzędnym, co dotyczy również przystąpienia do już istniejącego stowarzyszenia lub związku. Dokumenty te oraz odpowiednie zezwolenia są przekazywane do wiadomości danej społeczności zgodnie z obowiązującą w każdym z państw procedurą ich ogłaszania. Dotyczy to również zmiany siedziby Sekretariatu, a także postanowień odnoszących się do osób posiadających prawo do podejmowania działań w imieniu stowarzyszenia lub związku i zakresu ich uprawnień. Dokumenty te są sporządzane w językach urzędowych państw, w których mają obowiązywać, a wersje językowe posiadają jednakową moc prawną (art. 3). Statut reguluje stosunki prawne stowarzyszenia lub związku, w sposób wymagany przez właściwe przepisy prawne. W każdym przypadku statut określa członków, nazwę i siedzibę, cel stowarzyszenia lub związku oraz w miarę możliwości jego zadania, a także funkcje i siedziby instytucji, które mają te zadania realizować. Reguluje on powoływanie organów kierowniczych i administracyjnych, zakres zobowiązań członków oraz wysokość ich wkładu do wspólnego budżetu. W skład organów kierowniczych powinien wchodzić co najmniej jeden przedstawiciel władz lokalnych każdego państwa. Statut określa skład i regulamin obrad walnego zgromadzenia, formy protokołów z posiedzeń, warunki rozwiązania i likwidacji stowarzyszenia lub związku, a także kwestie budżetowe oraz reguły mające zastosowanie w rachunkowości. Powinien ponadto zawierać postanowienia dotyczące wystąpienia członków na podstawie wypowiedzenia w określonym statutowo terminie, po uregulowaniu wszelkich należności wobec stowarzyszenia oraz zapłaceniu ustalonego przez rzeczoznawcę odszkodowania za inwestycje zrealizowane dla lub w imieniu danego członka bądź za poniesione nakłady. Statut określa też warunki zwolnienia lub wykluczenia członków w przypadku niewypełniania przez nich przyjętych zobowiązań. Strony powinny udzielać zezwoleń, koniecznych do realizowania na ich terytorium zadań stowarzyszenia lub związku, z zastrzeżeniem wymogów bezpieczeństwa i porządku publicznego (art. 4 i 5, zał. 1.5). Jeżeli stowarzyszenie lub związek nie może na terytorium jednego z państw dysponować takimi uprawnieniami, to władze mają obowiązek działać dla ich uzyskania (art. 6)⁴⁰.

Uprawnienia kontrolne i nadzorcze w stosunku do stowarzyszenia lub związku są wykonywane przez władze państwa, na którego terytorium znajduje się siedziba. Władze te zabezpieczą interesy władz lokalnych innych państw. Mają one prawo do informacji o działalności i uchwałach tych struktur oraz o ich działaniach. Otrzymują w szczególności teksty i protokoły z posiedzeń organów stowarzyszenia lub związku, bilans roczny oraz preliminarz budżetowy, gdy jest on przewidziany

⁴⁰ Zob. Dz.U. z 1993 r., Nr 61, poz. 287. Postanowienia te są zharmonizowane ze wzorami aktów założycielskich i statutów przewidzianymi w załączniku 2. Por. też CETS 106 Explanatory Note.

oraz jeśli prawo wewnętrzne nakazuje przekazywanie tych informacji organom kontroli i nadzoru. Władze te mogą nawiązywać bezpośrednie kontakty z organami stowarzyszenia lub związku oraz kontroli i nadzoru, przekazywać im swoje stanowisko oraz konsultować z nimi określone problemy. Mają również prawo notyfikować, iż są przeciwne dalszemu członkostwu władz lokalnych w stowarzyszeniu lub związku podlegającym jego właściwości. Taka notyfikacja jest uważana za powód do wykluczenia i jako taka – wymieniona w statucie. Posiadają również prawo delegowania przedstawiciela do kierowniczych organów stowarzyszenia lub związku, przy czym może on uczestniczyć we wszystkich posiedzeniach wymienionych organów oraz otrzymywać porządek obrad i protokoły (art. 7).⁴¹

Dostawy i świadczenia zlecone stowarzyszeniu lub związkowi na terytorium jego członków są realizowane w ramach ich odpowiedzialności przy całkowitym odciążeniu członków. Stowarzyszenie lub związek odpowiada również wobec użytkowników i strony trzeciej, zachowuje jednak wobec władz lokalnych, na rzecz których lub w imieniu których są realizowane dostawy i świadczenia, wszelkie prawa do składania skarg i zażaleń, jakie przysługiwałyby im wobec tych władz, jeśli zobowiązanie byłoby aktualne. Władzom, przeciwko którym wniesiono skargę lub zażalenie, przysługuje prawo do regresu wobec stowarzyszenia lub związku (art. 8). Jeśli dojdzie w tej kwestii do ugody, to spory między stowarzyszeniem lub związkiem i członkami oraz spory między dwoma lub większą liczbą członków rozpatrywane są przez władze administracyjne i sądy państwa, na którego terytorium znajduje się siedziba stowarzyszenia lub związku. Wszelkie inne spory rozpatrywane są przez władze administracyjne i sądy według terytorium stron, chyba że uzgodniono przekazanie sporu do arbitrażu. Państwa zapewnią wykonywanie odnośnych decyzji i wyroków (art. 9). Związki i stowarzyszenia istnieją nadal po wypowiedzeniu porozumienia, jednak bez uszczerbku dla szczególnych jego postanowień (art. 10)⁴².

3.3. Wzory porozumień, statutów i uzgodnień zawieranych przez władze lokalne

Konwencja madrycka w zał. 2 podaje wzory porozumień, uzgodnień, statutów oraz umów zawieranych przez władze lokalne, w tym: o utworzeniu grupy do spraw uzgodnień między władzami lokalnymi, w sprawie koordynacji realiza-

⁴¹ Modelem dla porozumień wspólnot terytorialnych były (wg Ibidem, fine): Statutes appended to the Franco-Swiss Agreement on the construction and operation of the Basle-Mulhouse airport, Bern 4.07.1949; EEC Regulation No. 2137/85 of 25.07.1985 on the establishment of a European economic interest grouping; Agreement on transfrontier co-operation between territorial communities and local public bodies, Karlsruhe 23.01.1996; Model statutes for transfrontier public authorities, under Art. 3, par. 5, of the Benelux Convention on Transfrontier Co-operation between Territorial Communities and Authorities, Brussels 12.09.1986; Model agreement setting up a public interest grouping for inter-regional and transfrontier co-operation, appended to the French interministerial circular of 16.01.1994 on public interest groupings comprising territorial communities in European Union member countries (nazwy oryginalne).

⁴² Podawane za tekstem konwencji zawartym w akcie ratyfikacyjnym, Dz.U. z 1993 r., Nr 61, poz. 287.

cji lokalnych zadań transgranicznych o charakterze publicznym, o utworzeniu transgranicznym stowarzyszeń prawa prywatnego dla zagwarantowania dostaw i świadczeń między władzami lokalnymi na obszarach przygranicznych, stowarzyszeń prawa publicznego dla zagwarantowania dostaw i świadczeń między władzami lokalnymi na obszarach przygranicznych, a także o utworzeniu organów współpracy transgranicznej między władzami lokalnymi⁴³. Są to umowy prawa publicznego i prywatnego, często mające na celu tworzenie trwałych struktur współpracy.

Zaproponowany tu system (nawiązujący do omówionych wcześniej porozumień międzyrządowych) zawiera 16 wzorów porozumień, uzgodnień i statutów odpowiadających różnym formom lokalnej współpracy transgranicznej. W zależności od celu danej struktury oraz przepisów prawa wewnętrznego wzory te mogą być stosowane bezpośrednio bądź też będą wymagały zawarcia wcześniej porozumień międzypaństwowych. Zawarcie tych porozumień, również tam, gdzie nie jest to niezbędne, może przyczynić się do wyjaśnienia warunków ich stosowania przez władze lokalne. Porozumienie międzynarodowe wydaje się konieczne w przypadku powołania organów współpracy transgranicznej. Konwencja określa możliwość powiązania ze sobą porozumień i organów lokalnych oraz form uzgodnień transgranicznych. Wzory te mogą ulegać modyfikacjom stosownie do potrzeb danych władz, które powinny też decydować, w jaki sposób ich obywatele uczestniczą w uzgodnieniach transgranicznych, zwłaszcza w sferze społeczno-kulturalnej. Uczestnictwo obywateli przyczynia się do wzmocnienia integracji, a współpraca oparta na ich interesach ma solidne podstawy. Zachętą ku temu może być tworzenie NGOs. Dlatego niektóre wzory porozumień (2.3, 2.4, 2.11) dotyczą utworzenia struktur regulowanych przez prawo prywatne⁴⁴.

Wzór porozumienia o utworzeniu grup do spraw uzgodnień między władzami lokalnymi (zał. 2.1) pozwala na to bez zawierania porozumienia międzynarodowego. Jeśli jednak występują niejasności prawne, celowe jest określenie zasad stosowania tego rodzaju uzgodnień w porozumieniu międzypaństwowym (wzór 1.3). Władze lokalne (strony) zobowiązują się do uzgodnień w sferze ich właściwości (tu dokonuje się wyliczenia dziedzin lub „problemów lokalnych”). Tworzą one grupę do spraw uzgodnień z określoną siedzibą dla wymiany informacji, uzgodnień oraz konsultacji między członkami. Uczestnicy zobowiązują się do przekazywania grupie informacji niezbędnych do realizacji wymienionych celów i do konsultowania przed podjęciem decyzji i działań w wymienionych dziedzinach (art. 1).

⁴³ Zał. 2.1-2.6 według Dz.U. z 1993 r., Nr 61, poz. 287. Natomiast tekst oryginalny ma dalsze 11 wzorów porozumień, uzgodnień i statutów prawa publicznego i prywatnego, dot. m.in. co do zarządu nieruchomości, kłęsk żywiołowych, usług i dostaw.

⁴⁴ Pozostałe zaś są regulowane prawem publicznym. Za tekstem konwencji zawartym w akcie ratyfikacyjnym, Dz.U. z 1993 r., Nr 61, poz. 287.

Każda z uczestniczących władz lokalnych jest reprezentowana w grupie przez delegację składającą się z upoważnionych przez nią członków. Delegacji mogą za zgodą grupy towarzyszyć przedstawiciele prywatnych podmiotów społeczno-ekonomicznych oraz rzeczoznawcy (wariant ten wyklucza udział w charakterze członka grupy gremiów innych niż władze lokalne, czym różni się to porozumienie od wzoru 2.3 dotyczące zrzeszeń prawa prywatnego). Możliwa jest różna liczba członków każdej delegacji. Członkami grupy mogą być władze lokalne i regionalne, grupy społeczno-ekonomiczne oraz osoby fizyczne, które podpiszą dane porozumienie, a o ich przyjęciu decyduje grupa. Delegacji mogą – za zgodą grupy – towarzyszyć przedstawiciele podmiotów prywatnych oraz rzeczoznawcy (art. 2). Protokół z posiedzenia grupy winien zawierać sprawy, w których osiągnięto porozumienie oraz zalecenia, których przekazanie do odpowiednich władz lub grup zostało uzgodnione. Członkowie grupy mogą uzgodnić przekazanie jej do realizacji określonych szczegółowo wytyczonych zadań o charakterze praktycznym. Grupa jest uprawniona do prowadzenia badań w sprawach z zakresu jej właściwości, a ponadto wypełnia zadania przekazane jej przez inne instytucje (art. 3 i 4). Opracowuje ona swój regulamin (art. 5). Grupa jest zwoływana dwa razy do roku z urzędu, albo na wniosek jednej trzeciej członków. Jej zwołanie powinno nastąpić z wyprzedzeniem co najmniej 15 dni, w celu umożliwienia przygotowania się każdej z reprezentowanych instytucji do obrad (art. 6). Grupa mianuje spośród swoich członków stały zarząd oraz określa jego uprawnienia i skład. Przewodnictwo sprawowane jest zgodnie z regulaminem, a w przypadku gdy regulamin tego nie stanowi, przewodnictwo sprawuje najstarszy członek grupy (art. 7). W kontaktach zewnętrznych grupa jest reprezentowana przez przewodniczącego, jeśli regulamin nie stanowi inaczej. Władze nadrzędne członków grupy, mogą otrzymywać wszelkie informacje o jej pracach. Są one ponadto uprawnione do delegowania obserwatora na posiedzenia (art. 8). Sekretariat jest prowadzony przez jedną z instytucji członkowskich (z ew. zachowaniem zasady corocznej rotacji). Władze uczestniczące ponoszą koszty działalności sekretariatu. Informacje oraz dokumentacja w zasadzie są sporządzane w języku państwa, z którego pochodzą (art. 9).

Członkami grupy mogą być władze lokalne i regionalne, które podpiszą porozumienie. Grupa decyduje o przyjęciu nowych członków (art. 10). Każdy członek może wystąpić z grupy poprzez notyfikację tej decyzji przewodniczącemu. Wystąpienie jednego członka nie narusza trybu pracy grupy, chyba że postanowi ona inaczej (art. 11)⁴⁵.

Wzór porozumienia w sprawie koordynacji realizacji lokalnych zadań transgranicznych o charakterze publicznym (zał. 2.2). Prawo w wielu państwach dopuszcza zawieranie takich porozumień, a jeśli nie ma to miejsca, to warunki jego stosowania powinny być określone w porozumieniu międzynarodowym (wzór 1.3). Art. 1

⁴⁵ Ibidem. Ibidem. Por.: CETS 106 – tekst i Explanatory Note.

zał. 2.2 określa cel i przedmiot porozumienia (np. dążenie do jednolitego rozwoju regionu przygranicznego) oraz dziedziny, których ono dotyczy. Należy wskazać obszary państw, na których porozumienie to obowiązuje, po dwóch (lub trzech) stronach granicy (art. 2). Art. 3 określa zaś środki umożliwiające realizację porozumienia. W zależności od przedmiotu porozumienia może ono też przewidywać zobowiązania: a) do poddania się postępowaniu konsultacyjnemu przed podjęciem decyzji, niezbędnych na terytorium ich właściwości; b) do podejmowania w ich ramach i na ich terytorium działań koniecznych do realizacji celów porozumienia oraz do zaniechania tego, co jest sprzeczne z celami porozumienia.

Art. 4 ustala warunki koordynacji albo przez wskazanie występującej w zarysie porozumienia 2.1 grupy o kompetencjach ogólnych jako grupy do spraw uzgodnień, albo przez stworzenie grupy konsultacyjnej co do przedmiotu porozumienia lub też w drodze zwykłych, bezpośrednich kontaktów na szczeblu odnośnych władz. Każdy członek grupy do spraw uzgodnień (lub każda ze stron, jeśli grupa nie istnieje) może interweniować u grupy (drugiej strony), jeżeli uważa, iż porozumienie nie jest realizowane, gdyż: a) nie przeprowadzono uprzednich konsultacji; b) podjęte działania nie są zgodne z porozumieniem; c) nie podjęto działań dla realizacji celów porozumienia. Jeżeli strony nie osiągną porozumienia, mogą się zwrócić do komisji koncyliacyjnej, zwłaszcza tej, której zlecono nadzór (art. 5). Strony mogą uzgodnić utworzenie specjalnej instancji nadzorującej przestrzeganie zobowiązań; składa się ona z rzeczoznawców mianowanych przez obie strony oraz jednego rzeczoznawcy niezależnego, którego mianowanie lub tryb mianowania zostały wcześniej uzgodnione. Instancja nadzorująca wydaje opinie dotyczące przestrzegania lub nieprzestrzegania porozumienia, a jest ona też upoważniona do ich opublikowania (art. 6)⁴⁶.

Wzór porozumienia o utworzeniu transgranicznych stowarzyszeń prawa prywatnego (zał. 2.3) zakłada, że władze lokalne jednego państwa mogą uczestniczyć w stowarzyszeniach prawa prywatnego innego państwa opierając się na tych regułach oraz na tych samych warunkach, które są przewidziane dla ich własnych struktur. Jeśli nie miałyby to miejsca, możliwość taka powinna być wyraźnie przewidziana w porozumieniu międzynarodowym zawartym między odnośnymi państwami (zob. wzory 1.3 i 1.4). Zwykle stowarzyszenia prawa prywatnego muszą podporządkować się regułom przewidzianym przez prawo państwa, na którego terytorium stowarzyszenie ma siedzibę. Postanowienia statutów stowarzyszeń wprowadza się głównie wtedy, gdy nie są one już przewidziane przez dane prawo⁴⁷. Ponadto w stosunku do stowarzyszeń mogą obowiązywać także postanowienia o grupach do spraw uzgodnień (zob. 2.1) po ich odpowiednim dostosowaniu. Statut określa m.in.: a) członków-założycieli stowarzyszenia i wa-

⁴⁶ Ibidem. Por. też G.H. Treitel, *The law of contract*, 9th ed., London 1995, s. 31 i n.

⁴⁷ Wiele państw (w tym Polska) nie dopuszcza udziału własnych wspólnot w zagranicznych związkach korporacyjnych.

runki ich przystąpienia; b) nazwę, siedzibę oraz formę prawną stowarzyszenia (wg prawa wewnętrznego); c) cel stowarzyszenia, warunki jego osiągnięcia oraz środki będące w dyspozycji; d) organy stowarzyszenia, a w szczególności zadania i tryb pracy walnego zgromadzenia (reprezentacja i głosowanie); e) tryb mianowania zarządcy lub sekretarza generalnego oraz jego uprawnienia; f) zakres zobowiązań członków wobec strony trzeciej; g) warunki dokonywania zmian w statucie oraz rozwiązania stowarzyszenia.

Wzór umowy prawa prywatnego o zagwarantowaniu dostaw i świadczeń między władzami lokalnymi na obszarach przygranicznych (zał. 2.4.) zakłada, iż władze lokalne są upoważnione do zawierania jej z władzami lokalnymi innych państw. Jeśli nie ma to miejsca, możliwość taka powinna być zapewniona w porozumieniu międzynarodowym (wzór 1.4).

Chodzi tutaj o typ umów, którymi mogą się posługiwać władze lokalne przy sprzedaży, najmie, na rynku pracy, przy dostawach towarów i świadczeń, odstąpieniu praw użytkownika itd. Stosowanie przez te władze umów prawa prywatnego jest zwykle dopuszczane przez prawo wewnętrzne, a granica między umowami prawa prywatnego a umowami prawa publicznego jest czasem trudna do ustalenia. Dopuszcza się więc tu stosowanie umów o charakterze komercyjnym lub gospodarczym, które mogłyby być przedmiotem umów zawartych przez osoby fizyczne lub prawne prawa prywatnego. W przypadku każdego przedsięwzięcia, w którym uczestniczą władze lokalne wykonujące uprawnienia pozostające w wyłącznej kompetencji państw, powinny zostać uwzględnione ponadto przepisy dodatkowe, zawarte w umowie wzorcowej prawa publicznego (zał. 2.5). Art. 1 (wzoru 2.4) określa strony umowy oraz wskazuje, czy porozumienie jest otwarte dla innych władz lokalnych czy też nie. Art. 2 wymienia problemy związane z ogólnym pełnomocnictwem do zawarcia umowy, a w szczególności jej beneficjentów i jej warunki. Zawiera również konieczne zastrzeżenia związane z zezwoleniami władz nadrzędnych, jeśli wywiera to wpływ na stosowanie umowy. Art. 3 określa przedmiot umowy, powołanie się na: dane problemy; obszary geograficzne, podmioty, których dotyczy umowa (gminy, gremia ogólnokrajowe wyposażone w kompetencje lokalne itd.); określone formy prawne. Art. 4 zaś określa czas trwania umowy, warunki jej przedłużenia oraz terminy realizacji. Art. 5 określa miejsce podpisania i wykonania umowy oraz sferę prawną umowy (międzynarodowe prawo prywatne) i prawo właściwe. Art. 6 normuje kwestie finansowe (rodzaj waluty, w której powinna być uiszczana zapłata, jak również metodę dopasowywania cen przy świadczeniach długoterminowych) oraz ubezpieczeniowe. Art. 7 przewiduje postępowanie koncyliacyjne oraz określa postępowanie arbitrażowe. Komisja arbitrażowa powoływana jest w następujący sposób: a) każda ze stron o przeciwnych interesach mianuje jednego członka komisji (alternatywa: mianują ich prezesi właściwych sądów administracyjnych), a strony wspólnie mianują jednego lub dwóch członków niezależnych, tak by osiągnąć nieparzystą liczbę członków; b) w przypadku parzystej liczby członków i przy

równowadze głosów decyduje głos niezależnego członka komisji. Art. 8 określa reguły zmiany lub rozwiązania umowy⁴⁸.

Wzór umowy prawa publicznego o zagwarantowaniu dostaw i świadczeń między władzami lokalnymi na obszarach przygranicznych (zał. 2.5) jest podobny do formy normatywnej (umowy prawa prywatnego) przewidzianej we wzorze 2.4. Dotyczy ona zwłaszcza spraw koncesji oraz świadczeń lub czynności publicznych (bądź – traktowanych jako „publiczne” przez dane państwo) oraz zapewnienia pomocy finansowej⁴⁹ ze strony jednej gminy na rzecz innej lub innego organu po drugiej stronie granicy. Zagwarantowanie tego rodzaju świadczeń o charakterze publicznym niesie za sobą odpowiedzialność oraz ryzyko, stąd wymaga włączenia do umowy postanowień dodatkowych. Nie wszystkie państwa przewidują zawieranie tego typu umów, a wtedy możliwość i ustalenie warunków ich zastosowania powinny być najpierw uregulowane w porozumieniu międzynarodowym (wzór 1.4). Posłużenie się tego rodzaju umową może w określonych przypadkach eliminować konieczność tworzenia wspólnego organu typu „międzykomunalny związek transgraniczny” (wzór 2.6), które pociąga za sobą określone problemy natury prawnej.

Jeżeli umowa dotyczy objęcia zarządu nad majątkiem lub świadczeniem publicznym jednej z władz lokalnych w jednym z państw, powinny zostać określone umownie gwarancje, na podstawie przepisów tam obowiązujących. Ponadto umowa może odnosić się do: a) przepisów określających warunki ustanowienia lub funkcjonowania określonego świadczenia (np. plan terminowy, taryfy, warunki użytkowania); b) warunków rozpoczęcia funkcjonowania świadczenia (np. zezwolenia, procedury); c) warunków umowy świadczenia; d) trybu dostosowania umowy do interesu publicznego oraz wynikających z tego faktu rozliczeń finansowych; e) specyfiki stosunków między świadczeniodawcą a świadczeniobiorcą (np. warunki dostępu, podatki); f) warunków wycofania się, odstąpienia od umowy i jej wypowiedzenia. Oprócz wymienionych szczególnych uwarunkowań można stosować postanowienia przewidziane we wzorze umowy prawa prywatnego (2.4)⁵⁰.

Wzór porozumienia o utworzeniu organów współpracy transgranicznej między władzami lokalnymi (zał. 2.6) zakłada, iż władze lokalne posiadają uprawnienia do tworzenia organów mających osobowość prawną, w celu powołania i prowadzenia instytucji użyteczności publicznej. Utworzenie i tryb działania takich zrzeszeń lub związków zależy od stosowanych przepisów prawnych oraz od wytycznych zawar-

⁴⁸ Widzimy, że przewidziano tu uprzednią zgodę kompetentnych władz państwa na zawarcie umowy.

⁴⁹ To uzgodnienie może być wykorzystane przez władze na obszarach przygranicznych, np. w przypadku zanieczyszczenia środowiska: jedne władze mogą złożyć ofertę pomocy finansowej po to, by można dokończyć działania leżące w zakresie ich właściwości, którymi są zainteresowane jednocześnie władze oferujące pomoc.

⁵⁰ Za tekstem konwencji zawartym w akcie ratyfikacyjnym – Dz.U. z 1993 r., Nr 61, poz. 287. Por. CETS 106 Explanatory Note.

tych w odnośnym porozumieniu międzypaństwowym (wzór 1.5). Postanowienia omawianego wzoru powinny być zamieszczone w statucie, jeśli nie są przewidziane w prawie znajdującym zastosowanie. Statut określa w szczególności: a) członków-założycieli zrzeszenia oraz warunki przystąpienia nowych członków; b) nazwę, siedzibę, okres działania oraz formę prawną zrzeszenia (wg ustawy nadającej mu osobowość prawną); c) zadania zrzeszenia, warunki ich realizacji oraz przewidziane środki zrzeszenia; d) tryb tworzenia kapitału podstawowego; e) zakres i granice zobowiązań członków; f) sposób powoływania i odwoływania zarządcy lub sekretarza generalnego zrzeszenia oraz jego uprawnienia; g) stosunek zrzeszenia do jego członków, osób trzecich oraz władz nadrzędnych, w szczególności w zakresie ogłaszania bilansu, budżetu i rozliczeń; h) osoby, którym powierza się prowadzenie finansowego i merytorycznego nadzoru nad działalnością zrzeszenia oraz sprawozdania z działalności kontrolnej; i) warunki dokonywania zmian statutu i rozwiązania zrzeszenia; j) przepisy dotyczące spraw kadrowych; k) przepisy dotyczące języka lub języków roboczych.

4. Podsumowanie

Konwencja madrycka RE wraz z protokołami dodatkowymi stanowi interesujący, regionalny model prawnotraktatowy, powiązany z innymi niż umowa międzynarodowa porozumieniami i uzgodnieniami (prawnopublicznymi i prawnoprywatnymi) odnoszącymi się do współpracy transgranicznej. W praktyce reguluje on z górą kilkanaście tysięcy porozumień europejskich oraz wykraczających poza nasz kontynent. Model ten, odnoszący się głównie do współpracy jednostek lokalnych ma szersze znaczenie. Jest on stosowany także do innych (nietransgranicznych) porozumień, a ponadto wychodzi poza ramy Rady Europy. Uznawany jest też za wiążący dla współpracy odnośnych struktur w ramach Wspólnot i Unii Europejskiej (przechodzi do *acquis communautaire*), przy czym szczególne możliwości rozwoju zyskuje on w ramach EUWT. Interesująca w tym modelu jest możliwość przyjmowania tylko części jego postanowień, częściowego wypowiedziania i zawieszania oraz ograniczania ich stosowania, istnienie możliwości modyfikacji porozumień, w tym wprowadzania postanowień alternatywnych, a także harmonizowania porozumień międzynarodowych oraz innych – publicznych i prywatnych. Nie separuje się tu umów międzynarodowych od kontraktów. Obowiązek informacji i notyfikacji (Sekretarzowi Generalnemu RE) wszystkich zawartych porozumień i uzgodnień wskazuje na systemowy (*de minimis* w zamierzeniu) charakter tego zbioru, a także na „równe traktowanie” umów i uzgodnień innych niż porozumienia międzynarodowe.

Redakcja konwencji wykazuje pewne cechy, które można uznać za niedostatki w sferze koncepcyjnej. Jej postanowienia m.in. nie odróżniają: sygnatariuszy od stron, a także umów państwowych, rządowych i resortowych. Przewiduje ona

też, że państwa-strony „zbadają możliwość nadania takich samych uprawnień, jak przy umowach międzypaństwowych (tekst główny)”, a we wzorach (zał. 1.1 art. 4) dopiero postuluje takie uprawnienia. Jej przepisy nie są prętyjnie terminologicznie; dosyć „luźno” traktują pojęcia: *uzgodnienie*, *porozumienie*, *umowa*, porozumienia międzypaństwowe i międzyrządowe oraz publiczne i prywatne. Często mówią o „zwykłej wymianie not”, np. zał. 1.2 art. 6 (a przecież nie ma wymiany „kwalifikowanej”). Wprowadzając pojęcie „partnerzy umowy” obok „państw-stron” (zał. 2.3-6) i sugerując, że chodzi tu o porozumienia jednocześnie międzynarodowe i publicznoprywatne, nie podano żadnych reguł kwalifikowania tak różnych skutków.

Przedstawiony wyżej model porozumień stanowi oryginalny system prawno-traktatowy, nieomawiany zazwyczaj w publikacjach prawnomiędzynarodowych. Ale czy analizowana konwencja istotnie tworzy ważne *novum* także w sferze koncepcji prawa oraz doktryny, jak to sugeruje cytowana już Explanatory Note⁵¹, czas pokaże.

⁵¹ CETS 106, Explanatory Note.

SYLWIA NASZYDŁOWSKA

POLSKI MODEL SĄDOWNICTWA ADMINISTRACYJNEGO
A ZASADA DWUINSTANCYJNOŚCI**Wprowadzenie**

Sądownictwo administracyjne stanowi jedną z gwarancji praworządności. Stoi na straży legalności aktów administracyjnych. Ma na celu realizację postulatu, by wydane przez powołaną do tego władzę ustawodawczą przepisy prawne były przez władze wykonawcze przestrzegane. Służy zabezpieczeniu jednostki przed ewentualnymi nadużyciami władzy administracyjnej, tj. przed aktami administracyjnymi, które wykraczając przeciw obowiązującym przepisom naruszają prawa jednostek¹.

Pozycja ustrojowa sądów administracyjnych została wyznaczona przez ustrojodawcę w art. 175 i art. 184 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 1997 r.². Stosownie do tych przepisów sądy administracyjne, na czele z Naczelnym Sądem Administracyjnym, sprawują wymiar sprawiedliwości w Rzeczypospolitej Polskiej, obok Sądu Najwyższego, sądów powszechnych i sądów wojskowych, poprzez kontrolę działalności administracji publicznej oraz rozstrzyganie sporów kompetencyjnych między organami jednostek samorządu terytorialnego, samorządowymi kolegiami odwoławczymi i między tymi organami a organami administracji rządowej.

Dla prawidłowego funkcjonowania sądownictwa administracyjnego kluczowe znaczenie ma sposób ukształtowania, stanowiącego jego nieodzowną część, systemu środków zaskarżenia na podstawie zasady instancyjności.

Z dniem 1 stycznia 2004 r. weszła w życie reforma, konstytuująca dwuinstancyjne postępowanie sądowoadministracyjne. Wprowadzenie jej było konsekwencją uchwalenia obecnie obowiązującej Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. To właśnie zgodnie z jej standardami sądownictwo w Polsce jest dwuinstancyjne.

¹ M. Buszyński, *O reformę sądownictwa administracyjnego*, tekst artykułu z miesięcznika „Gazeta Administracji” z 1946 r., zamieszczona w miesięczniku „Samorząd Terytorialny” 1999, nr 5, s. 61.

² Dz.U. z 1997 r., Nr 78, poz. 483, sprost. Dz.U. z 2001 r., Nr 28, poz. 319, zm. Dz.U. z 2006 r., Nr 200, poz. 1471.

Art. 176 konstytucji stanowi, iż postępowanie sądowe jest co najmniej dwuinstancyjne, zaś art. 78 wskazuje, że każda ze stron ma prawo do zaskarżania orzeczeń i decyzji wydanych w pierwszej instancji. Reguły te spełniają istotną rolę gwarancyjną, umożliwiającą naprawienie błędów i uchybień sądów I instancji. Konieczne więc było, aby znalazły odniesienie także do sądów administracyjnych.

Reforma sądownictwa administracyjnego zaowocowała szeregiem ustaw, regulujących kwestie związane z ustrojem i procedurą postępowania przed sądami administracyjnymi. Należą do nich: ustawa z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnym³ (dalej p.p.s.a.), ustawa z dnia 25 lipca 2002 r. – Prawo o ustroju sądów administracyjnych⁴ oraz ustawa z dnia 30 sierpnia – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo o ustroju sądów powszechnych i ustawę – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi⁵.

Wymienione ustawy stanowią zrealizowanie zobowiązania nałożonego na ustawodawcę w 236 ust. 2 Konstytucji RP, z którego wynika, że ustawy wprowadzające w życie art. 176 ust. 1 ustawy zasadniczej, w zakresie dotyczącym postępowania przed sądami administracyjnymi, zostaną uchwalone przed upływem pięciu lat od dnia wejścia w życie konstytucji.

Konstytucyjne uwarunkowania zasady dwuinstancyjności

Zasady demokratycznego państwa prawa zawartej w art. 2 oraz z art. 45 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, wynikają dwie fundamentalne reguły dla ukształtowania praw jednostki wobec administracji publicznej: zasada prawa do sądu i prawa do procesu⁶. Aby można było mówić o prawidłowym funkcjonowaniu prawa do procesu musi być przestrzegana nierozzerwalnie z nim związana zasada prawa do sądu, bez której zasada dwuinstancyjności pozbawiona jest bytu prawnego.

Zasada prawa do sądu wynika wprost z art. 45 ust. 1 konstytucji. W świetle tego przepisu każdy ma prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki przez właściwy, niezależny bezstronny i niezawisły sąd. Przy czym, aby zasada ta uznana została za zachowaną wszystkie te cechy muszą być spełnione łącznie⁷. W pełni zasada ta jest realizowana w przypadku zapewnienia: prawa dostępu do sądu, prawa do odpowiednio ukształtowanej procedury, a także prawa do wyroku. Prawo do sądu pojmowane jest więc jako

³ Dz.U. z 2002 r., Nr 153, poz. 1270 z późn. zm.

⁴ Dz.U. z 2002 r., Nr 153, poz. 1269 z późn. zm.

⁵ Dz.U. z 2002 r., Nr 153, poz. 1271 z późn. zm.

⁶ J. Borkowski, B. Adamiak, *Polskie postępowanie administracyjne i sądownoadministracyjne*, Warszawa 2000, s. 348.

⁷ *Ibidem*, s. 15.

podmiotowe prawo obywatela (jednostki), dające gwarancję praworządnego postępowania w państwie⁸.

W okresie powojennym zasada prawa do sądu nie została, co prawda ustalona *ekspresis verbis*, aż do wejścia w życie Konstytucji RP z 1997 r., jednakże fakt jej istnienia i obowiązywania w polskim systemie prawnym po 1989 r. nie budził wątpliwości. Wielką w tym zasługę miał Trybunał Konstytucyjny, któremu udało się wyprowadzić zasadę prawa do sądu z koncepcji demokratycznego państwa prawa. Z tego też względu art. 45 ust. 1 obowiązującej konstytucji uznać można za podsumowanie dorobku doktryny i orzecznictwa w tym zakresie⁹.

W obecnym kształcie prawo do sądu uznać należy za prawo podmiotowe jednostki, którego treścią jest uprawnienie do rozstrzygnięcia sprawy przez bezstronny i niezależny sąd ustanowiony przez ustawę. Upoważniony podmiot może więc, po spełnieniu określonych prawem warunków, zobowiązać sąd do podjęcia przewidzianych w ustawie działań zmierzających do rozpoznania sprawy i wydania orzeczenia¹⁰. Prawo do sądu to prawo do sądu niezależnego, w którym wyodrębniony jest przedmiot sporu, sprawę rozstrzyga bez nieuzasadnionej zwłoki niezależny sąd, a sędziowie orzekają zgodnie z własnym sumieniem, jedynie na podstawie konstytucji i ustaw.

Z prawa do sądu mogą korzystać zarówno obywatele Rzeczypospolitej Polskiej, cudzoziemcy, bezpaństwowcy, a także osoby prawne i inne jednostki organizacyjne występujące w obrocie prawnym, którym przepisy prawa przydają przymiot w postaci zdolności sądowej¹¹.

Prawo do sądu oznacza także, że każdy podmiot praw i wolności ma nieskrępowany dostęp do procedur pozwalających zaskarżyć każde ostateczne rozstrzygnięcie organu państwowego, pochodzące od władzy ustawodawczej, wykonawczej i sądowniczej, ze względu na niezgodność tego orzeczenia z ustanowionymi w konstytucji prawami i wolnościami. Tylko poprzez prawo do sądu konstytucyjne prawa i wolności mogą stać się realne i prawidłowo zagwarantowane¹².

Powyższa zasada kreuje podstawowe w państwie prawnym uprawnienie jednostki, które musi wyznaczać także kierunek rozwiązań ustawodawczych w zakresie sądownictwa administracyjnego, a w szczególności wpływać na kształt postępowania przed sądami administracyjnymi¹³. W odniesieniu zaś do relacji między sądami powszechnymi a sądami administracyjnymi, w zakresie ich właści-

⁸ M. Zdyb, *Podstawy kształtowania nowego modelu sądownictwa administracyjnego*, (w:) *Polski model sądownictwa administracyjnego*, (red.) J. Stelmasiak, J. Niczyporuk, S. Fundowicz, Lublin 2003, s. 362.

⁹ J. Sobczak, (w:) *Polskie prawo konstytucyjne*, (red.) W. Skrzydło, Lublin 1999, s. 396.

¹⁰ *Ibidem*, s. 397.

¹¹ Zob. Postanowienie TK z 24.04.1991, TK-K 4/91, OTK 1986-1995/t3/1991/32.

¹² Zob. Uchwała TK z 25.09.1991r., TK-K 8/91, OTK 1986-1995/t3/1991/26.

¹³ T. Woś, *Projektowana reforma sądownictwa administracyjnego – niedostatki i zagrożenia oraz propozycje rozwiązań*, „Causus” 2002, nr 23, s. 11, także T. Woś, *Condiciones neccessariaes dwuinstancyjnego sądownictwa administracyjnego*, (w:) *Dziedzictwo prawne XX w. Księga pamiątkowa z okazji 150-lecia TBSP UJ*, Zakamycze 2001, s. 468.

wości, zasada prawa do sądu ma prowadzić do takiego uregulowania normatywnego, by nie było spraw, które nie są objęte właściwością sądów powszechnych, ani właściwością sądów administracyjnych¹⁴.

Jedną z podstawowych konstytucyjnych zasad organizacji i postępowania sądów, wynikającą z zasady prawa do sądu, jest zasada dwuinstancyjności. Spełnia ona istotną rolę gwarancyjną, umożliwiając naprawienie ewentualnych błędów, uchybień i pomyłek popełnionych przez sąd niższej instancji¹⁵. Przy czym, prawo zaskarżenia orzeczenia sądowego do drugiej instancji spełnia minimum standardów instancyjności sądowej. Możliwe jest bowiem uruchomienie jeszcze trzeciej instancji¹⁶, czego polski ustawodawca w odniesieniu do sądów administracyjnych nie uczynił.

Zasada dwuinstancyjności w szerszym ujęciu została wskazana w art. 78 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, natomiast w ujęciu węższym w art. 176 ust. 1 ustawy zasadniczej. Przy czym ustawa zasadnicza nie konkretyzuje zasady dwuinstancyjności, w szczególności nie wskazuje cech konstrukcyjnych tej zasady¹⁷.

Z pierwszego ze wskazanych przepisów wynika, iż każda ze stron ma prawo do zaskarżania orzeczeń i decyzji wydanych w pierwszej instancji. Wyjątki od tej zasady oraz tryb zaskarżania określa ustawa. Zamieszczone w art. 78 konstytucji sformułowania: „zaskarżenia” i „tryb zaskarżenia” nie dostarczają same przez się wskazań, co do drogi kontroli. Zestawiając je jednak ze zwrotem „w pierwszej instancji”, wywnioskować można, że prawo do zaskarżania oznacza możliwość podważania decyzji i orzeczeń w toku instancji¹⁸. Przy czym, jak już wyżej zostało zaznaczone, art. 78 ustawy zasadniczej traktować należy jako normę zawierającą zasadę generalną kontroli instancyjnej, ponieważ dotyczy ona zarówno postępowania administracyjnego, jak i sądowniczoadministracyjnego. O generalnym charakterze, nieograniczonym do określonego typu postępowania, normy zapisanej w art. 78 konstytucji świadczy przede wszystkim umiejscowienie tegoż przepisu w rozdziale ustawy zasadniczej pod tytułem „Wolności, prawa i obowiązki człowieka i obywatela”. Zawarta w art. 78 konstytucji zasada nie wymaga zatem klasycznej instancyjności przed organami tego samego rodzaju. Jej istotą jest natomiast weryfikacja prawidłowości wydanych w pierwszej instancji orzeczeń lub decyzji, zanim staną się one aktami podlegającymi wykonaniu¹⁹. Wskazanie w zdaniu drugim omawianego przepisu, że od omawianej zasady mogą być prze-

¹⁴ R. Hauser, *Projektowana reforma sądownictwa administracyjnego*, (w:) *Polski model sądownictwa...*, op. cit., s. 149.

¹⁵ T. Woś, *Condiciones neccessariae...*, op. cit., s. 464.

¹⁶ *Ibidem*, s. 471–472.

¹⁷ A. Wróbel, *Kilka uwag o konstytucyjnej koncepcji NSA*, (w:) *Polski model sądownictwa...*, op. cit., s. 357.

¹⁸ Z. Kmiecik, M. Stahl, *Jaki model sądownictwa administracyjnego?*, „Samorząd Terytorialny” 1999, nr 6, s. 4.

¹⁹ D.R. Kijowski, *Dwuinstancyjne sądownictwo administracyjne. Raport Programu Reformy Administracji Publicznej*, Warszawa 2000, s. 16.

widziane wyjątki, oznacza, że niezaskarżalne mogą być jedynie niektóre decyzje czy orzeczenia i tylko w tych wypadkach, gdy nie spowoduje to ograniczenia prawa do odwołania się²⁰.

W odniesieniu do samego postępowania sądowego wspomnianą zasadę doprecyzowuje art. 176 ust. 1 ustawy zasadniczej. Wynika z niego, że postępowanie sądowe jest co najmniej dwuinstancyjne. Jest to norma prawna dalej idąca w odniesieniu do art. 78 i odnosząca się wyłącznie do postępowania sądowego.

Tak więc konstytucyjna zasada dwuinstancyjności postępowania sądowego zakłada w szczególności:

- 1) dostęp do sądu drugiej instancji, a co za tym idzie – przyznanie stronom odpowiednich środków zaskarżenia;
- 2) powierzenie rozpoznania sprawy w drugiej instancji – co do zasady – sądowi wyższego szczebla, a w konsekwencji nadanie środkowi zaskarżenia charakteru dewolutywnego;
- 3) odpowiednie ukształtowanie procedury przed sądem drugiej instancji, tak aby sąd ten mógł wszechstronnie zbadać rozpoznawaną sprawę i wydać rozstrzygnięcie merytoryczne.

Zasada dwuinstancyjności jest niezbędną regułą wszystkich typów postępowań mających prowadzić do wydania orzeczeń w demokratycznym państwie prawnym. Spełnia ona istotną rolę gwarancyjną, dającą możliwość naprawienia błędów popełnionych przez sąd w pierwszej instancji. Gwarancyjny charakter tej zasady wynika z założenia, że skoro w praktyce nie jest możliwe osiągnięcie stanu, w którym wszelkie wydawane przez sądy orzeczenia odpowiadają prawu, powinny istnieć skuteczne środki korygowania tych rozstrzygnięć²¹. Sądownictwo dwuinstancyjne jest pomyślane i uznawane za najlepszą gwarancję ochrony wolności i praw obywatelskich. Przy czym zasada dwuinstancyjności postępowania sądowego powinna być tak sformułowana, aby postępowanie przed organem drugiej instancji miało charakter postępowania obejmującego całą sprawę i aby dostęp do sądu drugiej instancji nie był obwarowany warunkami, których spełnienie przez strony będzie na tyle utrudnione, że konsekwencją tego będzie rezygnacja z prawa do odwołania²².

W kontekście sformułowania art. 176 ust. 1 ustawy zasadniczej zasada dwuinstancyjności jako podstawowa gwarancja weryfikacji rozstrzygnięć sądów pierwszej instancji pod kątem ich zgodności z prawem stanowi jednocześnie niezbędne uzupełnienie ustanowione w art. 78 konstytucji publicznego prawa podmiotowego do zaskarżania rozstrzygnięć wydanych w pierwszej instancji²³. Zasada

²⁰ Ibidem, zob. także A. Zieliński, *Konstytucyjny standard instancyjności postępowania sądowego*, PiP 2005, nr 11, s. 3.

²¹ J. Sobczak, (w:) *Polskie prawo...*, op. cit., s. 394.

²² D.R. Kijowski, *Dwuinstancyjne...*, op. cit., s. 20.

²³ A. Niecikowska, A. Niemirowski, A. Pułjanowska, S. Szuster, *Nowy model sądownictwa administracyjnego*, „Causus” 2002, nr 23, s. 26.

dwuinstancyjności jest zasadą naturalną w każdym rozwiniętym i praworządnym postępowaniu przed organami administracji państwa²⁴.

Zasada ta w odniesieniu do postępowania sądowoadministracyjnego posiada charakter absolutny, jako że, jak już była o tym mowa, art. 176 ust. 1 wyłącza możliwość ustanowienia od niej wyjątku²⁵.

Organizacja sądownictwa administracyjnego w państwie polskim

Postępowanie sądowoadministracyjne w obecnym polskim systemie prawnym zostało ukształtowane mocą trzech aktów prawnych, o których była mowa na wstępie, tj.: ustawy Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi, ustawy Prawo o ustroju sądów administracyjnych oraz ustawy Przepisy wprowadzające ustawę Prawo o ustroju sądów administracyjnych i ustawę Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi.

W ustawach uregulowano dwuinstancyjne postępowanie sądowoadministracyjne całościowo, bez odsyłania do innych procedur zawartych w kodeksie postępowania cywilnego²⁶ oraz kodeksie postępowania administracyjnego²⁷.

Wprowadzenie dwuinstancyjnego postępowania w sądownictwie administracyjnym ma podstawowe znaczenie, jeśli chodzi o standardy i ochrony praw i wolności obywatelskich. Przy czym podkreślić należy, że prawo uruchomienia toku instancji w postępowaniu sądowoadministracyjnym należy do strony (art. 173 § 2 p.p.s.a.)²⁸, sąd nie ma możliwości działania w tym zakresie z urzędu.

Z art. 1 ustawy Prawo o ustroju sądów administracyjnych wynika, że sądy administracyjne sprawują wymiar sprawiedliwości poprzez kontrolę administracji publicznej oraz rozstrzyganie sporów kompetencyjnych i o właściwość pomiędzy organami jednostek samorządu terytorialnego, samorządowymi kolegiami odwoławczymi i między tymi organami a organami administracji rządowej. Kontrola ta jest sprawowana pod względem zgodności z prawem, jeśli ustawy nie stanowią inaczej.

Przejęcie wymiaru sprawiedliwości należy rozumieć działalność sądu polegającą na władczym i zgodnym z przepisami proceduralnymi rozstrzygnięciu sporów co do istnienia lub treści stosunku prawnego. Przedmiotem wymiaru sprawiedliwości, jak wynika z wskazanego wyżej art. 1 ustawy Prawo o ustroju sądów

²⁴ Z. Janowicz, *Głos w dyskusji o reformie sądownictwa administracyjnego*, (w:) *Polski model sądownictwa...*, op. cit., s. 155.

²⁵ T. Woś, *Reforma sądownictwa administracyjnego w Polsce – zaproszenie do dyskusji nad jej kształtem*, „Casus” 2002, nr 23., s. 30.

²⁶ Dz.U. z 1964 r., Nr 43, poz. 296 z późn. zm.

²⁷ Dz.U. z 2000 r., Nr 98, poz. 1071 z późn. zm.

²⁸ J.P. Tarno, (w:) W. Chróścielewski, J.P. Tarno, *Postępowanie administracyjne i postępowanie przed sądami administracyjnymi*, Warszawa 2004, s. 382; J.P. Tarno, (w:) J.P. Tarno, E. Frankiewicz, M. Sieniuc, M. Szewczyk, J. Wyporska, *Sądowa kontrola administracji. Podręcznik akademicki*, Warszawa 2006, s. 70.

administracyjnych, jest kontrola legalności działalności administracji publicznej. Innymi słowy przedmiotem tym są spory co do zgodności z prawem działania organu administracji publicznej w sferze, w jakiej został on upoważniony do kształtowania uprawnień i obowiązków podmiotów niezwiązanych z tym organem więzami zależności organizacyjnej ani podległości służbowej. Jedną ze stron tych stosunków jest organ administracji publicznej, drugą zaś właśnie ten podmiot, którego sytuacja prawna mocą norm prawnych powszechnie obowiązujących, została powiązana z sytuacją prawną tego organu. Przy czym powiązanie to polega na tym, że organ może w sposób władczy i jednostronny konkretyzować prawa i obowiązki owego podmiotu²⁹.

Sądami pierwszej instancji są wojewódzkie sądy administracyjne (art. 3 § 1 ustawy Prawo o ustroju sądów administracyjnych). Natomiast sądem drugiej instancji jest Naczelny Sąd Administracyjny (art. 3 § 2 ustawy Prawo o ustroju sądów administracyjnych).

Strukturę organizacyjną i osobową sądów administracyjnych w obu instancjach zbudowano na analogicznych zasadach. Wprowadzono wspólne rozwiązania co do składu osobowego sądów administracyjnych, sędziów i innych osób biorących udział w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości, a także co do rodzajów oraz zadań organów sądowych i organizacji wewnętrznej sądów. Odrębności są zaś rezultatem obowiązywania określonych tradycyjnych rozwiązań, przyjętych w prawodawstwie polskim dla najwyższych instancji sądowych.

NSA sprawuje nadzór na działalnością wojewódzkich sądów administracyjnych w zakresie orzekania w trybie określonym ustawami, w szczególności rozpoznaje środki odwoławcze od orzeczeń tych sądów i podejmuje uchwały wyjaśniające zagadnienia prawne budzące wątpliwości, a także podejmuje czynności przewidziane dla jego kompetencji przez przepisy innych ustaw (art. 3 § 2 ustawy Prawo o ustroju sądów administracyjnych).

Tak więc wojewódzkie sądy administracyjne są powołane bezpośrednio do sprawowania kontroli działalności administracji publicznej. NSA natomiast ma sprawować nadzór orzeczniczy nad wojewódzkimi sądami administracyjnymi z określonymi wyjątkami od tej zasady z mocy przepisów szczególnych oraz na podstawie odrębnych ustaw, upoważniających Naczelny Sąd Administracyjny do sprawowania bezpośredniej kontroli działalności administracji publicznej.

Z tego punktu widzenia należy przyjąć, że NSA jako sąd drugiej instancji, w stosunku do wojewódzkich sądów administracyjnych, wykonuje kontrolę instancyjną nad ich orzekaniem i zarazem jest sądem wyposażonym w pozainstancyjne kompetencje nadzorcze nad działalnością tych sądów w zakresie orzekania³⁰.

Wskazane wyżej ustawy dostosowują jednak system sądownictwa administracyjnego do postanowień Konstytucji RP, a zwłaszcza jej art. 176 ust. 1, w ograni-

²⁹ Ibidem, s. 389.

³⁰ A. Wróbel, *Kilka uwag...*, op. cit., s. 354.

czonym zakresie³¹, nie realizując w pełni zapisu konstytucyjnego. Postępowanie dwuinstancyjne kojarzy się powszechnie z dwukrotnym merytorycznym rozpoznaniem sprawy. Praktycznie organ drugiej instancji powinien merytorycznie rozpoznać sprawę, tak jakby nie było rozstrzygnięcia pierwszoinstancyjnego³².

Ustawodawca, dążąc do realizacji zasady dwuinstancyjności, wprowadził jako podstawowy środek odwoławczy skargę kasacyjną (art. 173 § 1 p.p.s.a.). System kasacyjny ukształtowany w ustawie prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi zakłada zaś, że sąd rozpoznający kasację bada sprawę i jeśli stwierdzi określone nieprawidłowości, to przekazuje sprawę do ponownego rozstrzygnięcia przez sąd, którego orzeczenia dotyczyła kasacja. W jednym tylko przypadku Naczelny Sąd Administracyjny ma możliwość orzekania co do meritum. Ma to miejsce wówczas, gdy nie ma naruszeń przepisów postępowania, które mogły mieć istotny wpływ na wynik sprawy, a zachodzi jedynie naruszenie prawa materialnego (art. 188 p.p.s.a.). Naczelny Sąd Administracyjny może wówczas uchylić zaskarżone orzeczenie i rozpoznać skargę. W tym przypadku sąd orzeka na podstawie stanu faktycznego przyjętego w zaskarżonym wyroku. Tego rodzaju sytuacje są jednak stosunkowo rzadkie, gdyż w większości przypadków skarżący dążą do podważania ustaleń faktycznych przyjętych w zaskarżonym orzeczeniu³³.

Uznać należy, iż takie uregulowanie omawianej kwestii nie zapewnia pełnej realizacji konstytucyjnej zasady dwuinstancyjności. System kasacyjny funkcjonujący w ramach postępowania przed sądami administracyjnymi nie spełnia wszystkich standardów dwuinstancyjności, poważnie ogranicza możliwości orzekania przez sąd kasacyjny (Naczelny Sąd Administracyjny) co do meritum sprawy, godząc tym samym w istotę dwuinstancyjności.

Wprowadzenie do systemu sądownictwa administracyjnego środka odwoławczego w postaci skargi kasacyjnej istotnie ogranicza zasadę dwuinstancyjności. W większości przypadków nie dochodzi bowiem do dwukrotnego rozpoznania sprawy sądownoadministracyjnej, będącej przedmiotem rozpoznania przez sąd pierwszej instancji. Jest to następstwem ograniczenia możliwości wydawania orzeczeń reformatoryjnych przez Naczelny Sąd Administracyjny. Wprowadzając system dwuinstancyjnego sądownictwa administracyjnego, należało wybrać model, który zapewniałby możliwie najkrótszy czas trwania postępowania sądownoadministracyjnego. Sąd drugiej instancji powinien zostać wyposażony w jak najszersze kompetencje do merytorycznego rozpoznania sprawy sądownoadministracyjnej, a tym samym do wydania orzeczenia reformatoryjnego. Aby sprawa mogła być rozpatrywana dwukrotnie merytorycznie, bo taka jest istota dwuinstancyjności, od orzeczeń sądów pierwszej instancji powinien służyć zwyczajny środek odwo-

³¹ Por. stanowisko w tym przedmiocie: W. Chróścielewski, Z. Kmieciak, J.P. Tarno, *Reforma sądownictwa administracyjnego, a standardy ochrony praw jednostki*, PiP 2002, nr 12, s. 44.

³² W. Czerwiński, *Reforma sądownictwa administracyjnego*, „Prokuratura i Prawo” 2002, nr 10, s. 92.

³³ B. Gruszczyński, (w:) B. Dauter, B. Gruszczyński, A. Kabat, M. Niezgodka-Medek, *Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi. Komentarz*, Zakamycze 2005, s. 398.

ławczy do Naczelnego Sądu Administracyjnego, jakim jest apelacja, a nie kasacja. W sytuacji, w której NSA byłby uprawniony do merytorycznego rozpoznania sprawy, ta nie ulegałaby przekazaniu do sądu pierwszej instancji, a tym samym zapobiegałoby to dalszemu przewlekaniu postępowania. Warto przy tym zaznaczyć, że w sytuacji gdy w systemie kasatoryjnym sąd drugiej instancji (NSA) uchyla wyrok sądu pierwszej instancji (wojewódzkiego sądu administracyjnego) i przekazuje sprawę temu sądowi do ponownego rozpoznania, to od kolejnego wyroku pierwszoinstancyjnego ponownie przysługuje kasacja, co dodatkowo staje się przyczyną przedłużenia postępowania³⁴. Rozwiązanie takie niesie za sobą perspektywę wielokrotnego przechodzenia sprawy administracyjnej przez tok dwuinstancyjnego postępowania administracyjnego, a następnie kontroli jego rozstrzygnięcia w dwuinstancyjnym postępowaniu sądowoadministracyjnym, które również może skończyć się wyrokiem kasatoryjnym, a w następstwie tego, przekazaniem sprawy z powrotem do sądu pierwszej instancji³⁵. Prowadzi to do naruszenia jednego z aspektów zasady prawa do sądu, a mianowicie prawa do rozpoznania sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki.

Ponadto ustawa prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi wprowadza przymus adwokacko-radcowski przy sporządzaniu skargi kasacyjnej. Z art. 175 § 1 p.p.s.a. wynika, że skarga kasacyjna powinna być, co do zasady sporządzona przez adwokata lub radcę prawnego. Przymus adwokacko-radcowski, zgodnie z art. 175 § 2 p.p.s.a., nie obowiązuje, gdy skargę sporządza sędzia, prokurator, notariusz, radca Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa albo profesor lub doktor habilitowany nauk prawnych, będący stroną, jej przedstawicielem lub pełnomocnikiem. Przy czym, jeśli wspomniane osoby mają stać się pełnomocnikiem strony, muszą spełniać wymagania przewidziane w art. 35 p.p.s.a., czyli co do zasady winny być z nią spokrewnione lub powinowacone³⁶.

Takie uregulowanie przymusu adwokacko-radcowskiego przy sporządzaniu skargi kasacyjnej ogranicza tzw. zdolność postulacyjną strony, czyli zdolność do osobistego działania w procesie, w zakresie sporządzenia skargi kasacyjnej. A ponieważ skarga kasacyjna w postępowaniu sądowoadministracyjnym, jest pierwszym i jedynym środkiem odwoławczym, wprowadzenie przymusu adwokacko-radcowskiego należy uznać nie tylko za nieuzasadnione, ale także za ograniczające realizację zasady dwuinstancyjności. Zwiększa on jedynie koszty postępowania, przez co ogranicza stronę w możliwości skorzystania ze środka zaskarżenia, jakim jest skarga kasacyjna. Zastosowanie przymusu adwokacko-radcowskiego wydaje się zawsze uzasadnione, gdy postępowanie toczy się przed trzema instancjami, co z kolei wymaga profesjonalnego przygotowania osoby wnoszącej środek odwoławczy do ostatniej instancji, przed którą dostają się co

³⁴ A. Niecikowska, A. Niemirowski, A. Pułjanowska, S. Szuster, *Nowy model...*, op. cit., s. 31.

³⁵ T. Woś, *Projektowana reforma...*, op. cit., s.15.

³⁶ B. Gruszczyński, (w:) B. Dauter, B. Gruszczyński, A. Kabat, M. Niezgódka-Medek, *Prawo...*, op. cit., s. 419.

do zasady najbardziej skomplikowane sprawy. Ponadto wniesienie kasacji przez profesjonalistę służy tu przyspieszeniu postępowania. W procedurze sądowno-administracyjnej wprowadzenie przymusu adwokacko-radcowskiego jest więc pozbawione racjonalnych podstaw poprzez ograniczenie prawa do rozpoznania sprawy w dwóch instancjach sądowych.

Jako czynnik ograniczający zasadę dwuinstancyjności należy także wskazać związaną NSA granicami kierowanej do niego skargi. Stosownie do art. 183 § 1 p.p.s.a. Naczelny Sąd Administracyjny rozpoznaje sprawę w granicach skargi kasacyjnej, bierze jednak z urzędu pod rozwagę nieważność postępowania. A zatem w zakresie określonym w art. 183 § 1 zd. 1 p.p.s.a. w postępowaniu przed NSA obowiązuje zasada ograniczonej kognicji tego sądu³⁷. Związanie granicami skargi dotyczy zarówno rozpoznania sprawy, jak i wydania orzeczenia w sprawie. Granice te określa sam skarżący w treści skargi wskazując, w jakim zakresie nie zgadza się z treścią orzeczenia wydanego przez wojewódzki sąd administracyjny. W konsekwencji Naczelny Sąd Administracyjny nie może poddać kontroli niezaskarżonej części orzeczenia sądu pierwszej instancji³⁸. W sytuacji gdy NSA w trakcie rozpoznawania skargi kasacyjnej zauważy uchybienia niepodniesione w kasacji, nie ma żadnych możliwości pełnego rozpatrzenia sprawy.

Wydawać się może, że określenie granic rozpoznania skargi kasacyjnej ogranicza zasadę dwuinstancyjnego postępowania sądowno-administracyjnego, opartą o brzmienie art. 176 ust. 1 Konstytucji RP. Winny one bowiem obejmować nie tylko realny dostęp do środka odwoławczego, jakim jest skarga kasacyjna, ale także prawo do jej merytorycznego rozpoznania. Cel w postaci doprowadzenia w postępowaniu przed NSA do realnej kontroli orzeczenia wydanego przez sąd pierwszej instancji może być znacznie utrudniony przez daleko idące wymagania formalne i treściowe stawiane skardze kasacyjnej przez ustawodawcę. Z drugiej jednak strony całkowita rezygnacja z powyższego rozwiązania spowodowałaby, że omawiany środek zaskarżenia utraciłby kasacyjny charakter. Tak więc najlepszym rozwiązaniem byłoby wprowadzenia na jego miejsce środka odwoławczego nieniosącego ze sobą skutku kasacyjnego zaskarżanego orzeczenia.

Jako chybioną należy uznać także rezygnację w postępowaniu przed Naczelnym Sądem Administracyjnym z instytucji tzw. przedsądu, czyli wstępnej merytorycznej oceny wniesionego środka zaskarżenia na posiedzeniu niejawnym. Przy tak szerokim zakreśleniu podstaw kasacyjnych, jak to ma miejsce w procedurze administracyjnej, prowadzić to może do przekazywania NSA zbyt dużej ilości skarg, a przez to do przewlekłości postępowania i pozbawienia Naczelnego

³⁷ J.P. Tarno, *Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi. Komentarz*, Warszawa 2006, s. 401.

³⁸ T. Woś, *Dwuinstancyjne sądownictwo administracyjne a konstytucyjne prawo do rozpatrzenia sprawy „bez nieuzasadnionej zwłoki”*, „Państwo i Prawo” 2003, nr 8, s. 33; T. Woś, *Czy dwuinstancyjne sądownictwo administracyjne realizuje konstytucyjną zasadę prawa do sądu*, (w:) *Jednostka w demokratycznym państwie prawa*, Bielsko-Biała 2003, s. 771.

Sądu Administracyjnego jego głównej cechy bycia przede wszystkim instancją odwoławczą. To z kolei stanowić będzie pogwałcenie jednego z przejawów prawa do sądu, czyli prawa do uzyskania orzeczenia sądu bez zbędnej zwłoki³⁹. Oczywiście w ustawie Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi należałoby precyzyjnie określić przesłanki takiej odmowy, w szczególności należałoby dopuścić odmowę przyjęcia do rozpoznania kasacji, która jest oczywiście bezzasadna⁴⁰. Ustawodawca powinien był wprowadzić instytucję przedsądu, ale w taki sposób, aby nie naruszała ona prawa strony do rozpoznania sprawy przez sądy dwóch instancji. Dlatego też przesłanki, na podstawie których Naczelny Sąd Administracyjny mógłby odmówić przyjęcia kasacji do rozpoznania, powinny być określone precyzyjnie oraz w taki sposób, aby pozwalały na wstępną selekcję skarg kasacyjnych bezzasadnych oraz z innych przyczyn niepodlegających rozpoznaniu przez NSA⁴¹. O odmowie przyjęcia kasacji do rozpoznania Naczelny Sąd Administracyjny orzekałby postanowieniem na posiedzeniu niejawnym, w składzie jednoosobowym. Mogłoby ono być połączone z badaniem przesłanek dopuszczalności kasacji, które może prowadzić do odrzucenia kasacji. Postanowienie o odmowie przyjęcia kasacji winno być niezaskarżalne i powodować uprawomocnienie się orzeczenia wojewódzkiego sądu administracyjnego⁴².

Podsumowanie

Podsumowując, należy stwierdzić, że zasada dwuinstancyjności w odniesieniu do postępowania przed sądami administracyjnymi ulega poważnym ograniczeniom. Dlatego też należy zastanowić się nad znowelizowaniem obowiązujących przepisów prawa. Instrumentami racjonalizującymi i przyspieszającymi postępowanie sądowoadministracyjne mogłyby być: wąskie ukształtowanie podstaw kasacyjnych, instytucja odmowy przyjęcia kasacji do rozpoznania, rozszerzenie możliwości rozpoznawania kasacji na posiedzeniu niejawnym, a także rozszerzenie zakresu uprawnień Naczelnego Sądu Administracyjnego do wydawania wyroków reformatoryjnych⁴³. Sąd ten powinien być umocowany do uchylecia zaskarżonego orzeczenia wojewódzkiego sądu administracyjnego i rozpoznania skargi, w każdym przypadku, gdy nie zachodzi potrzeba przeprowadzenia na nowo postępowania dowodowego. Najlepszym jednak rozwiązaniem byłoby wprowadzenie w miejsce skargi kasacyjnej środka odwoławczego nie niosącego ze sobą skutku kasacyjnego.

³⁹ A. Niecikowska, A. Niemirowski, A. Pułjanowska, S. Szuster, *Nowy model...*, op. cit., s. 31.

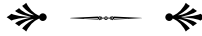
⁴⁰ T. Woś, *Projektowana reforma...*, op. cit., s. 15.

⁴¹ A. Niecikowska, A. Niemirowski, A. Pułjanowska, S. Szuster, *Nowy model...*, op. cit., s. 31.

⁴² T. Woś, *Projektowana reforma...*, op. cit., s. 15.

⁴³ Ibidem.

JOANNA GRZĄDZIELEWSKA



O „UDZIELANIU” I „UDZIELENIU” ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO W USTAWIE „PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH”¹

1. Wprowadzenie

Ustawa „Prawo zamówień publicznych” zajmuje szczególne miejsce w polskim systemie prawa, choć jest aktem stosunkowo młodym, funkcjonującym od niespełna pięciu lat². Zręby systemu zamówień publicznych powstały jednak już w okresie międzywojennym³, a kolejnym znaczącym etapem jego tworzenia było uchwalenie ustawy z 10 czerwca 1994 roku o zamówieniach publicznych⁴. Wymieniona ustawa wprowadziła ujednoczone zasady wydatkowania środków publicznych, zastępując w ten sposób szereg różnorodnych uregulowań stosowanych dotychczas przez urzędy i instytucje publiczne⁵. Nie była jednak tworem doskonałym, przedstawiciele doktryny zarzucali jej, m.in., niezbyt staranną redakcję językową i niekonsekwentne, sprzeczne z zasadami poprawnej legislacji stosowanie podstawowych konstrukcji i terminologii prawa cywilnego⁶. Zapewne

¹ Ustawa z dnia 29.01.2004 Prawo zamówień publicznych, Dz.U. Nr 19, poz. 177 ze zm., dalej jako: *Ustawa*.

² Ustawa, z wyjątkiem niektórych jej przepisów, weszła w życie 2 marca 2004 roku.

³ Należy tu wskazać ustawę z dnia 15 lutego 1933 roku o dostawach i robotach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz instytucji prawa publicznego (Dz.U. Nr 19, poz. 127) oraz uchwalone do niej dnia 29 stycznia 1937 roku rozporządzenie o dostawach i robotach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz instytucji prawa publicznego (Dz.U. Nr 13, poz. 92).

⁴ Dz.U. Nr 76, poz. 334.

⁵ Można tu wymienić m.in.: ustawę z dnia 18 listopada 1948 roku o dostawach, robotach i usługach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz niektórych kategorii osób prawnych (Dz.U. Nr 63, poz. 494); rozporządzenie Rady Ministrów w sprawie dostaw, robót i usług na rzecz jednostek państwowych z dnia 13 stycznia 1958 roku (Dz.U. Nr 6, poz. 17); ustawę z dnia 19 kwietnia 1950 roku o umowach planowych w gospodarce socjalistycznej (Dz.U. Nr 21, poz. 180); rozporządzenie Rady Ministrów w sprawie dostaw, robót i usług na rzecz jednostek państwowych 13 stycznia 1958 roku (Dz.U. Nr 6, poz. 17); czy też w końcu dekret z dnia 16 maja 1956 roku o umowach dostawy pomiędzy jednostkami gospodarki społecznej (Dz.U. Nr 16, poz. 87).

⁶ Jerzy Rajski zwrócił m.in. uwagę na wprowadzenie przez ustawę z 1994 roku nieznanego namemu prawu konstrukcji tzw. oferty wstępnej, która nie była jednak ofertą w rozumieniu prawa cywilnego, czy też na posługiwanie się pojęciem ceny na określenie wynagrodzenia za świadczone usługi i wykonywane

także z tego względu, w ciągu zaledwie kilku lat, ustawa była kilkunastokrotnie nowelizowana.

Konieczność implementacji dyrektyw europejskich, a także potrzeba uporządkowania chaosu pojęciowego, jaki wprowadziła ustawa z 1994 roku, spowodowała, że ustawodawca zdecydował się na jej zastąpienie zupełnie nowym aktem prawnym, a mianowicie ustawą z 29 stycznia 2004 roku – „Prawo zamówień publicznych”.

Warto w tym miejscu zwrócić uwagę na nazwę, jaką nadano nowej ustawie z 2004 roku, regulującej problematykę zamówień publicznych, a sugerującą kompleksowość przewidzianych w niej rozwiązań. Z tego powodu, jak również ze względu na autonomiczność i specyfikę uregulowań zawartych w ustawie, niektórzy przedstawiciele doktryny uznają ją za fundament kształtującej się, odrębnej dziedziny prawa, rządzącej się swymi własnymi zasadami, która wyodrębniła się z trzech innych dziedzin: finansów publicznych, prawa cywilnego i prawa administracyjnego⁷. Nie rozstrzygając kwestii powstania nowej dziedziny prawa, należy na obecnym etapie funkcjonowania ustawy poprzestać na uznaniu jej za *lex specialis* w stosunku do przepisów kodeksu cywilnego⁸. Zresztą, sama ustawa „Prawo zamówień publicznych” reguluje to wprost w odniesieniu do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia (art. 14), jak również w odniesieniu do umów w sprawach zamówień publicznych (art. 139). W tych bowiem przypadkach ustawa wyraźnie nakazuje stosować przepisy kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy samej ustawy nie stanowią inaczej. Takie rozwiązanie przemawia za przynależnością problematyki udzielania zamówień publicznych do dziedziny prawa cywilnego⁹.

Stwierdzenie przynależności „Prawa zamówień publicznych” do prawa cywilnego stanowi niezwykle ważną wskazówkę interpretacyjną, nakazującą uwzględnić przy wykładni jej przepisów zasady i wskazówki wypracowane przez doktrynę tej właśnie gałęzi prawa. Tym samym również analiza konstrukcji prawnych, nieznanymi wcześniej prawu polskiemu, a wprowadzonych przez ustawę, powinna

roboty budowlane; zob. J. Rajski, *Przetarg w ujęciu nowych przepisów kodeksu cywilnego*, „Przegląd Prawa Handlowego” 1997, nr 1, s. 3–4.

⁷ Tak m.in. P. Szostakiewicz, (w:) *Zamówienia publiczne w Polsce. Studium prawne*, Warszawa 2005, s. 33. Bardziej ostrożnie wypowiada się na ten temat J. Pieróg w komentarzu do ustawy – *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2004, s. IX. Autor zwraca uwagę na zwiększone zainteresowanie środowisk prawniczych zagadnieniami związanymi z zamówieniami publicznymi, zaznaczając jednocześnie, że nazywanie zamówień publicznych dziedziną prawa może być w dalszym ciągu nie do przyjęcia dla niektórych przedstawicieli nauki prawa.

⁸ Zob. m.in. J. Pieróg w swoim komentarzu do ustawy; op. cit., s. 7.

⁹ Tak: A. Szostak, *Przetarg nieograniczony na zamówienie publiczne. Zagadnienia konstrukcyjne*, Zeszyty Naukowe, Seria Specjalna: Monografie nr 166, Kraków 2005, s. 7; jednak należy wspomnieć, że wśród przedstawicieli doktryny spotkać można również opinię, że przepisy zawarte w Ustawie przynależą do prawa administracyjnego i cywilnego, bowiem funkcjonują na styku obu tych gałęzi prawa, zob.: P. Świątecki, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Poznań 2004, s. 19–20.

być dokonywana przez pryzmat rozwiązań konstrukcyjnych i instytucji funkcjonujących na gruncie prawa cywilnego.

Nie sposób również pominąć w procesie wykładni ustawy jej specyficznej roli jaką pełni we współczesnej gospodarce rynkowej. Stanowi ona mianowicie jedną z form publicznoprawnej ingerencji państwa w procesy rynkowe. Państwo jest odbiorcą rozmaitych towarów i usług, które są opłacane ze środków publicznych, a ich wydatkowanie powinno być poddane szczególnym procedurom i kontroli. Stąd rozwój regulacji dotyczących zamówień publicznych, które przede wszystkim miały zapewnić efektywne gospodarowanie środkami publicznymi, ale także wprowadzić zasady uczciwej konkurencji pomiędzy podmiotami ubiegającymi się o realizację państwowych kontraktów¹⁰.

Jak już wspomniano, ustawa wprowadziła szereg nowych, nieznanych wcześniej prawu polskiemu konstrukcji prawnych. Prawo zamówień publicznych posługuje się także własną siatką pojęć, rozumianych niekiedy – mimo podobnej bądź wręcz identycznej nazwy – zupełnie odmiennie od pojęć funkcjonujących na gruncie Kodeksu cywilnego lub innych aktów prawnych¹¹. Rodziło to (i nadal rodzi) istotne trudności interpretacyjne, zwłaszcza w związku z odmiennościami, jakie wprowadza ustawa w stosunku do nadrzędnych rozwiązań zawartych w Kodeksie cywilnym. Niestety, nowa ustawa nie uniknęła błędów swojej poprzedniczki z 1994 roku, o czym świadczy fakt już kilkukrotnej jej nowelizacji. „Prawo zamówień publicznych” nie usunęło też wcześniejszych wątpliwości interpretacyjnych. Przeciwnie – dokonana chyba nie dość starannie implementacja dyrektyw unijnych, na których opiera się nowa ustawa, jest źródłem wielu nowych problemów praktycznych i teoretycznych¹².

2. „Udzielanie” i „udzielenie” zamówienia publicznego – ogólne uwagi terminologiczne

Do specyficznych pojęć prawnych zawartych w ustawie należą pojęcia „**udzielenia**” oraz „**udzielania**” zamówienia publicznego¹³. Ustawa posługuje się tymi wyrażeniami wielokrotnie, w rozmaitych złożeniach wyrazowych, jednak

¹⁰ Zob. A. Panasiuk, *System zamówień publicznych w Polsce*, Warszawa 2004, s. 10; o istocie i historycznym rozwoju zamówień publicznych zob. również D. Szczepański, *Zamówienia publiczne*, Pułtusk 2004, s. 15–49.

¹¹ Przykład pojęcia „dostaw”, które mimo nazwy tożsamej z umową nazwaną przewidzianą w Kodeksie cywilnym, mają zupełnie odmienny zakres pojęciowy w regulacjach dotyczących zamówień publicznych, zob. A. Panasiuk, *System...*, op. cit., s. 35 oraz D. Szczepański, *Zamówienia...*, op. cit., s. 72.

¹² Jak stwierdził J. Pieróg w swoim Komentarzu, praktycy „(...) dostrzegają w ustawie coraz więcej problemów. A na pytania o ich rozwiązanie dostają często odpowiedź sprzeczną z treścią przepisów, a czasami ze zdrowym rozsądkiem”, J. Pieróg, op. cit., s. X.

¹³ Nie bez powodu przytaczam tutaj dwie różne formy tego terminu pojawiające się w ustawie, zdaje się bowiem, iż każdej z nich należy przypisać odmiennie znaczenie, o czym w dalszej części artykułu.

nigdzie ich nie definiuje. W rezultacie rodzi to pewne trudności w interpretacji przepisów ustawy, która z faktem udzielenia/udzielania zamówienia wiąże szereg konsekwencji prawnych. Jako przykład można podać art. 1 ustawy, zgodnie z którym: „określa (ona) zasady i tryb udzielania zamówień publicznych, środki ochrony prawnej, kontrolę udzielania zamówień publicznych oraz organy właściwe w sprawach uregulowanych w ustawie” . Art. 7 ust. 3 przewiduje, że: „Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy”¹⁴.

Precyzyjne określenie, na czym w istocie polega „udzielenie/udzielanie zamówienia publicznego”, ma szczególne znaczenie dla uczestników postępowania, a więc dla zamawiającego i wykonawców, którzy powinni stosować się do zasad udzielania zamówień zawartych w ustawie i dla których niezmiernie jest ważne, czy i kiedy doszło do udzielenia zamówienia w sposób prawidłowy i jakie skutki prawne wynikają dla nich z tego faktu. Szczególnie istotne z punktu widzenia skuteczności i konsekwencji działań podejmowanych przez uczestników postępowania wydaje się rozstrzygnięcie, czy w przypadku „udzielenia/udzielania zamówienia publicznego” mamy do czynienia z jednolicie ukształtowaną na gruncie ustawy czynnością prawną, a więc czynnością konwencjonalną skonstruowaną przez normy zawarte w ustawie, której elementy można precyzyjnie wskazać, czy raczej z szeregiem odrębnych czynności (w tym również czynności prawnych) podejmowanych przez uczestników postępowania i składających się na pojęcie udzielenia/udzielania zamówienia.

Ustawa nie precyzuje wprawdzie wyrażenia „udzielenie/udzielanie zamówienia publicznego”, ale w słowniczku zawartym w art. 2 zamieszcza definicję legalną samych zamówień publicznych, którymi są „umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane”. Posłużenie się przez ustawodawcę definicją legalną ma zwykle na celu ułatwienie odbiorcom dokonywania wykładni danego tekstu prawnego. Poprzez jej zamieszczenie ustawodawca może kreować pewne czynności o charakterze konwencjonalnym, likwidować wieloznaczności słownikowe zwrotów języka ogólnego lub sprecyzować użyty w danym akcie prawnym zwrot niedookreślony. Wydaje się, że w tym przypadku ustawodawca chciał sprecyzować, czym są i na czym polegają „zamówienia publiczne”, bowiem potoczne rozumienie tego wyrażenia jest odmienne od przytoczonej definicji legalnej¹⁵.

¹⁴ Należy też dodać, że w poprzednim brzmieniu ustawy art. 170 ust. 1 – zmieniony nowelizacją z dnia 4 września 2008 roku – stanowił, że „Prezes Urzędu może przeprowadzić kontrolę udzielonego zamówienia w terminie 4 lat od jego udzielenia (kontrola następcza)”. Przepis ten wskazywał wyraźnie, że upływ czteroletniego terminu na przeprowadzenie kontroli następczej powinien być liczony od chwili udzielenia zamówienia.

¹⁵ Słownik współczesnej polszczyzny podaje dwa znaczenia terminu „zamówienie”: 1. polecenie ustne lub pisemne dotyczące wykonania jakiejś usługi lub dostarczenia jakiegoś towaru w określone miejsce; to, co zostało zamówione; 2. formularz zawierający pisemne zlecenie wykonania lub dostarczenia różnych towarów bądź usług; *Praktyczny słownik współczesnej polszczyzny*, t. 44, (red.) H. Zgólkowa, Poznań 2003.

Niestety, wprowadzenie definicji legalnej wyrażenia „zamówienie publiczne” nie do końca spełniło swe zadanie, bowiem zestawienie terminów „udzielenie/udzielanie”, którymi tak często posługuje się ustawa, z definicyjnym rozwinięciem wyrażenia „zamówienia publicznego”, daje rezultat w postaci niespotykanego na gruncie języka prawnego (a także języka potocznego) wyrażenia, jakim jest „udzielenie/udzielanie odpłatnej umowy”. Kodeks cywilny bowiem, w odniesieniu do czynności podejmowanych przez strony celem osiągnięcia konsensusu w postaci umowy, używa konsekwentnie terminu „zawieranie”, a rezultat tych czynności nazywa „zawartą umową”¹⁶. Terminem „udzielenie” kodeks cywilny posługuje się natomiast w odniesieniu do pełnomocnictwa¹⁷, prokury¹⁸ i zaliczki przy umowie zlecenia¹⁹.

Ustawa zawiera więcej takich zaskakujących, szczególnie z punktu widzenia języka prawnego i prawniczego, wyrażen. Artykuł 32, zamieszczony w części ustawy dotyczącej przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia (Dział II. Postępowanie o udzielenie zamówienia. Rozdział 2. Przygotowanie postępowania), stwierdza mianowicie, iż „Zamawiający nie może w celu uniknięcia stosowania ustawy dzielić zamówienia na części lub zaniżać jego wartości”. Po uwzględnieniu definicyjnego znaczenia wyrażenia „zamówienie publiczne” okazałoby się, że ustawa zakazuje „dzielenia umów odpłatnych na części lub zaniżania ich wartości”. Inny przykład to tytuł Działu IV ustawy: „Umowy w sprawach zamówień publicznych”, a więc „Umowy w sprawach umów”. Ustawa wspomina też w art. 32 ust. 3 o możliwości udzielenia przez zamawiającego „zamówień uzupełniających”, czyli innymi słowy – „udzielenia umów uzupełniających”.

Wracając jednak do kluczowego dla niniejszych rozważań wyrażenia „udzielenie/udzielanie zamówienia publicznego”, należy zauważyć, że zarówno w języku potocznym jak i w języku prawniczym i tekstach prawnych nie spotyka się takiego sformułowania w odniesieniu do pojęcia umowy. Powszechnie jest natomiast użycie zwrotu „zawarcie umowy”, czy „związanie się umową”, ewentualnie „podpisanie umowy” (w języku potocznym – jednoznaczne z jej zawarciem). Można przypuszczać, iż ustawodawca stworzył na gruncie języka prawnego neologizm

Dodatkowo należy zwrócić uwagę, że jedynie w pierwszym z przytoczonych znaczeń jako przykład zastosowania tego terminu autorzy słownika podają wyrażenia: „zamówienia publiczne” oraz „zamówienie z wolnej ręki”.

¹⁶ Art. 66² § 1 k.c.: „W stosunkach między przedsiębiorcami oferta może być odwołana przed zawarciem umowy (...)”; art. 70 § 1 k.c.: „W razie wątpliwości umowę poczytuje się za zawartą w chwili otrzymania przez składającego ofertę oświadczenia o jej przyjęciu (...)”; art. 70¹ § 1 k.c.: „Umowa może być zawarta w drodze aukcji albo przetargu”; art. 70² § 2 k.c.: „Zawarcie umowy w wyniku aukcji następuje z chwilą udzielenia przybicia”.

¹⁷ Art. 99 § 1 k.c.: „Jeżeli do ważności czynności prawnej potrzebna jest szczególna forma, pełnomocnictwo do dokonania tej czynności powinno być udzielone w tej samej formie”.

¹⁸ Art. 109¹ k.c.: „Prokura powinna być pod rygorem nieważności udzielona na piśmie (...)”.

¹⁹ Art. 743 k.c.: „Jeżeli wykonanie zlecenia wymaga wydatków, dający zlecenie powinien na żądanie przyjmującego udzielić mu odpowiedniej zaliczki”.

frazeologiczny, który stanowi pewną nowość w relacji do języka ogólnego²⁰. Słuszne jest prześledzenie historii wprowadzenia do języka prawnego, w tym do ustawy „Prawo zamówień publicznych”, wyrażenia „udzielenia/udzielania zamówienia publicznego” w jego dzisiejszym, językowym znaczeniu.

3. Wprowadzenie pojęcia „udzielania” i „udzielenia” do języka prawnego – rys historyczny

Pierwszym polskim aktem prawnym wprowadzającym jednolite normy prawne w dziedzinie zamówień publicznych była Ustawa z dnia 15 lutego 1933 roku o dostawach i robotach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz instytucji prawa publicznego (Dz.U. Nr 19, poz. 127)²¹. Ustawa przyznawała Radzie Ministrów kompetencje do wydania rozporządzeń, w których ustalała „sposoby i warunki udzielania zamówień na dostawy i roboty oraz przyjmowania dokonanych dostaw i robót dla Skarbu Państwa, samorządu terytorialnego (...)” i instytucji prawa publicznego²². Termin „udzielanie” został więc użyty w tym wypadku ze słowem „zamówienie”, to zaś z kolei połączono za pomocą przyimka „na” z rzeczownikami „dostawy i roboty”. W dalszej części ustawa nie posługuje się już pojęciem „udzielenia” w odniesieniu do dostaw i robót, ale mówi o „wykonywaniu dostaw i robót” oraz o „wykonywaniu zamówień” przez przedsiębiorstwa z określonych surowców i wszelkich wyrobów krajowego pochodzenia²³. Na podstawie zaledwie pięciu artykułów, jakie liczy ustawa (z czego tylko w dwóch pierwszych pojawiają się interesujące nas terminy), trudno sądzić o znaczeniu pojawiających się w nich pojęć. Nawet z tak bardzo ograniczonego kontekstu językowego można jednak wysnuć wnioski, że rzeczownik „zamówienie” został użyty w znaczeniu, w jakim funkcjonował również w języku potocznym, a więc jako „zamówienie na coś”, czyli polecenie, dyspozycja dostarczenia lub wykonania czegoś, w tym

²⁰ Neologizmem są różnorakie twory językowe, wprowadzające pewne nowości do zastanego języka. Językoznawcy, obok neologizmów frazeologicznych, które tworzą takie zestawienia frazeologiczne, jakich uprzednio język ogólny nie przewidywał, wyróżniają neologizmy znaczeniowe (neosemantyczne), wyznaczające nowe znaczenia wyrazów słownikowych dotychczas mających inne znaczenia oraz neologizmy słownikowe (leksykalne), będące nowymi wyrazami ustanowionymi dla nazw nowych twórców otaczającego nas świata rzeczywistego; M. Zieliński, *Wykładnia prawa. Zasady. Reguły. Wskazówki*, Warszawa 2002, s. 180–181.

²¹ Pomijam tutaj regulacje organizujące działanie takich instytucji, jak Urząd Rozdzielczy, utworzony dekretem z dnia 7 grudnia 1918 roku i zajmujący się zamówieniami rządowymi na wyroby przemysłowe, Ministerstwo Przemysłu i Handlu, które na podstawie uchwały Komitetu Ekonomicznego Ministrów z 6 czerwca 1925 roku udzielało zgody na dokonywanie zamówień rządowych realizowanych za granicą, czy też komisje do spraw zamówień publicznych tworzone na początku lat trzydziestych. Szerzej o powstawaniu i działalności tych instytucji – D. Szczepański, *Zamówienia...*, op. cit., s. 17–25.

²² Art. 1 ust.1 ustawy z dnia 15 lutego 1933 roku o dostawach i robotach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz instytucji prawa publicznego.

²³ Ibidem, art. 2 ust. 2.

wypadku dostarczenia określonych dóbr (dostaw) lub wykonania określonych usług (robót).

Bogatszy materiał do analizy zawiera „Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 29 stycznia 1937 roku o dostawach i robotach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz instytucyj prawa publicznego”, wydane na podstawie wspomnianej ustawy²⁴. W rozporządzeniu termin „udzielenie” (w jego różnych formach gramatycznych) pojawia się w wielu przepisach. Przytoczę kilka z nich dla przykładu, aby pokazać, w jakim kontekście językowym słowo to zostało użyte.

W § 6 rozporządzenie przewiduje, iż „Udzielenie zamówienia na dostawę lub robotę następuje: 1) w drodze pisemnego przetargu ofertowego nieograniczonego lub ograniczonego albo 2) w drodze publicznego przetargu ustnego, albo 3) z wolnej ręki, albo 4) przez zakup bezpośredni za zwykłym rachunkiem”.

Zwraca uwagę ponowne użycie w tekście rozporządzenia (identycznie, jak w ustawie z 1933 roku) wyrażenia „zamówienia na dostawę lub robotę”, a więc wyrażenia funkcjonującego w podobnym znaczeniu również w języku potocznym. W odróżnieniu jednak od języka potocznego rozporządzenie nie łączy z wyrażeniem „zamówienie na dostawę lub robotę” terminu „składanie” albo „złożenie zamówienia”, ale używa rzeczownika odczasownikowego „udzielenie”, podobnie zresztą jak wspomniana wcześniej ustawa. Należałoby się zatem zastanowić, dlaczego ustawodawca użył takiego właśnie terminu w odniesieniu do „zamówienia na dostawę lub robotę”.

Odwołajmy się w tym miejscu do słownikowego znaczenia słowa „udzielać”, funkcjonującego w czasie, kiedy obowiązywało rozporządzenie. Według słownikowej definicji „udzielać” to: 1) dzielić się z kim, dawać część czego; 2) nadawać, gdzie jako przykłady słownik podaje: udzielić komu tytuł oraz udzielić komu prawo do czego. Udzielanie będzie więc to dawanie części czego, nadawanie, natomiast udzielenie to dokonane udzielenie²⁵. Sądzę, iż poprzez użycie wyrażenia „udzielenie zamówienia na dostawę lub robotę” ustawodawca chciał oddać charakter stosunków publicznoprawnych łączących podmioty państwowe z sektorem prywatnym. W przypadku zamówień publicznych charakterystyczna jest bowiem sytuacja, w której państwo jest odbiorcą określonych dóbr, a jednocześnie dysponuje znacznymi środkami pieniężnymi na ich nabycie. Dlatego też może wymagać od dostawców lub wykonawców, których zazwyczaj jest wielu, zaspokojenia swoich potrzeb w takim kształcie i zakresie, jaki uzna dla siebie za najbardziej pożądany. W sytuacji wzmożonej konkurencji po stronie potencjalnych dostawców i wykonawców, z jaką zwykle mamy do czynienia na rynku, jest niezmiernie istotne, kto zrealizuje zgłoszone przez państwo zamówienie, kto uszczknie choćby część środków, jakimi państwo dysponuje. Jednocześnie otrzymanie zamówienia

²⁴ Dz.U. Nr 13, poz. 92.

²⁵ *Słownik języka polskiego*, oprac. A. Zdanowicz, M.B. Szyńska, J. Filipowicz, W. Tomaszewicz, F. Czepliński, W. Borotyński, Wilno 1861, s. 1752.

pozwala przedsiębiorcom na zrealizowanie ich własnych celów, zapewnia zysk i rozwój przedsiębiorstwa²⁶. Dlatego też użycie terminu „udzielenie” może wskazywać na specyficzny charakter relacji jakie łączyły państwo (a właściwie działające w jego imieniu podmioty) z wykonawcami i dostawcami, którzy ubiegali się o powierzenie im zamówienia, a więc o przyznanie im prawa do realizowania dostaw i wykonywania robót, a jednocześnie do uzyskania za spełnienie tego zadania wynagrodzenia pochodzącego ze środków publicznych.

Przywołany wyżej przepis sugeruje również, że „udzielenie” dokonuje się przez wypełnienie jakiejś procedury, bowiem dokonuje się „w drodze” pisemnego przetargu ofertowego nieograniczonego lub ograniczonego” albo „w drodze publicznego przetargu ustnego” albo „z wolnej ręki”, a w kolejnych przepisach rozporządzenie dokładnie wskazuje, jakich czynności należy dokonać korzystając z któregoś z wymienionych sposobów. Istotny dla rozważanych kwestii jest również przepis § 7 rozporządzenia, który przewiduje, że „Udzielenie zamówienia na dostawę lub robotę w sposób przewidziany w § 6 pkt 1), 2) oraz 3) następuje w drodze pisemnej umowy”. Podkreślmy od razu różnicę w porównaniu z aktualnie obowiązującą ustawą „Prawo zamówień publicznych”, która mianem „zamówienia publicznego” określa właśnie odpłatną, pisemną umowę. Rozporządzenie z 1937 roku wskazuje natomiast jedynie na to, że udzielenie zamówienia w przypadku większości z przewidzianych w nim procedur, następuje „w drodze” pisemnej umowy, ale nie stwierdza wprost, że to właśnie umowa jest owym zamówieniem. Poza tym rozporządzenie przewidywało również udzielenie zamówienia przez zakup bezpośredni ze zwykłym rachunkiem. W tym przypadku nie dochodziło do zawarcia pisemnej umowy, a jedynie do „uskutecznienia dostawy lub roboty w drodze ustnej umowy”²⁷. Samo więc pojęcie „zamówienia” miało więc w rozporządzeniu odmienne od dzisiejszego znaczenie.

Na marginesie zauważmy jeszcze jedną drobną różnicę – w § 40 ust. (1) rozporządzenia wymieniono, co powinna zawierać „umowa o udzielanie zamówienia na dostawę lub robotę”. Takie sformułowanie wydaje się bardziej poprawne z punktu widzenia języka potocznego, jak i prawnego, niż funkcjonujące aktualnie wyrażenie „umowy w sprawach zamówień publicznych”.

Jak wynika z powyższych rozważań, wyrażenie „udzielenie/ udzielanie zamówienia publicznego” weszło do języka prawnego wraz z ustanowieniem pierwszych aktów prawnych regulujących kwestie zamówień publicznych, być może właśnie dla podkreślenia owych specyficznych relacji w jakich znajdowali się: z jednej strony zamawiający, a więc podmiot działający w imieniu państwa, dysponujący środkami publicznymi, a drugiej strony wykonawcy oraz dostawcy starający się

²⁶ Zob. również D. Szczepański, *Zamówienia...*, op. cit., s. 16–17.

²⁷ § 39, ust. (1) rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 29 stycznia 1937 roku o dostawach i robotach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz instytucji prawa publicznego.

o udzielenie im zamówienia, a więc o przyznanie im prawa do realizacji na rzecz państwa „zamówionych” dostaw lub robót.

Wyrażenie „udzielanie/udzielenie zamówień” odnajdziemy również w regulacjach powojennych, takich jak: „Ustawa z dnia 18 listopada 1948 roku o dostawach, robotach i usługach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz niektórych kategorii osób prawnych”²⁸, „Ustawa z dnia 28 grudnia 1957 roku o dostawach, robotach i usługach na rzecz jednostek państwowych”²⁹, „Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 13 stycznia 1958 roku w sprawie dostaw, robót i usług na rzecz jednostek państwowych”³⁰, „Rozporządzenie Ministra Handlu Wewnętrznego z dnia 17 marca 1958 roku w sprawie zasad i trybu udzielania zamówień na dostawy, roboty i usługi przez państwowe jednostki handlowe”³¹ oraz „Rozporządzenie Ministra Handlu Wewnętrznego z dnia 5 kwietnia 1963 roku w sprawie zasad i trybu udzielania zamówień na dostawy, roboty i usługi przez państwowe jednostki handlowe”³².

Językowa analiza przepisów wymienionych aktów prawnych wskazuje na utrwalenie się na gruncie języka prawnego neologizmu frazeologicznego „udzielanie/udzielenie zamówienia”, specyficznego zwrotu używanego wyłącznie w regulacjach dotyczących zamówienia publicznego. Potwierdzeniem tego faktu jest również jego powszechne występowanie we współczesnych, kompleksowych regulacjach dotyczących zamówień publicznych, takich jak „Ustawa z dnia 10 czerwca 1994 roku o zamówieniach publicznych”³³ i aktualnie obowiązujące „Prawo zamówień publicznych”.

Przed przystąpieniem do szczegółowej analizy przepisów obowiązującej ustawy, warto zwrócić uwagę na definicję legalną „zamówień publicznych” zawartą w art. 2, ust. 1, pkt 4 „Ustawy o zamówieniach publicznych” z 1994 roku: „(przez zamówienia publiczne) należy rozumieć opłacane przez zamawiającego usługi, dostawy lub roboty budowlane wykonywane przez dostawców lub wykonawców”.

²⁸ Dz.U. Nr 63, poz. 494; w ustawie pojawia się między innymi wyrażenie „tryb udzielania”. Przykładowe przepisy, w których pojawia się termin „udzielanie/udzielenie” – art. 3: „Właściwy minister w porozumieniu z ministrem przemysłu i handlu może w drodze zarządzeń uregulować odmiennie tryb udzielania zamówień na dostawy (...);” art. 4 ust. 2: „Zamawiający powinien dążyć starań, aby zamówienie było udzielone i wykonane w sposób najbardziej korzystny”; art. 7: „Przedsiębiorstwom, wymienionym w art.5, zamówień udziela się w trybie bezprzetargowym”.

²⁹ Dz.U. z 1958 r., Nr 3, poz. 7. W ustawie znajdujemy następujące wyrażenia z wykorzystaniem terminu „udzielanie/udzielanie”: „zamówienia powinny być udzielane” (art. 2 ust. 1), „zamówienie może być udzielone” (art. 2 ust. 3), „zamówienia udziela się” (art. 3. ust.1), „udzielenie zamówienia następuję w trybie przetargowym” (art. 5 ust. 3 pkt 2), „zasady i tryb udzielania zamówień” (art. 6 ust.2).

³⁰ Dz.U. Nr 6, poz. 17. Rozporządzenie używa terminu „udzielenie/udzielanie” w następujących wyrażeniach: „zamawiający może udzielić zamówienia” (§ 1), „przed udzieleniem zamówienia” (§ 2), „nie wolno udzielać zamówień” (§ 3 ust. 1), „zasady udzielania zamówień” (tytuł rozdziału II), „konieczność niezwłocznego udzielenia zamówienia” (§ 9, ust. 1), „decyzja co do udzielenia zamówienia” (§ 15, ust. 1 i 2).

³¹ Dz.U. Nr 19, poz. 83.

³² Dz.U. Nr 17, poz. 95.

³³ Dz.U. Nr 76, poz. 344.

Poprzednia ustawa – w odróżnieniu od aktualnie obowiązującej – pod pojęciem „zamówień publicznych” nie rozumiała odpłatnych umów, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane, ale właśnie owe przedmioty, czyli usługi, dostawy i roboty wykonywane przez dostawców. Taka definicja pozwoliła na uniknięcie niefortunnnych sformułowań, jakie znalazły się w aktualnie obowiązującej regulacji. W ustawie z 1994 r. jest więc mowa o „umowach w sprawach zamówień publicznych” (tytuł Rozdziału 7 i art. 72 ustawy), a więc „umowach w sprawie usług, dostaw i robót wykonywanych przez dostawców”. Przez wartość zamówienia ustawa nakazywała rozumieć szacunkową wartość zamówienia, czyli „szacunkową wartość usług, dostaw i robót, ustaloną przez zamawiającego z należytą starannością – bez podatku od towarów i usług” (art. 2, ust. 1, pkt 9). Przy takim sformułowaniu definicji legalnej zamówień publicznych nie następuje też trudności zrozumienie postanowień art. 3a, ust.1: „Jeżeli zamówienie ma być wykonywane w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania, wartością takiego zamówienia jest suma wartości poszczególnych jego części”, a więc chodzi tu o sumę wartości poszczególnych usług, dostaw i robót, zamawianych w częściach³⁴. Nie wszędzie jednak ustawodawca zadbał o językową poprawność i jasność formułowanych przepisów. Na tle przytoczonej definicji zamówień publicznych dziwić bowiem mogą takie sformułowania, jak choćby to, które znalazło się w art. 3: „Ustawę stosuje się do udzielania zamówień publicznych na dostawy, usługi lub roboty budowlane”. Skoro pod pojęciem zamówień publicznych kryją się właśnie owe „opłacane przez zamawiającego usługi, dostawy lub roboty budowlane wykonywane przez dostawców lub wykonawców”, sformułowanie „udzielanie dostaw, usług lub robót budowlanych **na** dostawy, usługi lub roboty budowlane” jest wyrażeniem niezgodnym z zasadami języka polskiego. Podobne problemy powstają, gdy uwzględnimy definicję legalną zamówień publicznych przy wykładni językowej artykułu 3d: „Rada Ministrów określi, w drodze rozporządzenia, sposób obliczania wartości zamówienia publicznego, uwzględniając charakter robót budowlanych, dostaw i usług będących przedmiotem zamówienia (...)”. W przepisie jest mowa o „robotach, dostawach i usługach” będących przedmiotem...” usług, dostaw lub robót budowlanych”. Takie sformułowanie jest nie do pogodzenia z zasadami konstrukcyjnymi i znaczeniowymi języka prawnego, jak i języka potocznego.

³⁴ Zauważmy, że odpowiednikiem tego przepisu w ustawie „Prawo zamówień publicznych”, jest art. 32 ust. 4: „Jeżeli zamawiający dopuszcza możliwość składania ofert częściowych albo udziela zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania, wartością zamówienia jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia”. Ograniczając się tylko do wykładni językowej, przy uwzględnieniu znaczenia pojęcia „zamówienie” nadanego przez ustawodawcę w drodze definicji legalnej, otrzymalibyśmy przepis, który mówi „udzielaniu odpłatnych umów w częściach” i o „łącznej wartości poszczególnych części umów”, a więc zwrot językowo niejasny, szczególnie na gruncie języka prawnego.

4. „Udzielanie” i „udzielenie” w ustawie Prawo zamówień publicznych

Z podanych przykładów można wysnuć wniosek, że nawet racjonalny ustawodawca ma niekiedy trudności z właściwym użyciem w treści przepisów prawnych funkcjonującego na gruncie regulacji dotyczących zamówień publicznych wyrażenia „udzielanie/udzielenie zamówienia publicznego”³⁵. Taki stan rzeczy utrudnia niekiedy zadanie podmiotom stosującym prawo, a także praktykom korzystającym z przepisów ustawy „Prawo zamówień publicznych”, ale przy okazji pozostawia też szerokie pole do rozważań przedstawicielom doktryny. Problem w tym, że tylko nieliczni komentatorzy zwracają uwagę na wskazane wcześniej niejasności wynikające z użycia wyrażenia „udzielanie/udzielenie zamówienia publicznego” w poszczególnych przepisach ustawy „Prawo zamówień publicznych”³⁶.

Spróbujmy określić, na czym w istocie polega „udzielanie/udzielenie zamówienia publicznego”, czym jest z punktu widzenia konstrukcji funkcjonujących na gruncie prawa cywilnego, którego częścią (choć specyficzną częścią – jak to zaznaczono na wstępie) jest „Prawo zamówień publicznych”. W pierwszej kolejności, opierając się wyłącznie na wykładni językowej, rozpatrzmy znaczenie samego wyrażenia „udzielanie/udzielenie zamówienia publicznego”, bez jego analizy w szerszym kontekście językowym, jaki nadają mu poszczególne przepisy i konstrukcja samej ustawy.

Posługując się podstawową regułą interpretacji tekstu prawnego, która głosi, że „normie należy przypisywać takie znaczenie, jakie ma ona w języku potocznym, chyba że ważne względy przemawiają za odstępieniem od tego znaczenia (domniemanie języka potocznego)”³⁷, należałoby w pierwszej kolejności rozważyć znaczenie zwrotu, którym posługuje się prawodawca w tekście ustawy, na gruncie języka potocznego, a raczej języka ogólnego, poprzez który rozumiemy odmianę

³⁵ Chodzi tu oczywiście o wypracowaną przez teorię prawa koncepcję „racjonalnego prawodawcy”, która jest pewnym założeniem idealizującym i przypisuje prawodawcy m.in. racjonalność językową, a więc doskonałą znajomość i uwzględnianie w procesie stanowienia norm reguł języka etnicznego, w którym formułowane są przepisy, szerzej na ten temat zob.: L. Nowak, *Próba metodologicznej charakterystyki prawoznawstwa*, Poznań 1968, s. 80–138; S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys teorii prawa*, Poznań 1998, s. 161–164.

³⁶ Jednym z tych komentatorów jest P. Świątecki, który w swoim praktycznym komentarzu „Prawa zamówień publicznych”, w przypisie do komentarza artykułu zawierającego definicję zamówień publicznych, zwraca uwagę na fakt, że w poprzednim stanie prawnym zamówieniem było świadczenie, a obecnie zamówieniem jest umowa. Dalej autor stwierdza, że „(...) w ślad za zmianą tej definicji nie poszły zmiany kolejnych przepisów, przejmowanych ze starej ustawy”, stąd rezultat w postaci niejasnych norm zawartych w nowej ustawie. Nie do końca można się jednak zgodzić zaproponowanym przez autora rozwiązaniem tego problemu: „Wyjście z tego ślepego zaułka jest tylko jedno – należy traktować omawianą definicję [zamówień publicznych] jako wypadek przy pracy i nadal stosować ugruntowane rozumienie zamówień publicznych”; P. Świątecki, *Prawo zamówień...*, op. cit., s. 34–35, przypis 19.

³⁷ L. Morawski, *Wstęp do prawoznawstwa*, Toruń 2000, [cyt. za:] M. Zieliński, *Wykładnia prawa. Zasady. Reguły. Wskazówki*, Warszawa 2002, s. 133.

kulturalną języka narodowego, upowszechnioną przez szkołę, administrację, literaturę, media i służącą członkom narodu jako środek porozumiewania się we wszystkich dziedzinach³⁸.

Słownikowe znaczenie terminu „udzielać” to po pierwsze – „dać, dostarczyć, użyć czegoś”, a jako przykłady zastosowania tego terminu słownik podaje następujące wyrażenia: „udzielić: informacji, rad, wskazówek, wywiadu, nagany, wyjaśnień, bonifikaty, kredytu, ślubu, poparcia, dymisji”³⁹. Drugie z możliwych znaczeń tego terminu to: „umożliwić uzyskanie czegoś, wyrazić zgodę na coś”⁴⁰. Rzeczownik odczasownikowy „udzielenie” oznacza „przyznanie czegoś komuś, użyczenie, danie czegoś komuś”, jako przykłady wyrażań z zastosowaniem tego terminu słownik podaje „udzielenie ślubu, błogosławieństwa, pierwszej pomocy”, wyrazy bliskoznaczne to „danie, dostarczenie, użyczenie, przyznanie”, natomiast antonimy: „zabranie, odebranie”⁴¹.

Drugi człon analizowanego wyrażenia nie pozostawia swobody interpretacyjnej, bowiem został zawarty w definicji legalnej, która formułuje normę szczególnego rodzaju, nakazującą, by wyrażeniu „zamówienia publiczne”, występującemu w przepisach ustawy, nadawać odpowiednie przez nią określone znaczenie. Definicja legalna stanowi bowiem niezwykle silną dyrektywę wykładni, narzuconą przez samego ustawodawcę, która ma moc przełamania znaczenia zdefiniowanego pojęcia, w jakim funkcjonuje ono w języku ogólnym⁴². Pod pojęciem „zamówienia publiczne” ustawodawca nakazuje więc nam rozumieć „umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane”. Dla uproszczenia przy dalszej analizie wykorzystamy tylko pierwszy człon definicji, a mianowicie „umowy” (czy też „umowę”), bez jej dalszego dookreślenia.

Zestawienie terminu „udzielać/udzielić” z narzuconym przez definicję legalną znaczeniem wyrażenia „zamówienie publiczne” przyniesie w tym wypadku rezultat w postaci zwrotu „udzielanie/udzielenie umowy”. Nie funkcjonuje ono na gruncie języka prawnego ani prawniczego. Słowniki języka polskiego nie podają takiego zastosowania czasownika „udzielać” bądź „udzielić”. Jeśli zajrzemy do słownika frazeologicznego, znajdziemy w nim około 40 różnych zestawień tego wyrazu z różnymi rzeczownikami (między innymi „udzielać: dymisji, audiencki, ostrzeżenia, posiłków, rady, jałmużny, głosu, absolutorium, wywiadu, urlopu, pomocy, wyjaśnień, nagrody, informacji”), ale słownik nie wymienia wśród nich wyrazu „umowa” (najbardziej zbliżonymi znaczeniowo do umowy pojęciami

³⁸ Z. Klemensiewicz, *O różnych odmianach współczesnej polszczyzny*, (w:) Z. Klemensiewicz, *W kręgu języka literackiego i artystycznego*, Warszawa 1961, s. 108, [cyt. za:] M. Zieliński, *Wykładnia prawa...*, op. cit., s. 138.

³⁹ *Słownik języka polskiego PWN*, Warszawa 1995.

⁴⁰ *Słownik 100 tysięcy potrzebnych słów*, (red.) J. Bralczyk, Warszawa 2005.

⁴¹ *Praktyczny słownik współczesnej polszczyzny*, t. 44, op. cit., s. 34.

⁴² M. Zieliński, *Wykładnia prawa...*, op. cit., s. 203–205.

wydają się być podawane przez słownik w tym haśle rzeczowniki subwencja i zezwolenie)⁴³. Ten sam słownik z wyrazem „umowa” łączy następujące czasowniki: „naruszyć, odnowić, podpisać, ratyfikować, rozszerzyć, rozwiązać, spisać, sporządzić, unieważnić, wykonać, wypowiedzieć, zatwierdzić, zawrzeć, zerwać, załamać”. Wśród przytoczonych wyrażen nie znajdujemy więc zwrotu „udzielać/udzielić umowy”. Także wśród wyrazów bliskoznacznych do czasownika „udzielić” nie znajdziemy żadnego z czasowników wymienianych w słowniku frazeologicznym razem z „umową”⁴⁴.

Biorąc pod uwagę przytoczone powyżej słownikowe znaczenie poszczególnych elementów analizowanego zwrotu, jak i dokonaną wcześniej analizę historyczną wprowadzenia takiego wyrażenia do regulacji prawnych dotyczących zamówień publicznych, można stwierdzić, że najwłaściwszym rozumieniem samego wyrażenia „udzielać/udzielić zamówienia” byłoby: „umożliwić uzyskanie odpłatnej umowy” bądź „wyrazić zgodę na odpłatną umowę”. Takie rozumienie najlepiej chyba oddaje istotę relacji, jakie nawiązują się pomiędzy zamawiającym a wykonawcą na podstawie norm zawartych w ustawie, a które (w dużym uproszczeniu) polegają na tym, że zamawiający umożliwia wykonawcy, który zastosował się do określonej przez niego procedury, związać się z nim odpłatną umową, której przedmiotem są dostawy, usługi lub roboty budowlane.

Poprzestanie na takim wyjaśnieniu analizowanego pojęcia jest jednak wysoce niewystarczające, gdyż dokonana wykładnia językowa nie przyniosła jednoznacznego rezultatu i na gruncie reguł języka polskiego wyrażenie to nadal pozostaje niejasne, a więc trzeba w tym wypadku odwołać się do innych reguł wykładni (w tym w szczególności do reguł wykładni funkcjonalnej). Poza tym nie można poprzestać na językowej analizie wyrażenia, dokonanej w oderwaniu od szerszego kontekstu językowego, jaki nadają mu poszczególne przepisy i sama konstrukcja ustawy „Prawo zamówień publicznych”. Dodatkowo, w tym przypadku istotne jest ustalenie, jakie znaczenie ma wyrażenie „udzielanie/udzielenie zamówienia publicznego” w języku prawnym i prawniczym, a w szczególności czy mamy tu do czynienia z jakąś nową konstrukcją prawną (na przykład z wykreowaniem przez ustawodawcę nowej czynności prawnej), czy też z instytucją znaną już prawu cywilnemu.

Konieczne zatem staje się przeanalizowanie sposobu użycia wymienionego wyrażenia w przepisach ustawy. Jedną z istotnych dyrektyw językowych głosi, że bez umotywowanych racji nie należy nadawać identycznym sformułowaniom zamieszczonym w tym samym akcie prawnym różnych znaczeń. Jednak dokładna analiza zastosowania w konkretnych przepisach interesującego nas wyrażenia

⁴³ *Słownik frazeologiczny języka polskiego*, t. 2, (red.) S. Skorupka, Warszawa 1999.

⁴⁴ Jako wyrazy bliskoznaczne do terminu „udzielić” słownik podaje (w zależności od użytego dopełnienia tego wyrazu): chrzcić, redukować, gościć, zawiadomić, uczyć, ganić, karać, odpowiadać, upoważniać, pomagać, popierać, radzić, pozwalać, pożyczać, opiekować się, obcować, *Słownik wyrazów bliskoznacznych*, (red.) D. Ludwiczak, A. Piskadłowa, E. Tarka-Huczek, Warszawa 1998.

pozwala stwierdzić, że w ramach ustawy funkcjonują w istocie dwa różne zwroty: w jednym z nich czasownik „udzielać” przybiera formę czasownika niedokonanego („udzielać” i pochodzący od niego rzeczownik: „udzielanie”), w drugim z kolei mamy do czynienia z czasownikiem w formie dokonanej („udzielić” i pochodzący od niego rzeczownik „udzielenie”). Ich konsekwentne stosowanie przez ustawodawcę wskazywałoby na funkcjonowanie w obrębie ustawy dwóch różnych wyrażen o odmiennym znaczeniu, a jedna z podstawowych dyrektyw wykładni głosi, że różnym zwrotom użytym przez ustawodawcę w obrębie tego samego aktu prawnego nie można przypisywać tego samego znaczenia. Istotne wydaje się więc rozgraniczenie obu tych pojęć i ewentualne wskazanie ich wspólnego zakresu.

W pierwszym artykule ustawy znajduje się stwierdzenie, iż określa ona „(...) zasady i tryb udzielania zamówień publicznych, środki ochrony prawnej, kontrolę udzielania zamówień publicznych oraz organy właściwe w sprawach uregulowanych w ustawie”. W kolejnych przepisach znaleźć można między innymi następujące sformułowania: przez dynamiczny system zakupów należy rozumieć „(...) ograniczony w czasie elektroniczny proces udzielania zamówień publicznych (...)” – art. 2 ust. 2a; „Ustawę stosuje się do udzielania zamówień publicznych, zwanych dalej „zamówieniami”, przez (...)” – art. 3 ust. 1; „Podstawowymi trybami udzielania zamówienia są przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony” – art. 10, „Tryby udzielania zamówień” – tytuł Działu II, Rozdziału 3 ustawy; Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (...) czuwa nad przestrzeganiem zasad systemu zamówień, w szczególności dokonuje procesu kontroli procesu udzielania zamówień w zakresie przewidzianym ustawą” – art. 154 pkt 11 ustawy.

W podanych przepisach pojawia się rzeczownik „udzielanie” pochodzący od czasownika niedokonanego „udzielać”, co wskazuje na wielokrotność, powtarzalność jakichś czynności. Należy bowiem zauważyć, że wymienione przepisy dotyczą pewnej procedury, do której ustanowienia jest zobowiązany przez ustawę zamawiający, a do jej przestrzegania zobowiązany jest zarówno zamawiający, jak i wykonawcy. Wskazuje na to użycie takich słów, jak „tryb udzielania” czy „proces udzielania”. Wydaje się, że w tym wypadku zastosowano taką właśnie formę rzeczownika „udzielanie”, aby w ten sposób oddać znaczenie toczącego się procesu (realizowanej procedury), na który składa się wiele rozmaitych czynności podejmowanych w toku zastosowanego trybu postępowania. „Prawo zamówień publicznych” jest bowiem w istocie aktem proceduralnym, opisującym działania, czynności i sposoby prowadzące do celu, którym w tym przypadku jest rozsądne i oszczędne wydawanie środków publicznych i zakup pożądanych dóbr i usług⁴⁵. Ze sformułowania zawartego w art. 3 ust. 1 – „Ustawę stosuje się do udzielania zamówień publicznych, zwanych dalej „zamówieniami”, przez (...)” – po którym następuje wyliczenie podmiotów zobowiązanych do stosowania ustawy, można wysnuć wniosek, że „udzielanie” odnosi się raczej do zamawiającego, organizują-

⁴⁵ P. Świątecki, *Prawo zamówień...*, op. cit., s. 19.

cego proces wyłonienia kontrahenta w jednym z trybów wskazanych rzez ustawę. Takie założenie zdaje się potwierdzać konstrukcja przepisów o odpowiedzialności za naruszenie przepisów ustawy (art. 199–203), które „stosuje się do zamawiających” (art. 199), ale nie do wykonawców. Ustawa przewiduje kary pieniężne dla zamawiającego, który „udziela zamówienia” z naruszeniem określonych ustawowych obowiązków dotyczących organizowanego przez niego postępowania (art. 200). Gdyby odnosić pojęcie „udzielanie zamówienia publicznego” tylko do zamawiającego, obejmowałoby ono zatem swym zakresem wszelkie czynności, podejmowane przez zamawiającego w toku wypełniania procedury zmierzającej do związania go z wyłonionym przy zastosowaniu tej procedury wykonawcą, odpłatną umową, której przedmiotem są dostawy, usługi lub roboty budowlane⁴⁶. Natomiast rodzaj tych czynności, kolejność ich podejmowania i sposób ich dokonania związany będzie ściśle z konkretnym trybem udzielania zamówienia, przewidzianym w ustawie.

Jeśli chodzi o zastosowanie w ustawie drugiego ze wskazanych wyrażzeń, to znaleźć je można w następujących przepisach: „Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy” – art. 7 ust. 3; „Postępowanie o udzielenie zamówienia” – tytuł Działu II; „Zamawiający mogą wspólnie przeprowadzić postępowanie i udzielić zamówienia (...)” – art. 16 ust. 1. W wymienionych wypadkach użyto takiej formy czasownika i pochodzącego od niego rzeczownika, która wskazuje raczej na jednorazowość, czy jednokrotność dokonywanej czynności, co podkreśla jeszcze użycie rzeczownika „zamówienie publiczne” w liczbie pojedynczej (w podanych wcześniej przykładach występował on w liczbie mnogiej). Takie sformułowanie może sugerować, że ustawodawca używa pojęcia „udzielenie zamówienia” na oznaczenie jednego konkretnego zdarzenia prawnego albo jego skutku, a nawet ściślej – na oznaczenie określonej czynności prawnej⁴⁷.

Ponieważ finalnym rezultatem działań podejmowanych przez strony postępowania o udzielenie zamówienia jest (a przynajmniej powinna być) umowa, w aspekcie ustalanego znaczenia omawianych tutaj wyrażzeń „udzielania” i „udzielenia zamówienia” nasuwa się porównanie do funkcjonującego w prawie cywilnym dwojakiego znaczenia pojęcia „zawarcie (zawieranie) umowy”, a mianowicie

⁴⁶ Jest to, oczywiście, tylko wstępne założenie znaczenia omawianego pojęcia.

⁴⁷ J. Pieróg w swoim komentarzu stwierdza, że tą czynnością jest podpisanie umowy. Jego zdaniem „ta czynność nie jest już częścią postępowania o udzielenie zamówienia, lecz jest samodzielną czynnością udzielenia zamówienia publicznego, dokonywaną po zakończeniu postępowania”, J. Pieróg, op. cit., s. 67. W komentarzu do art. 171 autor stwierdza: „Zgodnie z (ustawą o finansach publicznych) przesłanką odpowiedzialności z tytułu naruszenia dyscypliny finansów publicznych jest udzielenie zamówienia publicznego. To zaś następuje w chwili złożenia oświadczenia woli w imieniu zamawiającego, przejawiającego się podpisaniem umowy”, ibidem, s. 357. Jednak jak się wydaje, nie wszyscy przedstawiciele doktryny utożsamiają pojęcie udzielenia zamówienia z zawarciem umowy. W komentarzu pod redakcją T. Czajkowskiego można znaleźć takie oto sformułowanie: „Zamawiający może udzielić zamówienia i zawrzeć umowę wyłącznie z tym wykonawcą, który zaoferował najniższą cenę”, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, (red.) T. Czajkowski, Warszawa 2004, s. 194.

znaczenia proceduralnego i materialnoprawnego. W tym pierwszym znaczeniu pojęcie to jest tożsame z wypełnieniem określonej przez przepisy prawa lub same strony procedury (trybu) zawarcia umowy⁴⁸. Jest to więc znaczenie zbliżone do tego, jakie zdaje się mieć pojęcie „udzielania zamówień”. Natomiast w znaczeniu materialnoprawnym zawarcie umowy oznacza osiągnięcie przez strony porozumienia (konsensu) co do wywołania zmierzonych skutków prawnych⁴⁹. To znaczenie byłoby więc podobne do tego, w jakim funkcjonuje w ustawie „Prawo zamówień publicznych” pojęcie „udzielenie zamówienia”⁵⁰.

Podsumowując dotychczasowe rozważania można stwierdzić, że pod pojęciem „udzielanie zamówienia” należałoby rozumieć organizowaną przez zamawiającego procedurę, a dokładniej – zespół uporządkowanych działań (czynności faktycznych i prawnych) podejmowanych przez zamawiającego, zmierzających do związania się umową z wyłonionym w wyniku tej procedury wykonawcą. Natomiast „udzieleniem zamówienia” byłby pozytywny rezultat wypełnienia przez obie strony owej procedury, rezultat w postaci pisemnej umowy w sprawie dostaw, usług lub robót budowlanych, przy czym samo udzielenie następowałoby w momencie zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego⁵¹.

Nasuwa się jednak pytanie o wzajemny stosunek obu tych pojęć, a mianowicie, czy w zakresie znaczeniowym pojęcia „udzielanie” mieści się pojęcie „udzielenia”, które – jak wyjaśniono wcześniej – odnosi się do konkretnej, jednorazowej czynności zawarcia umowy. Innymi słowy: czy samo udzielenie zamówienia (zawarcie umowy) można uznać za jeden z elementów procesu udzielania zamówienia, czy też jest ono dodatkowym, odrębnym elementem, niewchodzącym w zakres zna-

⁴⁸ M. Jasiakiewicz, K. Oplustil, *Zawarcie, zmiana i wykonanie umów w obrocie gospodarczym*, (w:) *Prawo gospodarcze i handlowe*. Tom 5. *Prawo umów w obrocie gospodarczym*, (red.) S. Włodyka, Warszawa 2005, s. 136.

⁴⁹ *Ibidem*, s. 171.

⁵⁰ Podobnego rozróżnienia, tyle że na konkretnym przykładzie udzielania zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego, dokonał G. Ćmikiewicz, który w postępowaniu przetargowym wyróżnił „proces zawarcia umowy”, polegający na podejmowaniu przez strony działań zmierzających do sprecyzowania i uzgodnienia zespołu postanowień, jakie w przyszłości stanowiąc będą wzorzec ich praw i obowiązków wynikających z zaistniałego między nimi węzła prawnego oraz moment zawiązania stosunku prawnego, a więc chwilę zawarcia umowy, G. Ćmikiewicz, *Postępowanie przetargowe jako konstrukcja szczególnego trybu zawarcia umowy*, „Problemy Prawne Handlu Zagranicznego” 1982, nr 6, s. 11–12.

⁵¹ Przed ostatnią nowelizacją ustawy, dokonaną 4 września 2008 roku, na takie rozumienie opisywanych pojęć wskazywały też wyraźnie dwa przepisy regulujące zasady kontroli zamówień: art. 167 ust 1: „Prezes Urzędu może przeprowadzać kontrolę udzielanych zamówień przed zawarciem umowy (kontrola uprzednia)” oraz art. 170 ust. 1: „Prezes Urzędu może przeprowadzić kontrolę udzielonego zamówienia w terminie 4 lat od dnia jego udzielenia (kontrola następcza)”. W pierwszym z przytoczonych przepisów zastosowano przymiotnik „udzielanych” z rzeczownikiem w liczbie mnogiej „zamówień”, które to wyrażenie, według mnie, należało rozumieć jako „kontrolę będących w toku, przebiegających, ale jeszcze nie zakończonych ostatecznym rozstrzygnięciem czynności, składających się na określoną procedurę”. Na takie znaczenie wskazywał też wyraźnie sam przepis, który stwierdzał, że kontrola uprzednia jest dokonywana „przed zawarciem umowy”. Natomiast w przepisie dotyczącym kontroli następczej posłużono się przymiotnikiem „udzielenego” połączonym z rzeczownikiem w liczbie pojedynczej – „zamówienia”, co wskazywałoby raczej na jakąś jednorazową, zakończoną, kompletną czynność, która na dodatek została dokonana w ściśle określonym momencie.

zeniowy pojęcia „udzielanie”. Uważam, że właściwe jest pierwsze rozwiązanie. Wyrażenie „udzielanie zamówienia” powinno być interpretowane szeroko tak, by jego zakresem objąć wszystkie czynności przewidziane przez ustawę, podejmowane zarówno przez zamawiającego, jak i przez wykonawców, w tym również samo zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wskazuje na to art. 1 ustawy: „Ustawa określa zasady i tryb **udzielania** zamówień publicznych, środki ochrony prawnej, kontrolę udzielania zamówień publicznych oraz organy właściwe w sprawach uregulowanych w ustawie”. Przepis ten nie wymienia jako odrębnego elementu „udzielenia zamówienia” czy „zawarcia umowy w sprawie zamówienia”, którą to kwestię ustawa przecież również reguluje. Stąd wniosek, że „udzielenie zamówienia” zawiera się w pojęciowo szerszym wyrażeniu „udzielanie zamówienia”.

Silnym argumentem przemawiającym za uznaniem „udzielenia zamówienia” za jeden elementów składających się na pojęcie „udzielania zamówienia” są przepisy Działu I, Rozdziału 2 ustawy, zatytułowanego „Zasady udzielania zamówień”. Zasady, wyrażone przez ustawodawcę *expressis verbis* w art. 7–10, odnoszą się do wszystkich faz postępowania o udzielenie zamówienia i wszystkich czynności podejmowanych przez uczestników postępowania, w tym również do samego „udzielenia zamówienia”. Według art. 7 ust. 3 „Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy”. Użyte sformułowanie „zamówienia udziela się” jest, moim zdaniem, tożsame z wyrażeniem „umowę w sprawie zamówienia publicznego zawiera się”, na co wskazuje liczba pojedyncza użytych rzeczowników. Chodzi tutaj o dokonanie konkretnej, pojedynczej czynności, a więc o „udzielenie zamówienia” w omówionym wcześniej znaczeniu. Zawarte w omawianym rozdziale ustawy zasady jawności i pisemności postępowania, stosowane są również do samych umów w sprawie zamówień publicznych, uregulowanych przepisami zawartymi w Dziale IV ustawy, co więcej – zostają tam wzmocnione postanowieniami art. 139 ust. 2, wymagającym, pod rygorem nieważności, zachowania formy pisemnej umowy oraz art. 139 ust. 3, formułującym zasadę jawności umów na zasadach określonych w ustawie o dostępie do informacji publicznej.

Dodatkowym argumentem na rzecz włączenia pojęcia „udzielenie zamówienia” w zakres znaczeniowy pojęcia „udzielanie zamówienia” są stwierdzenia przedstawicieli doktryny, na ogół zgodnie lokujących akt podpisania umowy w ciągu zdarzeń (w tym czynności) składających się na postępowanie o udzielenie zamówienia⁵².

⁵² Tak m.in. G. Herc, którego zdaniem „Zawarcie umowy jest jednym z głównych elementów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i jednocześnie wynikiem całokształtu czynności w nim przeprowadzonych”; G. Herc, *Umowy w sprawach zamówień publicznych*, (w:) *Zamówienia publiczne w Polsce...*, op. cit., s. 214; podobnie R. Szostak: „Postępowanie kończy się zazwyczaj dopiero wraz z zawarciem umowy definitywnej”, R. Szostak, *Przetarg nieograniczony...*, op. cit., s. 213 oraz T. Czajkowski:

5. Podsumowanie i wnioski końcowe

Ustawa „Prawo zamówień publicznych” jest skomplikowanym aktem prawnym, którego wykładnię utrudnia fakt zastosowania w jego tekście specyficznych, niespotykanych w innych aktach prawnych pojęć. Należą do nich również pojęcia „udzielania” i „udzielenia” zamówień publicznych, których ustawa nie definiuje. Wyniki przeprowadzonej analizy historycznej ukazały, że wyrażenia „udzielenie/udzielenie zamówienia” zostały wprowadzone do polskiego języka prawnego wraz z aktami prawnymi, które zapoczątkowały budowę systemu zamówień publicznych w Polsce. Ich zastosowanie w obecnie obowiązującej regulacji budzi jednak szereg wątpliwości interpretacyjnych, głównie ze względu na zamieszczenie w ustawie definicji legalnej pojęcia „zamówienia publiczne”. Zestawienie definicyjnego rozwinięcia pojęcia „zamówienia publiczne” z czasownikiem „udzielać”, stanowi swego rodzaju neologizm frazeologiczny, o nieustalonym precyzyjnie na gruncie języka ogólnego znaczeniu, co wykazała dokonana analiza językowa. Stąd konieczność odwołania się do reguł wykładni funkcjonalnej.

Dokładne prześledzenie zastosowania w ustawie omawianych pojęć wykazało, że ustawodawca posługuje się dwoma odmiennymi wyrażeniami, a mianowicie „udzieleniem” i „udzielaniem”, co sugeruje, że chciał im przypisać odmienne znaczenie. Analiza wybranych przepisów ustawy oraz jej konstrukcji prowadzi do wniosku, że pod pojęciem: „udzielanie zamówień publicznych” należy rozumieć zespół uporządkowanych działań (w tym czynności faktycznych i prawnych) przewidzianych przez ustawę i podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców na wszystkich etapach postępowania, składających się na proces wyłonienia kontrahenta i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. „Udzieleniem zamówienia” jest natomiast jeden z elementów tego procesu, a mianowicie zawarcie (a ściślej – podpisanie) umowy w sprawie zamówienia publicznego z wyłonionym wykonawcą. To z kolei prowadzi do wniosku, że pojęcie „udzielenie zamówienia” zawiera się w znaczeniowo szerszym pojęciu „udzielanie zamówienia”.

Dodatkowo, należy zauważyć, że w przypadku pojęć „udzielanie” i „udzielenie” zamówienia, funkcjonujących na gruncie ustawy „Prawo zamówień publicznych”, nie mamy do czynienia z jakimiś odrębnymi, nowymi konstrukcjami prawa cywilnego, czy też z nowymi czynnościami konwencjonalnymi (w tym czynnościami prawnymi) wykreowanymi przez ustawodawcę, ale raczej z wykorzystaniem w przepisach ustawy istniejących już konstrukcji prawa cywilnego. Zastosowanie zaś odrębnej terminologii może wynikać z tradycji funkcjonowania takich właśnie pojęć na gruncie ukształtowanego systemu zamówień publicznych – ustawodawca nawiązuje w ten sposób do pierwszych uregulowań dotyczących zamówień publicznych, w których takie pojęcia się pojawiły. Terminy „udzielanie” i „udziele-

„Zawarcie umowy jest jednym z elementów (...) postępowania”; *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, (red.) T. Czajkowski, op. cit., s. 304; odmiennie J. Pieróg; vide: cytata zamieszczony w przypisie nr 46.

nie” zamówienia zdają się mieć jedynie charakter „techniczny”, pozwalają one bowiem ustawodawcy objąć jedną nazwą wiele różnych czynności faktycznych i prawnych, składających się na każdy z siedmiu trybów udzielenia zamówienia przewidzianych przez ustawę.

MAJA SUJKOWSKA



MATERIALNOPRAWNE PODSTAWY ROZSTRZYGNĘCIA SPORU W POSTĘPOWANIU ARBITRAŻOWYM

Arbitraż jako metoda rozstrzygania sporów jest zjawiskiem sięgającym czasów najdawniejszych¹. W literaturze stawia się nawet tezę, zgodnie z którą polubowne rozstrzyganie sporów należy uznać za zjawisko społecznie starsze niż rozstrzyganie sporów w drodze postępowania przed sądem powszechnym². Od samego początku istotą arbitrażu było rozwiązanie powstałego między stronami konfliktu w drodze podporządkowania się decyzji arbitra – osoby prywatnej cieszącej się w danej społeczności szczególnym poważaniem i szacunkiem. Podstawę rozstrzygnięcia sporu przez arbitra stanowiły przede wszystkim względy słuszności, zasady moralne i przeświadczenie o sprawiedliwości podjętej decyzji, co mogło nastąpić w oderwaniu od ustalonych norm prawnych.

Patrząc na klasyczną postać sądów polubownych, możemy wywnioskować, że możliwość rozstrzygania sporów na podstawie innych kryteriów niż obowiązujące w danym okresie przepisy prawa materialnego jest genetycznie związana z instytucją arbitrażu. Utarło się zresztą postrzegać instytucję sądownictwa polubownego jako instytucję łagodzącą rygoryzm obowiązujących norm prawnych. Powiązanie to wydaje się także występować w polskim dorobku prawnym. Wymienić w tym miejscu należy polską regulację prawną art. 1387 Ustawy postępowania sądowego cywilnego obowiązującą w byłym zaborze rosyjskim z 1926 r., który stanowi: „Sąd polubowny wyrokuje według sumienia”³. Jak słusznie wskazuje R. Kuratowski – „arbitrzy orzekający według zasad tej ustawy nie są przy wyrokowaniu związani żadnymi normami prawnymi”⁴.

¹ Ł. Błaszczak, M. Ludwik, *Sądownictwo polubowne (arbitraż)*, Warszawa 2007, s. XV.

² T. Szurski, *Uwagi wprowadzające do problematyki krajowego i międzynarodowego arbitrażu handlowego (gospodarczego)*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 1994, nr 1, s. 3.

³ W. Miszewski, St. Goldstein, W. Przedpełski, Wł. Żywicki, O. Federowicz, St. Frankesztejn-Sieczkowski, *Ustawa postępowania sądowego cywilnego obowiązującą w okręgach apelacyjnych warszawskim, lubelskim i wileńskim z 1926 r.*, Warszawa 1926, s. 642.

⁴ R. Kuratowski, *Sądownictwo polubowne*, Warszawa 1932, s. 138.

Na mocy postanowień kodeksu postępowania cywilnego z 1930 r.⁵ przepisy dotyczące polubownego rozstrzygnięcia sporów (art. 486–514) niezmiennie milczały na temat materialnoprawnej podstawy rozstrzygnięcia sporu, stanowiąc jedynie w art. 501 § 1, że strony mogą określić same tryb postępowania przed sądem polubownym aż do chwili przyjęcia obowiązku przez sędziów polubownych. Jeżeli strony tego nie uczynią, sąd polubowny określi tryb postępowania według własnego uznania. Ustawodawca w przybliżonym brzmieniu przeniósł na grunt kolejnej regulacji prawnej, tj. kodeksu postępowania cywilnego z 1964 r.⁶ postanowienia dotyczące podstawy rozstrzygnięcia sporu i w art. 705 wówczas nowego k.p.c. ustanowił: „Strony mogą określić same aż do chwili rozpoczęcia postępowania tryb postępowania, który powinien być stosowany w toku rozpoznawania sprawy. Jeżeli strony tego nie uczyniły, sąd polubowny stosuje taki tryb postępowania, jaki uzna za właściwy. Sąd polubowny nie jest związany przepisami postępowania cywilnego. Nie może jednak zaniechać wszechstronnego wyjaśnienia okoliczności niezbędnych do rozstrzygnięcia sprawy”.

Zaznaczyć jednak trzeba, że pod rządami regulacji prawnych, zawartych w kodeksie postępowania cywilnego z 1930 r., a następnie z 1964 r., pojawiała się w doktrynie istotna wątpliwość. Dotyczyła ona podstawy rozstrzygnięcia sporu w postępowaniu arbitrażowym. Kwestię sporną stanowiła dopuszczalność oparcia wyroku sądu polubownego na zasadach słuszności. Rozbieżność poglądów w piśmiennictwie spowodowana była brakiem wyraźnego uregulowania materialnoprawnej podstawy rozstrzygnięcia sporu w kodeksie⁷. Większość przedstawicieli nauki prawa⁸ opowiadała się za stanowiskiem, że „sąd polubowny przy rozstrzyganiu spraw, nie musi tak jak sąd państwowy przestrzegać ściśle przepisów prawa i stosować ich do ustalonych stanów faktycznych, lecz może oprzeć orzeczenie także na względach słuszności lub celowości rozstrzygnięcia w konkretnym przypadku”⁹.¹⁰ Jako źródło takiego uprawnienia wskazywano kompetencję stron do określenia trybu postępowania, który ma być stosowany przez sąd polubowny w toku rozpoznawania sprawy¹¹. Ponadto ówczesne przepisy wyliczające podstawy

⁵ Ustawa z dnia 29.11.1930 r. Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 1930 r., Nr. 83, poz. 651 ze zm.).

⁶ Ustawa z dnia 17.11.1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. Nr 43, poz. 296 ze zm.).

⁷ R. Morek, *Mediacja i Arbitraż (art. 183¹–183¹⁵, 1154–1217 KPC). Komentarz*, Warszawa 2006, s. 230.

⁸ Zob. w szczególności: J. Sobkowski, *Stosowanie prawa materialnego w sądownictwie polubownym według kodeksu postępowania cywilnego i regulaminów kolegium Arbitrów przy Polskiej Izbie Handlu Zagranicznego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1980, nr 3, s. 69; T. Ereciński, (w:) T. Ereciński, J. Gudowski, *Komentarz do kodeksu postępowania cywilnego. Część pierwsza. Postępowanie rozpoznawcze*, Warszawa 2002, s. 379; S. Dalka, *Sądownictwo polubowne w PRL*, Warszawa 1987, s. 85. i inni.

⁹ Por. E. Wengerek, M. Tyczka, *Sądownictwo polubowne w handlu zagranicznym i międzynarodowym obrocie morskim*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 1986, nr 6, s. 212.

¹⁰ W poprzednim stanie prawnym wniosek o dopuszczalności rozstrzygnięcia sporu na zasadach słuszności, swobodnego uznania, podług własnego poczucia prawnego czy ogólnych zasad prawa wywodzono z art. 705 k.p.c. oraz art. 712 § 1 pkt 4 k.p.c.

¹¹ J. Sobkowski, *Stosowanie prawa...*, op. cit., s. 69.

do wniesienia skargi o uchylenie wyroku sądu polubownego, jako przesłanki uzasadniającej skargę, nie wymieniały niezgodności orzeczenia z obowiązującymi przepisami prawa materialnego.

Pojawiał się w doktrynie również odmienny pogląd, według którego nie było podstawy do wydania przez sąd polubowny orzeczenia opartego na innej podstawie niż obowiązujące przepisy prawa materialnego w tym np. na zasadach słuszności. Przekonanie to wynikało z braku umieszczenia w ustawie wyraźnego upoważnienia do takiego działania, co jednoznacznie powodowało obowiązek poddania się przez sąd polubowny wymogom, jakie stawia ustawodawca innym organom państwa, w tym przede wszystkim konieczności realizacji postulatów praworządności¹².

Nowelizacja k.p.c. z dnia 28 lipca 2005 r. uchylająca dotychczasowe przepisy dotyczące sądu polubownego (art. 696–715 k.p.c.) i wprowadzająca w ich miejsce nową, bardziej szczegółową i poszerzoną (z 20 do 64 artykułów) regulację, umieszczoną w oddzielnej, piątej części k.p.c. zatytułowanej „sąd polubowny (arbitrażowy)”, jednoznacznie rozstrzygnęła wywołującą pod rządami poprzednich regulacji wątpliwość. W obecnym stanie prawnym ustawodawca, powracając nijako do korzeni arbitrażu, uregulował kwestię materialnoprawnej podstawy rozstrzygnięcia sporu w art. 1194 k.p.c., którego § 1 stanowi, że sąd polubowny rozstrzyga spór według prawa właściwego dla danego stosunku, a gdy strony go do tego wyraźnie upoważniły – według ogólnych zasad prawa lub zasad słuszności. Następnie w § 2 zastrzeżone zostało, że w każdym przypadku sąd polubowny ma obowiązek brać pod uwagę postanowienia umowy oraz ustalone zwyczaje mające zastosowanie do danego stosunku prawnego.

Proceduralne podstawy rozstrzygnięcia sporu w postępowaniu arbitrażowym zostały umieszczone przez ustawodawcę w art. 1184 k.p.c., który stanowi, że strony mogą uzgodnić zasady i sposób postępowania przed sądem polubownym, jeśli przepis ustawy nie stanowi inaczej, ponadto w braku odmiennego uzgodnienia stron sąd polubowny może, z zastrzeżeniem przepisów ustawy, prowadzić postępowanie w taki sposób, jaki uzna za właściwy, nie będąc jednocześnie związanym przepisami o postępowaniu przed sądem powszechnym¹³. Ponadto należy mieć na uwadze, iż ustawodawca, wprowadzając w życie zarówno art. 1184 k.p.c., jak i 1194 k.p.c., działał z pewnym zamysłem i celowo dokonał ich podziału poprzez wskazanie w art. 1184 k.p.c. proceduralnej podstawy rozstrzygnięcia sporu, a w art. 1194 k.p.c. materialnoprawnej.

¹² P. Ballada, *Zagadnienia obowiązku stosowania prawa materialnego w postępowaniu przed sądem polubownym*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2002, nr 1, s. 87 i n.

¹³ Ustawodawca nie wskazał momentu, do którego strony mogą kształtować (ustalać) zasady prowadzenia postępowania przed sądem polubownym, należy zatem uznać, że zasady postępowania, za zgodną wolą stron mogą ulec zmianie w toku postępowania.

Istotną w tym miejscu kwestią wydaje się być określenie chwili wszczęcia postępowania przed sądem polubownym¹⁴, która powoduje zawisłość sprawy. Ustawodawca w art. 1186 k.p.c. postanowił, że w braku odmiennego uzgodnienia stron postępowanie przed sądem polubownym rozpoczyna się w dniu, w którym pozwanemu doręczono pismo zawierające żądanie rozpoznania sprawy przed sądem polubownym (wezwanie na arbitraż). Wezwanie to powinno zawierać dokładne określenie stron i przedmiotu sprawy oraz wskazywać zapis na sąd polubowny, na podstawie którego postępowanie ma być prowadzone, a także zawierać wyznaczenie arbitra, jeżeli należy to do strony, która dokonuje wezwania na arbitraż. Kluczowe znaczenie ma w tym miejscu zapis na sąd polubowny, który legitymuje strony do wniesienia wezwania na arbitraż, tym samym wszczynając proces konstytuowania się sądu polubownego. W zależności od szczegółowości i charakteru postanowień zawartych przez strony w zapisie na sąd polubowny arbitrzy po ukonstytuowaniu się sądu będą postępowali według określonych uprzednio przez strony podstaw rozstrzygania sporu (materialnoprawnych i proceduralnych). Gdyby jednak w zapisie na sąd polubowny strony nie wybrały z góry przez siebie ustalonej bądź wzorcowej¹⁵ procedury postępowania, obowiązek ustalenia zasad rozstrzygania sporu wciąż spoczywa na stronach, a w sytuacji, gdyby strony nie skorzystały z tego uprawnienia, sąd polubowny będzie prowadził postępowania w taki sposób, jaki uzna za właściwy¹⁶.

Z powyższego wynika, iż sąd polubowny rozstrzygając sprawę będzie prowadził postępowanie według procedury ustalonej przez strony, według regulaminu stałego sądu polubownego czy wzorcowego regulaminu dla arbitrażu bądź w oparciu o wybrane przepisy k.p.c. dotyczące arbitrażu z tym zastrzeżeniem, że procedura

¹⁴ „Prawidłowe ustalenie chwili wszczęcia postępowania – czy na podstawie przepisów k.p.c., czy też ustaleń stron – ma istotne znaczenie ze względu na materialnoprawne i procesowoprawne skutki tego zdarzenia” Do najistotniejszych skutków należy zaliczyć przerwanie biegu terminu przedawnienia (zob. orzeczenie SN z 18.2.2005 r. V CK 467/04, MoP 2005 Nr 6, s. 275); Ł. Błaszczak, M. Ludwik, *Sądownictwo polubowne (arbitraż). Zarys prawa*, Warszawa 2007, s. 153. kwestia ta została celowo przeze mnie pominięta w pracy ze względu na zakres opracowania odnoszący się do materialnoprawnych podstaw rozstrzygnięcia, a nie skutków wszczęcia postępowania.

¹⁵ Przykładem może być regulamin stałego sądu polubownego lub *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration – procedura wzorcowa dla międzynarodowego arbitrażu handlowego*.

¹⁶ Ciekawą kwestią do rozstrzygnięcia wydaje się być wyjaśnienie, jak daleko sięga autonomia woli stron w ustaleniu chwili i sposobu wszczęcia arbitrażu. Oczywiście problem ten ma znaczenie jedynie w przypadku arbitrażu *ad hoc*. Należy w tym miejscu jedynie lakonicznie wskazać na fakt, że ustawodawca, w przeciwieństwie do postanowień zawartych w k.p.c. bezpośrednio przed nowelizacją z 28.07.2005 r., nie ograniczył czasowo autonomii woli stron co do możliwości określenia trybu postępowania arbitrażowego do momentu jego wszczęcia. Obecna regulacja nie daje podstaw do określenia momentu „końcowego”, w którym zasady muszą zostać ostatecznie wyznaczone. Daje to zapewne możliwość do przeciągania postępowania niemal w nieskończoność, pod warunkiem oczywiście, że strony biorą czynny udział w postępowaniu i uprawnienie do ustalenia zasad procesowania nie przejdzie na sąd. Jeśli chodzi o sposób wszczęcia postępowania to z charakteru art. 1186 k.p.c. wynika wprost, że wezwanie na arbitraż znajduje swoje zastosowanie jedynie w sytuacjach, gdy strony nie umówiły się inaczej. Dość często spotyka się w praktyce (przede wszystkim stałe sądy polubowne), posługiwanie się przez strony jedynie pozwem. Pozew taki zastępuje nijako wezwanie na arbitraż i wywiera takie same skutki (zawisłość sprawy). Nie ma jednak przeszkody, aby strony umówiły się inaczej.

ta nie może naruszać postanowień imperatywnych przepisów k.p.c.. Natomiast podstawę materialną rozstrzygnięcia sporu będzie, zgodnie z art. 1194 k.p.c. stanowiło prawo materialne właściwe dla danego stosunku, a w wypadkach gdy strony wyrażą taką wolę podstawą rozstrzygnięcia staną się ogólne zasady prawa lub zasady słuszności. Przedmiot zainteresowania niniejszej publikacji stanowi zbadanie i ustalenie co kryje się pod pojęciami „prawo właściwe dla danego stosunku”, „ogólne zasady prawa” i „zasady słuszności”, które zostały umieszczone w art. 1194 k.p.c.

Prawo właściwe dla danego stosunku. Prawo jest zespołem norm postępowania, które pochodzą od państwa,¹⁷ normy te regulują zachowania istotne z punktu widzenia państwa i których przestrzeganie jest przez państwo gwarantowane¹⁸. Według innej definicji „prawo jest to system ogólnych i abstrakcyjnych reguł zachowania związanych genetycznie i funkcjonalnie z działalnością państwa, którego funkcje i treść określa układ sił społecznych i stopień rozwoju cywilizacji”¹⁹. Jak wskazuje A. Łopatka – do prawa zalicza się tylko normy generalne, czyli takie normy, których adresaci są wskazani nie indywidualnie a rodzajowo i są one przeznaczone do wielokrotnego użycia²⁰. Prawo zapewnia w życiu społecznym pewien porządek, przewidywalność zachowań zarówno jego adresatów, jak i państwa²¹. Ponadto prawo reguluje zdecydowaną większość zachowań wynikających z działalności człowieka. Powstaje zatem zasadnicze pytanie: które normy postępowania uregulowanego przez prawodawcę są odpowiednie dla określonej sytuacji, stanu faktycznego? Innymi słowy, które prawo jest właściwe dla danego stosunku?

Słownikowa definicja pojęcia „właściwość” wskazuje na to „co jest charakterystyczne dla danej osoby lub rzeczy; przymiot, cechę”²². Przez prawo właściwe dla danego stosunku należy zatem rozumieć prawo materialne mające zastosowanie do orzeczenia o przedmiocie sporu. Właściwość oznacza istotę prawa, a więc jego istotne elementy, które przesądzają o tym, iż będzie miało ono zastosowanie do określonego stosunku prawnego. Aby prawo uznać za właściwe dla danego stosunku prawnego, powinno ono określać podstawowe cechy tego stosunku na tyle wyraźnie, że nie powinny istnieć wątpliwości odnośnie łączącej te dwa elementy (prawo z określonym stosunkiem prawnym) więzi prawnej. Chodzi tu przede wszystkim o cechy charakterystyczne, wyszczególniające daną kategorię stosunków prawnych. Ponadto ustalenie prawa właściwego dla danego stosunku powinno być oparte o te jego charakterystyczne elementy, których brak lub

¹⁷ Zostały przez państwo uznane bądź ustanowione.

¹⁸ A. Łopatka, *Prawoznawstwo*, Warszawa 2002, s. 100–101.

¹⁹ Encyklopedia internetowa, hasło „prawo”, <http://e-temida.pl/>.

²⁰ A. Łopatka, *Prawoznawstwo*, op. cit., s. 100.

²¹ Ibidem s. 101.

²² S. Skorupka, H. Anderska, Z. Łapicka, *Mały słownik języka polskiego*, Warszawa 1969, s. 901.

modyfikacja prowadziłaby do bezzasadności ustalenia właściwości, a tym samym do podważenia sensu nawiązywanej więzi prawnej²³. Odpowiednim kryterium do ustalenia prawa właściwego wydaje się odwołanie do pewnego rodzaju istotnych elementów czynności prawnych, nazywanych w nauce prawa *essentialia negotii*.

Essentialia negotii, czyli elementy przedmiotowo istotne stanowią – jak wskazuje Z. Radwański – „ustawowo wyróżnione cechy, według których dokonuje się kwalifikacji konkretnej czynności prawnej do ustawowo wyróżnionych typów czynności prawnych”. Zaznacza jednak, że „w procesie kwalifikacji czynności prawnej nie tylko jej treść, ale także właściwości podmiotów mają niekiedy doniosłość prawną”²⁴. Za elementy decydujące o „przynależności” danego stosunku prawnego do określonego prawa, czyli innymi słowy, za elementy wyznaczające właściwość prawa dla danego stosunku prawnego należy uznać te jego przedmiotowo oraz podmiotowo istotne składniki, które pozwalają poprzez ich wspólną i zbieżną charakterystykę, wytworzyć swoistą spójną więź prawną. Tak przedstawiona koncepcja prawa właściwego wskazuje na to, iż prawo to należy traktować jako swoistego rodzaju twór jurydyczny o ściśle określonych cechach, które determinują jego zastosowanie, w sytuacjach, które wskazują na jego zbieżność z określonymi stanami faktycznymi. Wydaje się natomiast, że w pełni uzasadnione może być również przyjęcie koncepcji, podług której przez prawo właściwe należy rozumieć wskazany przez ustawodawcę (narzucony z góry) model, który znajdzie zastosowanie do moderowania konkretnie przez niego (ten model) wskazywanych stanów faktycznych, zgodnie z wolą państwa. Koncepcję tę różni od pierwszej przede wszystkim element władczy, który zdecydowanie wyraźniej został zarysowany w drugiej koncepcji. Właściwsza jednak wydaje się pierwsza koncepcja.

Jako prawo właściwe sąd polubowny może zarówno zastosować prawo polskie, jak i prawo obce²⁵. Należy przy tym pamiętać, że prawo obce, ze względu na brak w naszym ustawodawstwie ogólnej zasady *legis fori*, powinno być traktowane na równi z prawem własnym²⁶. Brak związania sądu polubownego prawem obowiązującym w jego siedzibie będzie powodować, że prawo właściwe dla danego

²³ Ze względu na niewielką ilość publikacji szczegółowo omawiających kwestię prawa właściwego dla danego stosunku słuszne wydaje się zastosowanie w tym zakresie analogii w stosunku do licznych publikacji, które ukazały się na temat właściwości (natury) stosunku prawnego wynikającej z art. 353¹ k.c. Jako najważniejsze należy wskazać: R. Trzaskowski, *Właściwość (natura) zobowiązaniowego stosunku prawnego jako ograniczenie zasady swobody kształtowania treści umów*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2000, z. 3, s. 377 i n.; R. Trzaskowski, *Granice swobody kształtowania treści i celu umów obligacyjnych*, Zakamycze 2005, s. 274–303; M. Safjan, *Zasada swobody umów (Uwagi wstępne na tle wykładni art. 353¹ k.c.)*, „Państwo i Prawo” 1993, z. 4, s. 12–19; M. Safjan, komentarz do art. 353¹ k.c., (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz do artykułów 1-449¹¹*. T. I, (red.) K. Pietrzykowski.

²⁴ Z. Radwański, *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2005, s. 283.

²⁵ Wniosek taki płynie z faktu nadania postępowaniu przed sądem polubownym charakteru dyspozytywnego. Nic nie stoi więc na przeszkodzie, aby strony postępowania wskazały prawo materialne, podług którego kształtowały łączący je stosunek prawny bądź zawarły umowę procesową wskazującą prawo obce jako miernik właściwy do rozstrzygnięcia powstałego pomiędzy nimi sporu.

²⁶ M. Pazdan, *Prawo prywatne międzynarodowe*, Warszawa 2005, s. 76.

stosunku, nie zawsze będzie tożsame z miejscem postępowania arbitrażowego²⁷. Wybór prawa lub systemu prawnego danego państwa będzie odnosił się do jego norm materialnoprawnych, a nie do jego norm kolizyjnych. Strony mogą według własnego uznania wybrać prawo właściwe dla całości lub jedynie części zawartej między nimi umowy²⁸, tak więc podstawę rozstrzygnięcia sporu mogą stanowić zarówno przepisy konkretnego prawa, jak i kombinacja różnych porządków prawnych²⁹. Gdyby jednak strony nie podjęły wyboru i same nie wskazały prawa właściwego (np. ze względu na brak porozumienia między nimi bądź ze względu na decyzję o pozostawieniu możliwości dokonania wyboru arbitrom), sąd polubowny będzie stosował prawo materialne, które uzna za mające zastosowanie w sprawie (również prawo obce). Przy rozpatrywaniu sporów zawierających element międzynarodowy wskazówkę dla arbitrów, które prawo będzie właściwe do rozstrzygnięcia sporu, będą zawierać normy kolizyjne. Tu zaznaczyć trzeba, że normy kolizyjne różnych państw zazwyczaj ustanawiają nakaz zastosowania prawa materialnego, które będzie najbardziej odpowiednie, najbardziej związane z rozpatrywanym stosunkiem³⁰.

Ustalając zakres wyrażenia „prawo właściwe”, należy również rozważyć kwestię obowiązywania prawa, a konkretnie tego, czy ustanowionemu w przeszłości prawu (zespółowi norm prawnych), pomimo że przestało obowiązywać, wciąż można przypisać walor prawa? W teorii prawa przyjmuje się, że norma prawna obowiązuje, gdy została uznana bądź ustanowiona przez państwo i do tej pory nie została uchylona przez kompetentny w tym zakresie organ. Oznacza to, że państwo stoi na stanowisku, iż dana norma prawna powinna być dalej realizowana³¹. Termin „obowiązywanie prawa” jest wieloznaczny i może być definiowany zarówno w ujęciu aksjologicznym³², realistycznym³³, jak i tetycznym. Najbardziej upowszechniona wydaje się być koncepcja tetyczna, zgodnie z którą obowiązywanie prawa wyraża się przez uznanie, że prawo (norma prawna, przepis prawny, akt normatywny) obowiązuje wówczas, gdy zostało ustanowione w prawidłowy sposób, czyli przez organ do tego upoważniony i zgodnie z trybem legislacyjnym,

²⁷ R. Morek, *Mediacja...*, op. cit., s. 233.

²⁸ A. Bąkowska, *Zasady Europejskiego prawa zobowiązań umownych (kontraktów)*, Warszawa, grudzień 2004, <http://www.rachelski.pl/prezentacja1.ppt>.

²⁹ T. Ereciński, (w:) J. Ciszewski, T. Ereciński, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz, Część czwarta, Przepisy z zakresu międzynarodowego postępowania cywilnego. Część piąta. Sąd polubowny (arbitrażowy)*, Warszawa 2006, s. 424 i n.

³⁰ Podobnie M.A. Zachariasiewicz, *Z problematyki prawa właściwego dla stosunków rozstrzyganych przez arbitraż międzynarodowy*, „Problemy Prawne Handlu Zagranicznego” 1977, t. I, s. 143 i n.

³¹ A. Łopatka, *Prawoznawstwo*, op. cit., s. 176 i n.

³² Obowiązywanie prawa w ujęciu aksjologicznym bazuje na zgodności norm prawnych z normami moralnymi oraz podstawowymi wartościami funkcjonującymi w danym społeczeństwie; prawo nie spełniające takiego wymogu określa się jako „ustawowe bezprawie”. Patrz: T. Stawecki, P. Winczorek, *Wstęp do prawoznawstwa*, Warszawa 1999, s. 77.

³³ Obowiązywanie prawa w ujęciu realistycznym polega na masowej zgodności zachowań adresatów norm prawnych z tymi normami, przy czym obojętnym czynnikiem jest powód, dla którego adresaci norm postępują zgodnie z tymi normami. Patrz: A. Łopatka, *Prawoznawstwo*, op. cit., s. 176.

oraz podane do wiadomości publicznej we właściwy sposób³⁴. Nie może zawierać sprzecznych ze sobą postanowień, których nie dałoby się usunąć dzięki zastosowaniu reguł kolizyjnych. Aby ustalić, że prawo obowiązuje, należy stwierdzić czy nie zostało derogowane lub uchylone przez dotyczące tych samych kwestii przepisy późniejsze, o nie niższej hierarchii³⁵.

Nasuwa się jednak na myśl zasadnicze pytanie: jakie są skutki utraty przez dane prawo, akt normatywny, normę prawną, przepis prawny – mocy obowiązującej³⁶? Czy prawo, które przestało obowiązywać, może w ogóle posiadać walor prawa? Otóż zbiór norm, które utraciły moc nadaną im przez państwo, czyli utraciły gwarancję ich respektowania, należy traktować jako pomnik prawa, a nie jak prawo. Nie spełniają one już bowiem podstawowych przesłanek charakteryzujących prawo, w tym przede wszystkim, normy te nie regulują już zachowań istotnych z punktu widzenia państwa, których przestrzeganie jest przez państwo gwarantowane.

Ustawodawca nie umieścił w kodeksie praktycznych wytycznych odnośnie sankcji związanej z błędnym ustaleniem prawa właściwego bądź z jego złą interpretacją. W § 2 pkt 2 art. 1205 k.p.c. jako podstawy do uchylecia wyroku sądu polubownego nie wskazuje ani błędnej wykładni przepisów prawa materialnego, ani ich niewłaściwego zastosowania. Podstawę uchylecia orzeczenia stanowi tu jedynie sprzeczność rozstrzygnięcia z podstawowymi zasadami porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej³⁷. Kwestię tą poruszały w licznych orzeczeniach również sądy powszechne. Przytoczyć tu należy przede wszystkim: wyrok sądu apelacyjnego w Warszawie z dnia 29.05.2000 r.³⁸, w którym orzeczono, że „naruszenie przez sąd polubowny przepisów prawa materialnego, ich błędna wykładnia, wadliwe wskutek tego rozstrzygnięcie, samo w sobie nie stanowi naruszenia zasady praworządności. Naruszenie przepisów prawa materialnego musi być tego rodzaju, że doprowadziło do wydania orzeczenia, które swoją treścią narusza podstawowe zasady państwa prawa”; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 grudnia 1973 r.³⁹, w którym sąd zważył co następuje: „mylnej wykładni prawa materialnego przez sąd polubowny nie można oceniać jako uchybienia praworządności”; orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 28 kwietnia 2000 r.⁴⁰, w którym wyrażono pogląd, że „sąd polubowny nie jest związany przepisami prawa materialnego. Dlatego

³⁴ J. Kowalski, W. Lamentowicz, P. Winczorek, *Teoria państwa i prawa*, Warszawa 1983, s. 84.

³⁵ T. Stawecki, P. Winczorek, *Wstęp do prawoznawstwa*, Warszawa 1999, s. 79.

³⁶ Ciekawe uwagi dotyczące terminologii w zakresie: moc, moc prawna, moc obowiązująca można znaleźć w artykule B. Kanarek, *Moc obowiązująca i moc prawna a zagadnienie derogacji*, Uniwersytet Szczeciński, <http://usfiles.us.szcz.pl/getfile.php?pid=1323>.

³⁷ Podobnie art. 1214 § 3 pkt 2 k.p.c. dotyczący uznania wyroku sądu polubownego bądź stwierdzenia jego wykonalności.

³⁸ Wyrok Sądu apelacyjnego o sygn. I ACa 65/00, OSA 2001/2/1 z dnia 29.05.2000 r.

³⁹ Wyrok SN z 1973.12.21 r., I CR 663/73, OSP 1975/1/4.

⁴⁰ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28.04.2000 r. sygn. II CKN 267/00, OSNC 2000/11/203 z glosą aprobującą M. Bieniak Monitor Prawny 2002/2/82.

sama mylna wykładnia prawa materialnego przez sąd polubowny nie może usprawiedliwiać uwzględnienia skargi o uchylenie wyroku tego sądu. Inaczej będzie tylko wtedy, gdy wyrok sądu polubownego, naruszając określone normy prawa materialnego, jednocześnie uchybia praworządności. Chodzi tu o przypadek, gdy (...) obraza prawa materialnego przez sąd polubowny prowadzi do rozstrzygnięcia naruszającego naczelne zasady prawne obowiązujące w Rzeczypospolitej Polskiej (...) Brak związania sądu polubownego przepisami prawa materialnego bierze się przede wszystkim stąd, że powierzenie rozstrzygnięcia sprawy arbitrom najczęściej następuje ze względu na ich specjalną wiedzę (...) gdyż ważniejsza jest specjalistyczna wiedza, niż znajomość norm materialnoprawnych określonego prawodawstwa; w tego typu sprawach wystarczające może być poczucie prawne arbitrów⁴¹.

Pomimo faktu, że przytoczone orzeczenia zostały wydane w poprzednio obowiązującym stanie prawnym, należy je traktować jako wciąż aktualne. Dotychczasowa regulacja k.p.c. używała dwóch określeń, tzn. pojęcia „praworządności” i „zasad współżycia społecznego”, których obecnie brak w kodeksie w odniesieniu do sądu polubownego; w miejsce to ustawodawca wprowadził podstawowe zasady porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej (klauzula porządku publicznego). W literaturze i orzeczeniach sądowych przestrzeganie praworządności i zasad współżycia społecznego niejednokrotnie definiowane są wspólnie jako przestrzeganie podstawowych zasad państwa prawa⁴². Te z kolei należy traktować jako jedno z podstaw porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej, w związku z tym wiele uwag wyrażonych w poprzednim stanie prawnym, a zawartych w orzeczeniach sądowych oraz w doktrynie należy uznać za wciąż aktualne.

Ogólne zasady prawa. Możliwość wyrokowania na podstawie ogólnych zasad prawa została wprowadzona do kodeksu postępowania cywilnego wraz z nowelizacją k.p.c. z 28 lipca 2005 r. Wyraźne wskazanie w części procedury cywilnej, dotyczącej sądu polubownego, możliwości wyrokowania opierając się na kryteriach innych niż prawo materialne, nadaje naszemu ustawodawstwu kształt zgodny z przewidzianym przez prawo modelowe *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration* – o międzynarodowym arbitrażu handlowym – z 1985 r. (przyjętym przez Komisję Międzynarodowego Prawa Handlowego ONZ), które zostało wprowadzone do licznych systemów prawnych w państwach europejskich i poza nimi⁴³.

⁴¹ Patrz także na: Wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 14 lipca 1995 r. I ACr 424/95, OSA 1995, nr 9, s. 21–27; Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 1964 r., I CR 123/63, OSNCP 1965, nr 4, poz. 61; Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 listopada 1960 r., 2 CR 1044/59, OSN 1962, nr 2, poz. 24.

⁴² Patrz m.in. P. Ballada, *Zagadnienie obowiązku stosowania prawa materialnego w postępowaniu przed sądem polubownym*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2002, nr 1, s. 98 i n.; Wyrok sądu Apelacyjnego I ACa 65/00 – OSA 2001/2/10.

⁴³ T. Ereciński, (w:) J. Ciszewski, T. Ereciński, *Kodeks...*, op. cit., s. 346.

Pojęcie „zasada prawna” jest definiowane jako obowiązująca norma prawna uznana za szczególnie ważną (zasadniczą) dla danego systemu prawa⁴⁴. Przedstawiciele nauki prawa prezentują różne – rozbieżne stanowiska w zakresie ustalenia charakteru i celu zasad prawnych. Nie udało się do chwili obecnej stworzyć legalnej definicji zasady prawnej, która dawałaby wskazówki interpretacyjne w zakresie jej stosowania.

W celu bliższego przyjrzenia się zasadom prawa, jako normatywnym postaciom wartości, należy przede wszystkim przytoczyć pogląd Ronalda Dworkina. W pierwszej kolejności wskazuje on na różnice zarówno o charakterze funkcjonalnym, jak i logicznym oddzielające zasady prawne od reguł prawnych. Zasady prawne posiadają swe korzenie przede wszystkim w rzeczywistości społecznej, a nie w rzeczywistości prawnej, jak to ma miejsce w przypadku reguł prawnych⁴⁵. R. Dworkin definiuje zasadę prawną jako „normę, która ma być przestrzegana (...) dlatego, że tego domaga się sprawiedliwość, uczciwość lub inny aspekt moralności”⁴⁶. Wskazuje również na pewnego rodzaju pomocniczość zasad prawnych, po które – według niego – sąd powinien sięgnąć dopiero, nie znajdując „wzorca rozstrzygnięcia wśród reguł prawnych”⁴⁷. Obowiązek sięgania do katalogu zasad prawnych ma charakter moralny, odwołuje się również do rzeczywistości społecznej. Kolejne cechy odróżniające zasady prawne od reguł prawnych to – według Dworkina – ich budowa oraz podstawa obowiązywania. Reguły prawne wyrażane są poprzez nakazy bądź zakazy, których dopiero pełne zrealizowanie pozwala na uznanie działania ich adresata za zgodne z prawem. Reguły są definiowane przez R. Dworkina jako normy stanowczo wyznaczające granice swojego zastosowania poprzez przyjęcie konstrukcji „wszystko albo nic”⁴⁸. Niedopuszczalne zatem jest częściowe zrealizowanie reguły prawnej, gdyż może ona zostać zrealizowana jedynie w całości. Ponadto dwie sprzeczne ze sobą reguły wywołujące konflikt w sferze obowiązującego systemu prawnego nie mogą być uznane za obowiązujące do czasu, gdy jedna z nich zostanie uznana za nieobowiązującą⁴⁹. Zasady prawne różnią się w tym zakresie od reguł prawnych, gdyż istnieje możliwość zaledwie ich częściowej realizacji. Dzieje się tak dlatego, że zasady prawne nakładają na podmioty powinność uzyskiwania pewnych określonych stanów rzeczy, chroniąc jednak tym samym prawa innych jednostek. Wyznaczenie powinności osiągnięcia pewnych określonych stanów rzeczy jest wyznaczone tylko w takim zakresie, jaki nie narusza równowagi systemu prawnego⁵⁰. Istnieje zatem możliwość częściowej realizacji zasady prawnej lub realizacji po części wielu zasad prawnych.

⁴⁴ *Encyklopedia prawa*, (red.) U. Kalina-Prasznic, Warszawa 2000, s. 1231.

⁴⁵ M. Kordela, *Zasady prawa jako normatywna postać wartości*, „Ruch prawniczy Ekonomiczny i Socjologiczny” 2006, z. 1, s. 39.

⁴⁶ R. Dworkin, *Biorąc prawa poważnie*, przekł. T. Kowalski, Warszawa 1998, s. 56 i n.

⁴⁷ M. Kordela, *Zasady...*, op. cit., s. 39.

⁴⁸ R. Dworkin, *Biorąc...*, op. cit., s. 56.

⁴⁹ *Ibidem*, s. 57.

⁵⁰ M. Kordela, *Zasady...*, op. cit., s. 40.

W przypadku sprzeczności czy niezgodności ze sobą zasad prawnych organ orzekający nie jest zobowiązany, tak jak w przypadku reguł prawnych, dokonać oceny ich obowiązywania i wykluczyć jedno z nich na rzecz innych. Swoistego rodzaju „plastyczność” zasad pozwala na ich zharmonizowanie i uzgadnianie przez organ orzekający, w wyniku którego arbiter uzyskuje spójny obraz całości dający się zastosować w danym przypadku⁵¹.

W europejskiej koncepcji zasad prawa za znajdującą największe uznanie należy uznać teorię R. Alexy’ego. Według koncepcji tej zasady prawa to nakazy optymalizacyjne o charakterze idealizacyjnym, które są typem norm prawnych, mają jednak wyraźnie odrębny status w stosunku do norm-reguł prawnych. Zasady nakazują osiągać pewne określone stany rzeczy, a ich realizacja uzyskiwana jest poprzez nałożenie na podmioty stosujące prawo powinności urzeczywistnienia wskazanego skutku, w takim stopniu, na jaki pozwalają zarówno możliwość faktyczna, jak i prawna⁵².

Jak wskazuje się w polskiej nauce prawa, zasady prawa to pewne podstawowe założenia leżące u podłoża każdego systemu prawnego czy gałęzi prawnej⁵³. Wyrażają one ich charakterystyczne rozwiązania instytucjonalne⁵⁴. Założenia te stanowią przejawy panujących w kraju stosunków społeczno-gospodarczych i politycznych⁵⁵.

Rola zasad prawnych polega zatem na „stworzeniu spójnej całości, zbioru uporządkowanych norm”⁵⁶. Zasady wskazują również kierunki stosowania prawa, sposób korzystania z tak zwanych luzów decyzyjnych oraz wskazują na sposób czynienia użytku z przysługujących określonym podmiotom praw⁵⁷. Jak wskazuje W. Berutowicz, to właśnie zasady prawne stanowią wyznacznik działania do osiągnięcia zamierzonego celu, tworząc przy tym ideologię polityczno-prawną, która przenikając instytucje prawne łączy ogół norm w określony system prawny⁵⁸.

Gdy mówimy o zasadach prawa, to – zgodnie z poglądem reprezentowanym przez Z. Radwańskiego – należy mieć na względzie „pewną kategorię norm prawnych, które wyróżniają się swoją doniosłością oraz szczególną rolą”⁵⁹. Ogólne zasady prawa wyznaczają kierunek działań prawodawczych, sposób stosowania prawa oraz wyznaczają granice czynienia użytku z praw podmiotowych⁶⁰.

⁵¹ Ibidem, s. 40.

⁵² Ibidem, s. 40–41.

⁵³ A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 2001, s. 29.

⁵⁴ Ibidem, s. 29.

⁵⁵ Ibidem, s. 30.

⁵⁶ S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys teorii prawa*, Poznań 2001, s. 186.

⁵⁷ A. Redelbach, S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys teorii państwa i prawa*, Warszawa 1994, s. 226.

⁵⁸ W. Berutowicz, *Postępowanie cywilne w zarysie*, Warszawa 1974, s. 225.

⁵⁹ Z. Radwański, *Prawo...*, op. cit., s. 17.

⁶⁰ R. Trzaskowski, *Granice swobody kształtowania treści i celu umów obligacyjnych art. 353¹ k.c.*, Zakamycze 2005, s. 103.

W związku z analizą art. 1194 k.p.c. chodzi oczywiście o zasady szeroko pojętej gałęzi prawa cywilnego, aktualnie obowiązujące w obrocie prawnym⁶¹.

W polskim ustawodawstwie nie został stworzony na poziomie ustawowym katalog zawierający wyliczenie zasad prawa cywilnego. Poniżej zostaną przykładowo przedstawione zasady prawa odnoszące się do systematyki zaproponowanej przez Z. Radwańskiego⁶² oraz A. Woltera, J. Ignatowicza, K. Stefaniuka⁶³.

Zasada „uznania i ochrony osobowości każdego człowieka w równej mierze” (dotyczy ona przede wszystkim zdolności prawnej i ochrony wartości niemajątkowych realizowanej przez instytucję ochrony dóbr osobistych). Arbitrzy rozpatrując spór w oparciu o tą zasadę powinni brać pod uwagę nienaruszalność takich dóbr jak: godność, wolność oraz ochrona życia człowieka, wolność sumienia i religii, wolność wyrażania poglądów oraz pozyskiwania informacji⁶⁴.

Zasada „pełnej i równej ochrony mienia podmiotów prawa cywilnego”, czego wyrazem jest instytucja prawa własności.

Zasada ustanawiająca „zakaz nadużywania praw podmiotowych”, wyrażający się w art. 5 k.c.⁶⁵, stanowiącym, że nie można czynić ze swego prawa użytku, który byłby sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Poprzez respektowanie zasad współżycia społecznego rozumie się zarówno należyte poszanowanie interesów stron, sprawiedliwość materialną, jak i poszanowanie interesów osób trzecich oraz interesu ogólnospołecznego⁶⁶. Postępując zgodnie z tą zasadą, arbitrzy powinni uznawać tylko umowy sprawiedliwe, tzn. takie, które w ocenie niezależnego obserwatora respektują interesy obu stron⁶⁷. W skład tej zasady R. Trzaskowski zalicza również: „zasadę odpowiedzialności”, oznaczającą obciążenie negatywnymi konsekwencjami stroną działającą niestaranie oraz „zasadę uczciwości”, z którą prawo wiąże negatywne konsekwencje dla strony działającej w sposób niełojalny, nieuczciwy – w tym przypadku brak uznania umów, które są sprzeczne z interesem społecznym albo interesem osób trzecich⁶⁸.

Zasada „autonomii woli stron”⁶⁹ wyrażająca się w możliwości ułożenia powstałego między stronami stosunku prawnego przez czynności prawne (w szczególności umowy – tzw. swoboda umów) według swojego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego (art. 353¹ k.c.). Dopuszcza ona możliwość uznania tylko

⁶¹ A. Zieliński, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz do artykułów 506–1217*. T. II, Warszawa 2006, s. 1425.

⁶² Z. Radwański, *Prawo...*, op. cit., s. 17 i n.

⁶³ A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo...*, op. cit., s. 34.

⁶⁴ Przykładowe wyliczenie wartości chronionych przez Konstytucję RP znajduje się w jej rozdziale II.

⁶⁵ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz.U. Nr 16, poz. 93 ze zm.).

⁶⁶ R. Trzaskowski, *Granice...*, op. cit., s. 101.

⁶⁷ Ibidem, s. 104.

⁶⁸ Ibidem, s. 103.

⁶⁹ Z. Radwański, *Prawo...*, op. cit., s. 18.

tych umów, na których treść obie strony mogły mieć wpływ, które zapewniły możliwość uwzględnienia ich interesów⁷⁰.

Zasada „ochrony zaufania podmiotu do składanych mu oświadczeń lub do innych prawnie doniosłych zachowań”; zaliczyć tu trzeba przede wszystkim: nakaz moralny dotrzymania danego słowa oraz ponoszenia odpowiedzialności za błędny przekaz informacji. Zasada ta stanowi rdzeń całego szeregu norm składających się na tzw. ochronę dobrej wiary⁷¹ ściśle związaną z zasadą bezpieczeństwa obrotu. Sąd polubowny, rozpatrując spór na podstawie tej zasady, powinien jako mierznika używać zasady *pacta sunt servanda*⁷².

Doktryna wskazuje również na potrzebę wyróżnienia zasady „cywilnoprawnej ochrony praw na dobrach niematerialnych”. A. Wolter, J. Ignatowicz i K. Stefaniuk zaznaczają, że zasada ta wciąż poszerza swe znaczenie, w miarę jak nabierają wartości nowe zdobycze ludzkiego intelektu. Jej zadaniem jest chronić takie prawa na dobrach niematerialnych, jak np. prawo autorskie czy prawo do wynalazku⁷³.

Do podstawowych zasad prawa należy również zaliczyć „zasadę odpowiedzialności za szkodę”; zobowiązuje ona każdego, kto wyrządził innej osobie szkodę ze swojej winy, a w przypadkach w ustawie przewidzianych także bez swojej winy, do jej naprawienia⁷⁴. Z zasadą tą funkcjonalnie powiązana jest „zasada cywilnej odpowiedzialności za długi” – wyraża się ona w odpowiedzialności dłużnika za zaciągnięte przez siebie zobowiązania całym swoim majątkiem. Ograniczenia w tym zakresie mogą wynikać tylko ze szczególnych unormowań prawnych⁷⁵.

Do systematyki zasad prawa, proponowanej przez Z. Radwańskiego oraz A. Woltera, J. Ignatowicza, K. Stefaniuka, R. Trzaskowski proponuje dodać „zasadę ochrony bezpieczeństwa prawnego”, która wyraża się w pewności co do przysługujących praw i obciążających strony obowiązków⁷⁶.

Słuszny wydaje się pogląd, według którego arbitrzy orzekający na podstawie ogólnych zasad prawa, mogą rozstrzygnąć spór w oparciu o źródła, które powstały w celu harmonizacji różnych systemów i tradycji prawnych, takie jak stworzone przez Komisję do spraw Europejskiego Prawa Kontraktów – Zasady Europejskiego Prawa Kontraktów – *PECL (Principles of European Contract Law)* czy stworzony przez Międzynarodowy Instytut Unifikacji Prawa Cywilnego *UNIDROIT* Katalog Zasad Międzynarodowych Kontraktów Handlowych (*Principles of International Commercial Contracts*). Taką możliwość autorzy publikacji na temat arbitrażu dopuszczają w przypadku rozstrzygania sporów o charakterze międzynarodowym⁷⁷.

⁷⁰ R. Trzaskowski, *Granice...*, op. cit., s. 104.

⁷¹ Tak A. Zieliński, *Kodeks postępowania cywilnego...*, op. cit., s. 1425 i 1426.

⁷² R. Trzaskowski, *Granice...*, op. cit., s. 104.

⁷³ A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo...*, op. cit., s. 34.

⁷⁴ Ibidem.

⁷⁵ Ibidem.

⁷⁶ R. Trzaskowski, *Granice...*, op. cit., s. 102.

⁷⁷ R. Morek, *Mediacja...*, op. cit., s. 231; podobnie T. Ereciński, (w:) J. Ciszewski, T. Ereciński, *Kodeks...*, op. cit., s. 425.

Zasady słuszności. Możliwość posłużenia się zasadami słuszności jako podstawą do rozstrzygnięcia sporu przez skład orzekający jest charakterystyczna wyłącznie dla postępowań polubownych⁷⁸.

W przypadku gdy arbitrzy zostali przez strony wyraźnie upoważnieni do rozstrzygnięcia sporu *ex aequo et bono* (łac., dosł. wg tego, co słuszne i dobre)⁷⁹, ferowanie przez nich orzeczenia powinno polegać na „poszukiwaniu rozwiązania sporu zgodnie z dyrektywami słuszności i sprawiedliwości, tak jak są one pojmowane przez arbitrow niezależnie od obowiązujących norm prawnych, a niekiedy wbrew tym normom”⁸⁰. Jak podkreśla P. Bielarczyk – „arbitrzy są wręcz zobowiązani do poszukiwania słusznego i sprawiedliwego rozwiązania sporu”⁸¹. W literaturze dotyczącej tematyki rozstrzygnięcia sporów na zasadach słuszności pojawiają się trzy różne terminy dotyczące tej metody. Wymienić tu należy *arbitrium boni viri*, *amiable composition* oraz wspomniane już rozstrzygnięcie sporu na zasadach *ex aequo et bono*.

Metoda rozstrzygnięcia sporów, zwana *arbitrium boni viri*, odnosi się do arbitrażu opartego na zasadach słuszności, który posiada swe korzenie w historycznym prawie greckim. Określenie to jednak odwołuje się zarówno do zasady słuszności, jak i do innych pozaprawnych kryteriów, np. do dobra i wartości moralnych, każących uwzględnić sytuację faktyczną i prawną pozostających w sporze stron⁸², nadając arbitrowi miano *boni viri*, czyli dobrego prawnego męża, mężczyzny⁸³. Termin ten należałoby uznać, ze względu na jego zakres znaczeniowy, za bardziej związany z osobą arbitra niż bezpośrednio z metodą rozstrzygnięcia przez niego sporu.

Odnosnie arbitrażu *ex aequo et bono* oraz instytucji *amiable composition* w doktrynie pojawiają się dwa poglądy. Pierwszy z nich opowiada się za utożsamieniem obydwu określeń, ze względu na kształt polskiej ustawy procesowej, podkreślając, że w przypadku gdy dany system prawny nie zna rozróżnienia obydwu z tych instytucji, kwestia ta sprowadza się do możliwości pominięcia

⁷⁸ Pomimo że prawną (proceduralną) podstawą rozstrzygnięcia sporu w postępowaniu przed sądem powszechnym nie mogą być zasady słuszności, a jedynie wskazane przez ten sąd określone obowiązujące normy prawne, należy zwrócić uwagę na możliwość korzystania przez sąd powszechny z zawartych w prawie materialnym klauzul generalnych, takich jak np. zasady współżycia społecznego wyrażone w art. 5 k.c., które poprzez swój niedookreślony charakter, w określonych przypadkach mogą zapewnić składowi orzekającemu możliwość odwołania się do pozaprawnych kryteriów oceny danej sprawy. Odwołanie to jednak następuje tylko i wyłącznie w związku z innymi przepisami prawnymi i w mojej opinii należy je poczytywać jako pewnego rodzaju furtkę służącą do łagodzenia rygorystyki mających zastosowanie w danej sprawie innych przepisów prawnych. Sąd powszechny nie posiada jednak możliwości kształtowania przepisów procedury podług tego, co słuszne w danym przypadku, w mojej ocenie możliwość taka została przyznana sądowi polubownemu art. 1194 k.p.c.

⁷⁹ M. Kuryłowicz, *Słownik terminów, zwrotów i sentencji prawniczych łacińskich oraz pochodzenia łacińskiego*, Zakamycze 2002, s. 37.

⁸⁰ P. Bielarczyk, *K.p.c. po nowelizacji*, dodatek do Monitora Prawniczego 22/2005, s. 17.

⁸¹ Ibidem.

⁸² A. Wach, *L'amiable composition jako samodzielna forma rozwiązywania sporów prawnych*, „Radca Prawny” 2004, nr 6, s. 122.

⁸³ M. Kuryłowicz, *Słownik...*, op. cit., s. 18 i 96.

przez arbitrów reguł procesowych obowiązujących w sądownictwie powszechnym⁸⁴. Prym przyznaje natomiast pojęciu *amiable composition*, ze względu na jego szerszy zakres pojęciowy. Drugi pogląd⁸⁵ zwraca uwagę na celowość przeprowadzenia rozróżnienia pomiędzy dwoma przytoczonymi terminami. Jako jedną z podstaw przeprowadzenia delimitacji wskazuje art. 28 ust. 3 ustawy modelowej *UNCITRAL*⁸⁶. Artykuł ten dopuszcza możliwość orzekania przez arbitra *ex aequo et bono* lub w charakterze *amiable composition*, gdy został do tego upoważniony przez strony⁸⁷. Jak wskazuje A. Wach – zwolennik tego poglądu – „trzeba jednak otwarcie stwierdzić, że na gruncie art. 28 ust. 3 Prawa Modelowego *UNCITRAL* nie dokonano dotychczas doktrynalnej wykładni sprzyjającej przeprowadzeniu powyższej delimitacji”⁸⁸. Potrzeby rozróżnienia tych terminów zwolennicy tego poglądu dopatrują się przede wszystkim w przedzielającym oba pojęcia słówku „lub” sugerującym, że nie chodzi tu o dwa równoznaczne pojęcia⁸⁹. Jednocześnie przypisując instytucji procesowej⁹⁰ *amiable composition* zakres szerszy niż samo rozstrzygnięcie sporu. Jak zaznacza A. Wach – arbiter, dążąc do odbudowania dobrych stosunków między stronami sporu „powinien wyjaśnić przyczyny zerwania lub naruszenia współpracy istniejącej pomiędzy osobami pozostającymi w sporze”. Arbiter, korzystając z czynnego udziału stron przy rozwiązywaniu sporu, ma możliwość dążyć do zrekonstruowania ich pierwotnej woli, a nawet – zaznacza A. Wach – korzystając z uprawnień moderatora, arbiter ma możliwość kształtowania istniejących między stronami stosunków na przyszłość wedle oczekiwań stron. Należałoby się jednak zastanowić, czy takie podejście nie zaciera różnicy pomiędzy arbitrażem a koncyliacją bądź mediacją.

Ze względu na fakt, że polska procedura cywilna nie dokonuje podobnego podziału, wskazując jedynie na możliwość oparcia rozstrzygnięcia o „zasady słuszności”, należy przyjąć, że nie ma celu rozgraniczania obu pojęć w tych sytuacjach, w których arbitrzy działają na podstawie procedury przewidzianej w polskim k.p.c.

Jeżeli chodzi o uprawnienia arbitrów orzekających na podstawie reguł słuszności, to niewątpliwie nie oznacza ono dowolności oceny sprawy i możliwości abstrahowania od jej stanu faktycznego⁹¹. Powinni oni przestrzegać pewnych reguł. Arbiter nie może zastępować dotychczasowych obowiązków kontraktowych

⁸⁴ I.C. Kamiński, *Zasady słuszności jako podstawa orzekania w obrocie cywilnym i handlowym*, „Państwo i Prawo” 1993, z. 4, s. 46 i n.; tenże, *Uprawnienia sędziów i arbitrów orzekających na podstawie reguł słuszności*, „Problemy Handlu Zagranicznego” 2000, t. 19/20, s. 66 i n.

⁸⁵ A. Wach, *L'amiable...*, op. cit., s. 122.

⁸⁶ *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration* – o międzynarodowym arbitrażu handlowym – z 1985 r. tekst dostępny pod adresem www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/06-54671_Ebook.pdf.

⁸⁷ Art. 28 ust. 3 stanowi „The arbitral tribunal shall decide *ex aequo et bono* or as *amiable composition* only if the parties have expressly authorized it to do so”.

⁸⁸ A. Wach, *L'amiable...*, op. cit., s. 122.

⁸⁹ R. Morek, *Mediacja...*, op. cit., s. 232.

⁹⁰ I.C. Kamiński, *Uprawnienia...*, op. cit., s. 67.

⁹¹ P. Bielarczyk, *K.p.c. po nowelizacji...*, op. cit., s. 17.

nowymi – choćby popieranymi przez strony⁹², ponadto arbiter nie jest zwolniony z przeprowadzenia postępowania dowodowego, przeanalizowania zebranego materiału⁹³, a także wzięcia pod uwagę łączących strony stosunków prawnych.

Omawiając kwestię oparcia rozstrzygnięcia spornego stosunku prawnego podług zasad słuszności, należy przyrzeć się dokładniej pojęciu klauzuli generalnej w polskim systemie prawnym. Za taką bowiem należy uznać wskazane w art. 1194 § 1 k.p.c. zasady słuszności⁹⁴. Klauzule generalne, wprowadzane w celu oderwania od sztywności prawa pozytywnego⁹⁵, są niedookreślonymi zwrotami występującymi w tekstach aktów prawnych. Jako klasyczny przykład klauzuli generalnej należy wymienić między innymi: słuszność, dobre obyczaje, dobrą wiarę, zasady współżycia społecznego, zasady uczciwego obrotu, interes społeczny, ważne powody i inne⁹⁶. Wyliczenie to jest jedynie przykładowe i nie zawiera całego znanego polskiemu porządkowi prawnemu katalogu. Zresztą stworzenie takiego katalogu byłoby przedsięwzięciem skazanym na niepowodzenie albowiem mierniki typu społecznego zawarte w treści klauzul generalnych, przeważnie odwołujących się do moralności, zawierają na tyle liczne reguły życia codziennego, że nie sposób byłoby je wszystkie opisać, mając jednocześnie na uwadze płynność poglądów i dynamikę przemian społecznych.

Klauzule generalne zapewniają prawną elastyczność, pozwalając rozstrzygać określone przypadki, powołując się na indywidualną ocenę sytuacji występującej w danej sprawie lub w oparciu o pozaprawne zasady postępowania⁹⁷. W literaturze podkreśla się, że klauzule generalne stanowią narzędzie umożliwiający „indywidualizację rozstrzygnięć na podstawie przepisów mających z natury rzeczony formułę ogólną oraz łagodzenie rygoryzmu prawa”⁹⁸. Jak trafnie wskazuje E. Rott-Pietrzykowska, klauzule generalne umożliwiają „orzekanie w rozmaitych stanach faktycznych niepoddających się żadnemu schematowi z uwzględnieniem szczególnych okoliczności danego przypadku”⁹⁹.

Pojawiają się także w doktrynie rozbieżności co do charakteru klauzul generalnych. Pierwsze, przeważające w nauce prawa stanowisko każe traktować klauzule generalne jako „odesłania”¹⁰⁰. Odesłania te kierują podmiot stosujący prawo do

⁹² A. Wach, *L'amiable...*, op. cit., s. 124.

⁹³ P. Bielarczyk, *K.p.c. po nowelizacji...*, op. cit., s. 17.

⁹⁴ A. Stelmachowski, *Zarys teorii prawa cywilnego*, Warszawa 1998. Autor w rozdziale 8 zatytułowanym zasada słuszności (współżycia społecznego) przytacza losy zasad słuszności i rolę, jaką odegrały na przełomie dziejów. W dalszej części opracowania dowodzi, że powszechna obecnie w polskim ustawodawstwie klauzula generalna zasad współżycia społecznego wywodzi swe korzenie właśnie z zasad słuszności.

⁹⁵ A. Stelmachowski, *Zarys...*, op. cit., s. 118.

⁹⁶ E. Rott-Pietrzyk, *Klauzule generalne rozszkółku w kodeksie cywilnym*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2005, z. 3, s. 624.

⁹⁷ http://pl.wikipedia.org/wiki/Klauzula_generalna

⁹⁸ A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo...*, op. cit., s. 67.

⁹⁹ E. Rott-Pietrzyk, *Klauzule...*, op. cit., s. 625.

¹⁰⁰ Odesłania te nazywane bywają również: odesłaniami pozasystemowymi, odesłaniami do układu norm pozaprawnych, odesłaniami do jakiegoś systemu norm i ocen, odesłaniami zewnętrznymi.

wartości moralnych, ekonomicznych, politycznych¹⁰¹, czyli czegoś co ma wyraz aksjologiczny¹⁰². Odwzorowaniem prezentowanego stanowiska jest zaproponowana przez Z. Radwańskiego definicja, w której „klauzula generalna jest to zwrot niedookreślony zawarty w przepisie prawnym oznaczający pewne oceny funkcjonujące w jakiejś grupie społecznej, do których odsyła ów przepis przez nakaz uwzględniania ich przy ustalaniu stanu faktycznego podpadającego pod daną normę”¹⁰³.

Według odrębnego poglądu¹⁰⁴, klauzule generalne nie zawierają odesłań, zawierają natomiast skierowane do organu stosującego prawo nakazy samodzielnego dokonywania ocen określonych stanów faktycznych. Pogląd ten uzasadnia się twierdzeniem, że bark jest ocen, do których organ orzekający miałby zostać odesłany. Podmiot rozstrzygający spór w oparciu o zwrot niedookreślony (klauzulę generalną) jest obowiązany sam dokonać oceny na podstawie wszelkich okoliczności i cech rozpatrywanego przypadku¹⁰⁵. Podsumowując, zgodnie z tym poglądem „przepisy obejmujące klauzule generalne nie stanowią zatem odesłań do pozaprawnych czy pozasystemowych zasad (norm, reguł), lecz stanowią nakazy rozstrzygnięcia przypadków i określania skutków prawnych zgodnie ze sformułowanymi przez organ stosujący prawo ocenami”¹⁰⁶.

Bardziej przekonujący wydaje się być drugi pogląd. Charakter klauzul generalnych nie wskazuje na to, by dało się z nich bezpośrednio wyprowadzić worzec rozstrzygnięcia, czy powinienego zachowania podmiotów¹⁰⁷. Wątpliwa zatem jest teza jakoby klauzule generalne zawierały odesłania pozasystemowe. Słuszne jednak wydaje się traktowanie przepisów zawierających klauzule generalne jako przepisów nakazujących dokonywanie ocen *ad causum*.¹⁰⁸

Jeżeli chodzi o „zawartość” klauzuli generalnej zasad słuszności, to obejmuje ona zarówno normy moralne, jak i obyczajowe¹⁰⁹. Ponadto zabarwienie etyczne, jakie za sobą niesie, „zakłada z jednej strony uznanie pewnych obiektywnych zasad postępowania obowiązujących w danym społeczeństwie, z drugiej zaś strony odwołuje się do postawy jednostki, która w określonych okolicznościach powinna postąpić tak, jak się od niej oczekuje”¹¹⁰.

¹⁰¹ Zob. L. Leszczyński, *Pojęcie klauzuli generalnej*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska”, t. XXXVIII, Lublin 1991, s. 157 i n.; E. Rott-Pietrzyk, *Klauzule...*, op. cit., s. 617 i n.

¹⁰² Z. Radwański, *Prawo...*, op. cit., s. 52.

¹⁰³ Ibidem.

¹⁰⁴ Zob. J. Nowacki, *O przepisach zawierających klauzule generalne. Studia z teorii prawa*, Kraków 2003, s. 133 i n.; M. Pawelczyk, *Uwagi o „odsylającym” charakterze klauzul generalnych*, „Studia Iuridica Silesiaka” 1948, z. 9, s. 97; M. Safjan, *Klauzule generalne w prawie cywilnym*, „Państwo i Prawo” 1990, nr 11, s. 48 i n.

¹⁰⁵ E. Rott-Pietrzyk, *Klauzule...*, op. cit., s. 628.

¹⁰⁶ Ibidem.

¹⁰⁷ Podobnie: M. Safjan, *Klauzule generalne...*, op. cit., s. 48 i n. oraz E. Rott-Pietrzyk, *Klauzule...*, op. cit., s. 629.

¹⁰⁸ E. Rott-Pietrzyk, *Klauzule...*, op. cit., s. 629.

¹⁰⁹ A. Stelmachowski, *Zarys...*, op. cit., s. 119.

¹¹⁰ Ibidem, s. 126.

Ferowanie orzeczenia przez sąd arbitrażowy na podstawie zasad słuszności nie opiera się na pełnej dowolności. Arbitrzy nie mogą zatem w zupełnie nieskrępowany sposób dobierać kryteriów i wartości, na podstawie których rozstrzygną spór. Znaczenie mają tutaj „podstawowe i trwałe wartości aprobowane przez daną grupę społeczną lub zawodową”¹¹¹. Nie sposób nie wskazać w tym miejscu na pewien problem dokonywania przez arbitrów ustaleń aksjologicznych. Otóż oceny te nie są dokonywane na podstawie usystematyzowanych badań socjologicznych dla danej określonej grupy społecznej czy zawodowej, a tym samym nie wskazują konkretnych wartości powszechnie akceptowanych przez tę grupę. Arbitrzy są obowiązani na podstawie swojego subiektywnego odbioru sami dokonać oceny, które z wartości wyznaczonych przez klauzulę generalną zasad słuszności będą nadrzędne w określonych przypadkach. Nie bez znaczenia pozostaną tu własne obserwacje i doświadczenia życiowe arbitrów, a także ich intuicja moralna¹¹². Warto w tym miejscu przytoczyć pogląd R. Kuratowskiego, który stwierdza, że nawet w zakresie swobodnego uznania arbitrów należy im doradzać, aby jak najmniej odbiegali od norm uświęconych prawem. Uzasadniając te zalecenia tym, że prawo jest pisane jak najlepszą normą¹¹³.

Postanowienia umowy oraz ustalone zwyczaje. W § 2 art. 1194 k.p.c. ustawodawca zastrzegł, że w każdym przypadku, tzn. bez względu na to, czy podstawą rozstrzygnięcia sporu jest prawo właściwe dla danego stosunku, ogólne zasady prawa czy zasady słuszności, arbitrzy zobowiązani są brać pod uwagę postanowienia umowy oraz ustalone zwyczaje mające zastosowanie do danego stosunku prawnego. Oznacza to, że postanowienia umów dotyczących spornego stosunku prawnego oraz ustalone zwyczaje mające do niego zastosowanie stanowią imperatywną podstawę rozstrzygnięcia sporu, tzn. arbitrzy zawsze muszą je wziąć pod uwagę.

Chcąc przyjrzeć się bliżej problematyce wiążącej strony umowy, którą skład orzekający jest zobligowany wziąć pod uwagę przy rozstrzyganiu sporu, należy wyjść od omówienia pojęcia samej umowy, będącej jedną z podstawowych instytucji prawa zobowiązań. W doktrynie wskazuje się, że umowy mają największe znaczenie gospodarcze spośród czynności prawnych¹¹⁴. Uważa się, że celem tej instytucji jest stworzenie podmiotom prawa¹¹⁵ warunków do regulowania łączących je stosunków prawnych mocą własnych decyzji, jednakże z upoważnienia i pod kontrolą prawa¹¹⁶. Jako jeden z najistotniejszych elementów umowy wymienia się zgodność oświadczeń woli (konsens), bez którego umowa nie może

¹¹¹ E. Rott-Pietrzyk, *Klauzule...*, op. cit., s. 629; Podobnie M. Safjan, *Klauzule generalne...*, op. cit., s. 54.

¹¹² L. Leszczyński, *Pojęcie klauzuli generalnej*, op. cit., s. 160 i n.

¹¹³ R. Kuratowski, *Sądownictwo polubowne*, Warszawa 1932, s. 142.

¹¹⁴ A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo...*, op. cit., s. 284.

¹¹⁵ Do podmiotów prawa zaliczamy zarówno osoby fizyczne, osoby prawne, jak i jednostki organizacyjne nie posiadające osobowości prawnej.

¹¹⁶ Z. Radwański, *Prawo...*, op. cit., s. 112.

dojść do skutku¹¹⁷. Wnioskując *a contrario*, należy uznać, że stosunek obligacyjny mający charakter umowy nie powstanie, gdy wszystkie zawierające go strony, nie wyrażą zgody na wchodzące w jego skład postanowienia. Na pierwsze miejsce wysuwa się więc wola stron. Umowę można zdefiniować jako „czynność prawną zawierającą co najmniej dwa zgodne oświadczenia woli zmierzające do powstania, zmiany lub ustania stosunku prawnego”¹¹⁸. Uczestnicy obrotu prawnogospodarczego zawierający umowę mogą skorzystać z ustawowo określonych normatywnych typów umów tzw. umów nazwanych (wzorców umów). Wzory te są zaproponowane przez ustawodawcę poprzez uregulowanie ich postanowień w przepisach kodeksu cywilnego. Stronom umowy przysługuje również prawo zawarcia postanowień, które nie mieszczą się w normatywnych typach umów, wtedy powstaje tzw. umowa nienazwana. Podstawową różnicą dzielącą te dwa typy umów prawnych jest zakres regulacji ustawowej, który znajdzie do nich zastosowanie. Do normatywnych typów umów w pierwszym rzędzie znajdują zastosowanie przepisy regulujące określony typ umowy, a dopiero w dalszej kolejności ogólne zasady dotyczące zobowiązań. Do pozostałych stosunków w pierwszym rzędzie będą miały zastosowanie ogólne zasady dotyczące zobowiązań, natomiast stosowanie regulacji szczegółowej dopuszcza się jedynie w drodze analogii¹¹⁹. Stosunek prawny przybierający postać umowy służy realizacji określonej potrzeby uczestników obrotu¹²⁰.

Podstawowego znaczenia nabiera zatem zagadnienie autonomii woli stron, która w obrębie umów nazywana bywa również swobodą kontraktową¹²¹. Oznacza ona swobodę decyzji stron co do kształtowania łączącego je stosunku zobowiązaniowego przez wiążące prawnie umowy¹²². Doktryna¹²³ w skład swobody kontraktowej zalicza swobodę decyzji stron co do: zawiazania, zmiany lub ustania zobowiązaniowego stosunku umownego, doboru kontrahentów, kształtowania treści stosunku zobowiązaniowego, o który chodzi.

Nasuwa się na myśl pytanie o granice swobody kontraktowej, o to czy autonomia woli stron jest na tyle szeroka, że można by za jej pośrednictwem wyłączyć umowę spod prawa, obejść nią obowiązujące przepisy prawne?¹²⁴. Powszechnie przyjęło się założenie, że granice autonomii woli stron przy zawieraniu zobowiązaniowych stosunków umownych wyznaczają bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa właściwego dla danego stosunku¹²⁵. Szczególne znaczenie w tym zakresie

¹¹⁷ A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo...*, op. cit., s. 285.

¹¹⁸ J. Jezioro, *Umowa*, (w:) *Leksykon prawniczy*, (red.) U. Kalina-Prysznic, Wrocław 1999, s. 492.

¹¹⁹ Ibidem, s. 493.

¹²⁰ Ibidem, s. 492.

¹²¹ Z. Radwański, *Teoria umów*, Warszawa 1977, s. 106 i nast.

¹²² A. Stelmachowski, *Zarys...*, op. cit., s. 91.

¹²³ Zob. J. Pazdan, *Czy można wyłączyć umowę spod prawa?*, „Państwo i Prawo” 2005, nr 10, s. 6; Z. Radwański, *Teoria umów*, Warszawa 1977, s. 10.

¹²⁴ Obszerne uwagi na ten temat w J. Pazdan, *Czy można wyłączyć umowę...*, op. cit., s. 5 i n.

¹²⁵ J. Pazdan, *Czy można wyłączyć umowę...*, op. cit., s. 10.

mają art. 353¹ k.c. w zw. z art. 58 k.c. Artykuł 353¹ k.c. stanowi „Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współzycia społecznego”. Natomiast art. 58 k.c. stanowi dopełnienie cytowanego powyżej przepisu, wyznaczając sankcję za naruszenie granic autonomii woli stron wskazanej w art. 353¹ k.c. W przepisie art. 58 k.c. zastrzeżono, że: czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzi odpowiednie przepisy ustawy. Ponadto nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współzycia społecznego.

Jak stwierdza M. Safjan, umowa – w ujęciu szerszym – sprzeciwiająca się właściwości (naturze) stosunku to taka umowa, która nie respektuje podstawowych cech obligacyjnych tego stosunku prawnego, chodzi o te elementy, których brak będzie prowadził do podważenia sensu (istoty nawiązanej więzi prawnej)¹²⁶. Natomiast w ujęciu węższym natura stosunku obligacyjnego będzie znajdowała odzwierciedlenie w nakazie respektowania przez strony tych elementów stosunku obligacyjnego, których pominięcie bądź modyfikacja doprowadziłyby do utraty sensu gospodarczego tego stosunku, bądź jego wewnętrznej równowagi aksjologicznej¹²⁷.

Nieważność jest jedną z form wadliwości czynności prawnych¹²⁸. Za sprzeczną z ustawą należy uważać czynność sprzeczną z imperatywnymi przepisami prawnymi. Zakaz obejścia ustawy, czyli działania *in fraudem legis*, sprowadza się – jak stwierdza K. Piasecki – „do zakazu wywołania pewnego skutku prawnego, który jest zakazany przez przepisy bezwzględnie obowiązujące, za pomocą takiego ukształtowania czynności prawnej, że zewnętrznie, formalnie ma ona cechy nie-sprzeciwiające się obowiązującemu prawu”¹²⁹.

Ponadto, jak dalej wskazuje art. 58 k.c., czynność prawna sprzeczna z zasadami współzycia społecznego jest nieważna. W celu stwierdzenia nieważności czynności należy ustalić sprzeczność z konkretnymi zasadami współzycia społecznego¹³⁰. Sprzeczność z tymi zasadami może wchodzić w grę ze względu na cel, do którego osiągnięcia zmierza dana czynność prawna¹³¹. Dla przykładu można wskazać, że:

¹²⁶ M. Safjan, (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz do artykułów 1–449¹*, T. I, op. cit., s. 837.

¹²⁷ K. Piasecki, *Komentarz do art. 58 kodeksu cywilnego (Dz.U.64.16.93)*, (w:) K. Piasecki, *Kodeks cywilny. Księga pierwsza. Część ogólna. Komentarz*, Zakamycze 2003. (lex omega 2006).

¹²⁸ Ibidem.

¹²⁹ Ibidem.

¹³⁰ Ibidem.

¹³¹ K. Piasecki komentując art. 58 k.c. uważa, że sprzeczne z zasadami współzycia społecznego należy uznać: żądanie zapłaty za potwierdzenie czynności prawnej przez opiekuna; zobowiązanie się do milczenia za zapłatą, choć samo milczenie nie jest sprzeczne ani z zasadami współzycia społecznego, ani z ustawą; wykorzystanie stanowiska służbowego lub zależności w celu uzyskania korzyści w postaci „dopuszczenia do współautorstwa dzieła” (por. orz. SN z dnia 12 września 1974 r., I CR 602/74, OSP 1976, poz. 143); K. Piasecki, *Komentarz...*, op. cit.

za sprzeczną z zasadami współzycia społecznego będzie uznana umowa zawarta w sytuacji nacisku na kontrahenta, spowodowanego wykorzystaniem swych wpływów albo pozycji związanej z zajmowanym stanowiskiem; nie musi być natomiast uznana za sprzeczną z zasadami współzycia społecznego umowa, w której wyraźnie jest widoczna dysproporcja między wartością określonych w umowie świadczeń wzajemnych¹³².

Należy stwierdzić, że przy ocenie sprzeczności umowy z zasadami współzycia społecznego przede wszystkim trzeba brać pod uwagę skutek prawny takiej umowy. Natomiast powołanie się na zasady współzycia społecznego nie może podważać ani modyfikować wyraźnych dyspozycji przepisów imperatywnych¹³³.

Ustawodawca w każdym przypadku, tzn. bez względu na przyjętą podstawę rozstrzygnięcia sporu, nakazuje arbitrom brać pod uwagę – oprócz postanowień umów – ustalone zwyczaje. W literaturze prawa handlowego przyjęło się określać mianem „zwyczaju” takie sposoby załatwiania interesów handlowych pomiędzy kupcami, które wynikają ze stale powtarzającego się ich stosowania¹³⁴. Zwyczaj polega więc na pewnym określonym sposobie postępowania¹³⁵. Natomiast w literaturze prawa cywilnego – jak wskazuje Z. Radwański – „przez zwyczaje rozumie się powszechnie stosowaną w danym okresie, w danym środowisku i w danych stosunkach społecznych praktykę określonego postępowania”¹³⁶. Innymi słowy, chodzi o: „jednakowe postępowanie w takich samych lub zbliżonych sytuacjach”¹³⁷.

Należy pamiętać, że zwyczaje nie są obowiązującymi normami prawnymi, co stanowi podstawową różnicę pomiędzy zwyczajem a prawem zwyczajowym¹³⁸.¹³⁹ Pomimo to, zwyczaje nie mogą się tworzyć w sposób dowolny. Doktryna wskazuje na dwa ograniczenia. Po pierwsze, zwyczaje nie mogą tworzyć się wbrew przepisowi prawa pozytywnego¹⁴⁰, po drugie, zwyczajowi nie można uwzględnić, gdy sprzeciwia się on dobrem obyczajom¹⁴¹. Pojawia się nawet pogląd, że zwyczaje stanowią *sui generis* domniemane klauzule umowne. Pogląd ten jest uzasadniany faktem, że strony będące kupcami mogą żądać w umowie zmiany czy uchylecia zwyczaju bądź przyjmować na siebie obowiązki cięższe niż te, które zwyczaj wyznacza¹⁴². Zwyczaje powinny być znane stronom, co powoduje, że nie należy

¹³² K. Piasecki, *Komentarz...*, op. cit.

¹³³ Ibidem.

¹³⁴ S. Janczewski, *Prawo handlowe, wekslowe i czekowe*, Warszawa 1947, s. 21.

¹³⁵ M. Allerhand, *Kodeks handlowy. Komentarz*, reprint I wydania, Lwów 1935, s. 3.

¹³⁶ Z. Radwański, *Prawo...*, op. cit., s. 37.

¹³⁷ A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo...*, op. cit., s. 67.

¹³⁸ S. Janczewski, *Prawo handlowe...*, op. cit., s. 21.

¹³⁹ Więcej na temat zwyczaju można odnaleźć w komentarzach i piśmiennictwie dotyczących rozporządzenia prezydenta z dnia 27 czerwca 1934 r. Kodeks handlowy, który obowiązywał do dnia 1 stycznia 2001 r., kiedy to weszła w życie ustawa Kodeks spółek handlowych.

¹⁴⁰ S. Janczewski, *Prawo handlowe...*, op. cit., s. 21.

¹⁴¹ M. Allerhand, *Kodeks...*, op. cit., s. 3.

¹⁴² S. Janczewski, *Prawo handlowe...*, op. cit., s. 21.

uwzględniać zwyczaju, gdy jedna ze stron wykazała, że o zwyczaju nie wiedziała i wiedzieć nie mogła¹⁴³. Innymi słowy, podstawą do zastosowania przez sąd zwyczaju jest przynależność do danej grupy społecznej czy zawodowej, w której określony zwyczaj jest rozpowszechniony, a jest to związane z założeniem, że każdy uczestnik stosunku cywilnoprawnego zna zwyczaj społeczności, do której należy¹⁴⁴. Zwyczaje mogą zatem odgrywać istotną rolę przy rozstrzyganiu powstałych między stronami sporów, które pojawiły się na tle wykładni lub wykonania umowy.

Pozostaje kwestia ustalenia przez arbitrów owych zwyczajów. Nastąpić to może poprzez zasięgnięcie opinii biegłych, opinii z zeznań świadków¹⁴⁵ bądź opinii izby przemysłowo-handlowej¹⁴⁶. Tak wygląda sytuacja w przypadku, gdy mamy do czynienia ze zwyczajami rozpowszechnionymi tylko w niektórych regionach bądź tylko w przypadku niektórych grup zawodowych czy społecznych. Natomiast ponadnarodowe zwyczaje handlowe, które nie są podporządkowane reżimowi konkretnego krajowego systemu prawnego, nazywa się zazwyczaj w literaturze *lex mercatoria*¹⁴⁷ bądź autonomicznym prawem kupieckim¹⁴⁸. Część autorów określa *lex mercatoria* jako prawo o charakterze transnacionalnym¹⁴⁹. Sama nazwa wywodzi się natomiast od średniowiecznej regulacji stosunków kupieckich. Na współczesne autonomiczne prawo kupieckie składają się ujednoczone reguły handlowe i zwyczaje¹⁵⁰. Dla rozwoju i systematyzacji autonomicznego prawa kupieckiego szczególne znaczenie ma Komisja Międzynarodowego Prawa Handlowego ONZ – *UNCITRAL*. Do zbiorów, które zawierają *lex mercatoria* można między innymi zaliczyć *INCOTERMS*¹⁵¹, które zostało zaaprobowane przez *UNCITRAL*.

Tytułem podsumowania powyższych rozważań za prawo właściwe dla danego stosunku należy uznać zespół norm posiadający podmiotowo oraz przedmiotowo istotne składniki, które pozwalają, poprzez ich wspólną i zbieżną z określonym stosunkiem charakterystykę, wytworzyć swoistą spójną więź prawną. Nie ma przy tym znaczenia, czy sąd polubowny jako prawo właściwe zastosuje prawo materialne polskie czy obce. W publikacji została również podjęta próba odpowiedzi na pytanie, czy prawo właściwe dla danego stosunku musi być prawem obowiązującym czy też podstawę rozstrzygnięcia może stanowić prawo, które zostało

¹⁴³ M. Allerhand, *Kodeks...*, op. cit., s. 3.

¹⁴⁴ Z. Radwański, *Prawo...*, op. cit., s. 38.

¹⁴⁵ A. Zieliński, *Komentarz do kodeksu postępowania cywilnego*, Warszawa 2006, s. 1426.

¹⁴⁶ S. Janczewski, *Prawo handlowe...*, op. cit., s. 21.

¹⁴⁷ T. Ereciński, (w:) J. Ciszewski, T. Ereciński, *Kodeks...*, op. cit., s. 425.

¹⁴⁸ Takiego określenia używa I.C. Kamiński w: *Uprawnienia...*, op. cit., s. 72–73.

¹⁴⁹ J. Jakubowski, (w:) J. Jakubowski, M. Tomaszewski, A. Tynel, A.W. Wiśniewski, *Zarys międzynarodowego prawa handlowego*, Warszawa 1983, s. 8, 24 i n.; B. Fusch, *Lex mercatoria w międzynarodowym obrocie handlowym*, Kraków 2000, s. 17.

¹⁵⁰ B. Fusch, *Lex mercatoria...*, op. cit., s. 19.

¹⁵¹ Zbiór międzynarodowych warunków sprzedaży zalecane i publikowane przez Międzynarodową Izbę Handlową (ICC).

derogowane bądź w inny sposób utraciło walor obowiązywania. Po dokonaniu analizy terminu „obowiązywanie prawa” słuszne wydaje się być stanowisko, zgodnie z którym zbiór norm, które przestały obowiązywać, nie może dalej mieć waloru prawa, gdyż tracąc moc prawną nadaną mu przez państwo, utracił gwarancję swego respektowania. Należy więc uznać, że przyjęcie jako prawnej podstawy orzekania np. Kodeksu Napoleona, należy traktować jedynie jako umowę procesową stron, którą jest dopuszczalna i którą będzie związany sąd polubowny, jednak tylko w takim zakresie, w jakim wskazane normy nie naruszają podstawowych zasad porządku publicznego Rzeczypospolitej Polskiej. Analiza orzecznictwa pozwala w sposób jednoznaczny stwierdzić, że mylna wykładnia bądź niewłaściwe zastosowanie przez sąd polubowny przepisów prawa materialnego nie dyskwalifikują wydanego orzeczenia.

Zdefiniowanie zasad prawa jako normatywnych postaci wartości zostało przeprowadzone na podstawie teorii R. Dworkina oraz R. Alexy’ego. Wydaje się jednak, że za bliższą specyfice arbitrażu, a przede wszystkim właściwszą w zakresie traktowania podstawowych zasad prawa jako normatywnych postaci wartości wydaje się być teoria R. Dworkina. Ujmuje ona zasady prawa jako normatywy posiadające korzenie w rzeczywistości społecznej, nakładające na podmioty powinność uzyskiwania pewnych określonych stanów rzeczy, nie naruszając przy tym równowagi systemu prawa. Próba usystematyzowania ogólnych zasad prawa oraz stworzenia ich katalogu w oparciu o systematykę proponowaną przez Z. Radwańskiego, A. Woltera, J. Ignatowicza, K. Stefaniuka i R. Trzaskowskiego jednoznacznie rozstrzygnęła wątpliwość co do możliwości stworzenia katalogu zasad prawa, które mogą stanowić podstawę rozstrzygnięcia sporu w postępowaniu polubownym. Ze względu na wzajemne przenikanie się zasad prawnych, częste konstruowanie ich na podstawie klauzul generalnych oraz brak ich wyraźnego wskazania w ustawie należy uznać, że próba stworzenia takiego katalogu byłaby z góry skazana na niepowodzenie.

Badanie literatury dotyczącej rozstrzygania sporów w oparciu o zasady słuszności w pierwszym rzędzie ukazało, że istnieją poważne rozbieżności terminologiczne w tym zakresie. Nauka prawa posługuje się w stosunku do słusznościowej metody rozstrzygania sporów aż trzema terminami (*ex aequo et bono*, *arbitrium boni viri* oraz *amiable composition*). Analiza arbitrażu *ex aequo et bono* oraz *amiable composition* w połączeniu z rozważaniami nad budową oraz charakterystyką polskiej ustawy procesowej przemawia za uznaniem poglądu wyrażonego przez I.C. Kamińskiego, według którego nie ma powodu, aby przeprowadzać rozróżnienie pomiędzy obydwoma terminami. Ponadto należy stwierdzić, że konstrukcja zasad słuszności, jako podstawy rozstrzygnięcia sporu, została stworzona w oparciu o klauzulę generalną. W nauce prawa pojawiają się odmienne poglądy w stosunku do charakteru klauzul generalnych. Pierwszy z nich, reprezentowany m.in. przez Z. Radwańskiego, każe traktować klauzule generalne jako „odesłania”, kierujące podmiot stosujący prawo do wartości moralnych, ekonomicznych

i politycznych. Drugi pogląd, za którym należało się stanowczo opowiedzieć, w szczególności, gdy mamy na uwadze instytucję sądownictwa polubownego, stanowi, że klauzule generalne zamiast odesłań pozasystemowych zawierają skierowane do organu stosującego prawo nakazy samodzielnego dokonywania ocen określonych stanów faktycznych *ad causum*. Za poglądem tym opowiadają się m.in. M. Safjan, J. Nowacki, M. Pawełczyk, E. Rott-Pietrzykowska.

Ustawa w każdym wypadku, tzn. bez względu na to, która z możliwych materialnoprawnych podstaw rozstrzygnięcia zostanie uznana za mającą zastosowanie, każe uwzględniać sądowi polubownemu postanowienia umowy oraz ustalone zwyczaje. Nadaje im tym samym charakter priorytetowy (imperatywny). Ważność umowy będzie jednak rozstrzygana na podstawie przepisów k.c., tak więc nie każdą z zawartych przez strony umów sąd polubowny będzie mógł uznać za ważną. W szczególności umową nieważną będzie umowa sprzeczna z ustawą, mająca na celu jej obejście lub będąca w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego. Natomiast w rozumieniu prawa cywilnego o zastosowaniu zwyczaju jest mowa w stosunku do powszechnie stosowanej w danym środowisku i w danych stosunkach społecznych praktyki określonego postępowania.

MICHAŁ FILIPEK

KWESTIA TRWAŁOŚCI ROZKŁADU
POŻYCIA MAŁŻEŃSKIEGO**1. Trwałość rozkładu pożycia małżeńskiego jako pozytywna przesłanka dopuszczalności orzeczenia rozwodu**

Nakreślony w przepisach k.r.o. obowiązujący obecnie w naszym kraju system rozwodowy wraz z bogatym orzecznictwem jest wynikiem kompromisu między interesem społecznym a interesem małżonków oraz ich dzieci. Polski kodeks rodzinny i opiekuńczy przyjął koncepcję mieszaną, będącą zbiorem elementów obu koncepcji legislacyjnych o największej przydatności praktycznej. System mieszany przesłanek dopuszczalności rozwodu w literaturze nosi również nazwę systemu pośredniego.

Przesłanką pozytywną dopuszczalności orzeczenia rozwodu jest zupełny i trwały rozkład pożycia małżeńskiego, przy czym oprócz zupełności rozkładu pożycia małżeńskiego występować musi kumulatywnie jego trwałość¹. Właśnie łączność tych dwóch cech rozkładu pożycia małżeńskiego, a więc trwałości i zupełności rozkładu pożycia ustawodawca polski przyjął jako przesłankę pozytywną dopuszczalności orzeczenia rozwodu. Zjawisko zupełnego i trwałego rozkładu pożycia małżeńskiego zachodzące jednocześnie stanowi pozytywną przesłankę orzeczenia rozwodu. Zupełny i trwały rozkład pożycia małżeńskiego zachodzący jednocześnie jest przesłanką pozytywną bezwzględną, gdyż stanowi warunek *sine que non* orzeczenia rozwodu. Bezwzględność tej przesłanki polega również na tym, że ustawa nie przewiduje od niej żadnych wyjątków². Orzeczenie rozwodu jest zatem dopuszczalne, gdy sąd ustali, że pożycie małżeńskie uległo zupełnemu i trwałemu rozkładowi, czyli zaistnieje przesłanka pozytywna dopuszczalności orzeczenia rozwodu z jednej strony, zaś z drugiej, że nie zachodzą tzw. przesłanki negatywne rozwodu, wykluczające jego orzeczenie, choćby rozkład pożycia był zupełny i trwały.

¹ A. Zieliński, *Prawo rodzinne i opiekuńcze w zarysie*, Warszawa 2000, s. 179 i n.

² *Ibidem*, s. 180.

Respektując zatem w pełni zasadę trwałości związku małżeńskiego i ochrony rodziny, ustawodawca polski, oprócz przesłanki pozytywnej dopuszczalności rozwodu, wyznacza trzy przesłanki negatywne, których występowanie, w tym, choćby nawet jednej, wyklucza dopuszczalność orzeczenia rozwodu. Można zatem uznać, że przesłanki negatywne mają charakter weryfikujący wobec żądania orzeczenia rozwodu. Kodeks rodzinny i opiekuńczy uzależnia więc możliwość orzeczenia rozwodu od łącznie zachodzącego zupełnego i trwałego rozkładu pożycia małżeńskiego, ale ogranicza tę możliwość trzema przesłankami negatywnymi. Występowanie jednej z trzech negatywnych przesłanek dopuszczalności orzeczenia rozwodu przekreśla możliwość żądania rozwodu. Stanowi o tym artykuł 56 k.r. o. zakładający możliwość żądania rozwodu, jeśli między małżonkami nastąpił zupełny i trwały rozkład pożycia małżeńskiego, natomiast w paragrafie drugim tegoż artykułu k.r.o. stanowi, iż „...mimo zupełnego i trwałego rozkładu pożycia małżeńskiego rozwód nie jest dopuszczalny, jeżeli wskutek niego miałoby ucierpieć dobro wspólnych małoletnich dzieci małżonków albo jeżeli z innych względów orzeczenie rozwodu byłoby sprzeczne z zasadami współżycia społecznego”³. W cytowanym artykule 56 § 2 k.r.o. ustawodawca wymienia dwie przesłanki negatywne ograniczające dopuszczalność orzeczenia rozwodu. W artykule 56 § 3 ustawa wymienia trzecią przesłankę negatywną ograniczającą możliwość orzeczenia rozwodu: „rozwód nie jest dopuszczalny, jeżeli żąda go małżonek wyłącznie winny rozkładu pożycia, chyba że drugi małżonek wyrazi zgodę na rozwód albo, że odmowa jego zgody na rozwód jest w danych okolicznościach sprzeczna z zasadami współżycia społecznego”.

2. Pojęcie pożycia małżeńskiego

Zdefiniowanie pojęć pożycia małżeńskiego i rozkładu pożycia małżeńskiego jest niezwykle ważne, gdyż pojęcia te stanowią niejako podstawę sfery relacji między małżonkami. Sąd Najwyższy w uzasadnieniu uchwały z dnia 21 maja 2002 r. III CZP 26/02⁴ przyjął, że „wspólne pożycie (...) jest terminem, który w polskim ustawodawstwie używa się tylko w znaczeniu pożycia małżeńskiego. Nawet więc, gdy brak przymiotnika «małżeńskie», nie można tego terminu używać w innym znaczeniu niż do oznaczenia więzi łączących dwie osoby pozostające w takich relacjach jak małżonkowie⁵.

Pojęcie rozkładu pożycia małżeńskiego odzwierciedla proces a nie zjawisko statyczne. Jest to konsekwencja tego, że pożycie małżonków stanowi pewne con-

³ Artykuł 56, Kodeks rodzinny i opiekuńczy (ustawa z dnia 25 lutego 1964, Dz.U. Nr 9, poz. 59).

⁴ Sąd Najwyższy, Uchwała z dnia 21 maja 2002 r. III CZP 26/02 (OSNC 2003, nr 2, poz. 20).

⁵ H. Ciepla, B. Czech, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, teza 27 do art. 56 k.r.o., Warszawa 2006.

tinuum, aktualny jego stan jest wypadkową wielu różnych nawarstwiających się okoliczności⁶.

Pożycie małżeńskie jest przedmiotem posiadającym własności stopniowalne o dużej różnaitości stopnia natężenia. Wyodrębnienie pojęcia pożycia małżeńskiego jako pojęcia klasyfikującego jest więc niemożliwe. Odwołać się zatem należy do pojęcia typologicznego, którego tworzenie polega na określeniu jakiegoś wzorca. Orzekanie pojęć typologicznych jest ograniczone do przypadków, w których badane przedmioty wykazują dostateczne podobieństwo do wzorca. Jest wymagane, aby natężenie cech składających się na treść pojęcia typologicznego, w tym wypadku pojęcia pożycia małżeńskiego, osiągnęło w tych przedmiotach pewne minimum⁷. Analogicznie badanie pojęcia rozkładu pożycia małżeńskiego w ujęciu typologicznym powinno w końcowej fazie odpowiedzieć na pytanie, czy natężenie cech rozkładu pożycia osiągnęło wymagane minimum⁸. Omawianie zjawiska pożycia małżeńskiego jako pojęcia typologicznego umożliwia nam orzeczenie o wspólnocie małżeńskiej tworzącej pożycie małżeńskie nawet wówczas, gdy ocena taka z punktu widzenia ujęcia pożycia małżeńskiego i jego rozkładu jako pojęcia klasyfikującego byłaby niemożliwa. Przykład może stanowić tutaj sytuacja, gdy orzekamy istnienie pożycia małżeńskiego nawet wtedy, gdy współżycie fizyczne jest ograniczone, np. ze względu na wiek małżonka, wyjazd za granicę lub przebywanie w zakładzie karnym. Takie stwierdzenie nie byłoby możliwe przy posługiwaniu się ujęciami klasyfikującymi, w których orzeczenie, że dany przedmiot należy do określonej klasy przedmiotów, wymaga, by posiadał on wszelkie cechy, bez wyjątku wyróżniające klasę tych przedmiotów⁹.

Pożycie małżeńskie uformowane jako wzorzec jest wspólnotą uczuć miłości, szacunku i zaufania, połączoną z harmonijnym współżyciem i pełną wspólnotą gospodarczą¹⁰. Pożycie małżeńskie jest zatem wspólnotą małżeńską, wyraża się istnieniem więzi między małżonkami w sferze duchowej, fizycznej i gospodarczej.

Ważnym elementem pożycia małżeńskiego jest istnienie między małżonkami łączności psychicznej. Owa łączność psychiczna wyraża się w występowaniu wzajemnych pozytywnych uczuć. W grupie wzajemnych uczuć pozytywnych występujących w prawidłowo przebiegającym pożyciu małżeńskim należy uwzględnić przede wszystkim uczucie miłości. Wyżej wymienione uczucia pozytywne, a zwłaszcza uczucie miłości, pogłębiają i wzmacniają więź duchową. Pożycie małżeńskie obejmuje swoim zakresem współżycie fizyczne, które uzależnione jest w dużym stopniu od występowania owej więzi duchowej. Na doniosłość więzi duchowej w pożyciu małżeńskim wskazuje Sąd Najwyższy w wytycznych z 1995 roku, zwrac-

⁶ Ibidem.

⁷ A. Olejniczak, *Materialnoprawne przesłanki udzielenia rozvodu*, Poznań 1980, s. 18–19.

⁸ T. Smoczyński, *Prawo rodzinne i opiekuńcze. Analiza i wykładnia*, Warszawa 2001, s. 185–186.

⁹ A. Olejniczak, *Materialnoprawne przesłanki...*, op. cit., s. 19.

¹⁰ T. Sokołowski, *Skutki prawne rozvodu*, Poznań 1996, s. 21.

cając uwagę, że chodzi tu o rzeczywistą więź duchową, a więc uczuciową, a nie tylko o jej zewnętrzne manifestowanie dla dobra wspólnych dzieci lub z innych powodów.

Pożycie małżeńskie, będące wspólnotą małżeńską, obejmuje prawie wszystkie dziedziny życia. Znajduje wyraz w prowadzeniu wspólnego gospodarstwa domowego, a co za tym idzie zamieszkiwaniu razem, niekiedy w prowadzeniu wspólnej działalności zarobkowej czy gospodarczej¹¹. Wspólnota małżeńska polega na wzajemności uczuć i na wspólności życia, a jest to uwarunkowane zgodną wolą i podobnym zachowaniem obojga małżonków¹². Fundamentem pożycia małżeńskiego są więzi: psychiczna, fizyczna i gospodarcza, które harmonijnie zespalają małżonków, umożliwiając im realizację celów małżeństwa. Pożycie małżeńskie będące wspólnym pożyciem powinien cechować zgodny układ stosunków między małżonkami oparty na szczerości, lojalności i respektowaniu osobistych właściwości małżonka.

Zostaje natomiast w dobrze funkcjonującym małżeństwie pewien rodzaj autonomii małżonków w koniecznym zakresie należnym każdemu człowiekowi. Obszar owej autonomii nie obejmuje sfery uczuć charakterystycznych dla małżonków i zarezerwowanych tylko dla nich. Zakres autonomii nie dotyczy również sfery intymnej, jaką jest sfera stosunków fizycznych. W zakresach bowiem związanych z wzajemnym obowiązkiem wierności i wyłączności żadna autonomia i odstępstwa istnieć nie powinny. Zawarcie małżeństwa nie wyklucza stosunków przyjacielskich, natomiast kwestią złożoną jest przyjaźń między kobietą a mężczyzną. Wyznaczenie granicy między przyjaźnią a miłością w tego rodzaju przyjaźni nie jest łatwe do określenia, a granica ta jest łatwo przekraczalna¹³.

Natomiast rozkładem pożycia małżeńskiego nazywamy taki stan więzi uczuciowej, stosunków fizycznych i stosunków gospodarczych łączących małżonków, który jest równoznaczny z niewywiązywaniem się z obowiązków małżeńskich¹⁴. Przejawem rozkładu pożycia małżeńskiego jest brak stosunków fizycznych i nieutrzymywanie wspólności gospodarczej. Przejawy te są efektem zaniku więzi uczuciowej między małżonkami¹⁵. Rozkład pożycia jest więc skutkiem wielu nawarstwiających się przyczyn i okoliczności, które do niego doprowadziły. Rozkład małżeński jest zatem konfliktem małżeńskim. Najczęściej konflikt małżeński niezależnie od jego przyczyn odbija się na psychice każdego z małżonków. Konflikt powodujący rozkład pożycia tworzy pewien stereotyp myślenia o współmałżonku i reagowanie na jego wypowiedzi lub zachowania¹⁶. Uznaje się, że zjawisko rozkładu pożycia powoduje zanik realizacji i wykonywania we właściwy

¹¹ H. Ciepla, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy z komentarzem*, Warszawa 2002, s. 310.

¹² T. Smyczyński, *Prawo rodzinne i opiekuńcze...*, op. cit., s. 184.

¹³ Ibidem, s. 183.

¹⁴ A. Olejniczak, *Materialnoprawne przesłanki...*, op. cit., s. 14.

¹⁵ Ibidem, s. 18.

¹⁶ T. Smyczyński, *Prawo rodzinne i opiekuńcze...*, op. cit., s. 180.

sposób praw i obowiązków małżeńskich¹⁷. Jeśli zatem przyjmiemy, że pożycie małżeńskie jest niejako ustabilizowaną sytuacją społeczną chronioną przez polskie prawo, która polega na realizacji wzajemnych praw i obowiązków małżeńskich wynikających z art. 23. k.r.o., to rozkład pożycia małżeńskiego polega na zachowaniu, w którym niezrealizowane są małżeńskie prawa i obowiązki. Narastający konflikt powoduje stopniowe oddalanie się małżonków od siebie, pojawia się zatem pewien dystans między nimi. Stałe nasilanie się tego stanu może prowadzić do rozpadu rodziny. Możemy zatem stwierdzić, że okoliczność istnienia więzi małżeńskich jest związana z pojęciem pożycia małżeńskiego, natomiast ich ustanie określane jest kategorią rozkładu pożycia małżeńskiego¹⁸. Zubożenie więzi małżeńskich bądź ich zanik prowadzi do rozkładu pożycia. Natomiast stan trwałości i zupełności rozkładu pożycia małżeńskiego pojawi się, gdy zanikną wszystkie więzi pomiędzy małżonkami. W literaturze często mówi się o zaniku więzi „zwyyczajnej” – więzi międzyludzkiej między małżonkami. Stan ten charakteryzuje się dysharmonią stosunków małżeńskich. Wzajemny stosunek małżonków staje się negatywny, co prowadzi do coraz większej niechęci pomiędzy małżonkami. Dalszy szereg ewolucyjny wykazuje systematyczny wzrost zakłóceń objawiający się w utrzymywaniu więzi małżeńskich na mniejszym poziomie niż wskazane minimum, występowaniu otwartej postawy nienawiści względem małżonka oraz w zupełnym zaniku wszystkich więzi pomiędzy małżonkami.

3. Koncepcje ujmowania rozkładu pożycia małżeńskiego

Doktryna wypracowała trzy odrębne koncepcje ujmowania rozkładu pożycia małżeńskiego:

1. Koncepcja subiektywna podkreśla rolę wzajemnego psychicznego nastawienia małżonków. Koncepcja obiektywna akcentuje zewnętrzne przejawy rozkładu. Według tej koncepcji rozkład pożycia małżeńskiego sprowadza się do niewystępowania w stosunkach małżeńskich określonych zachowań. Są to zjawiska zewnętrzne, obiektywnie sprawdzalne. Za rozkład pożycia małżeńskiego uważa się tu zanik więzi uczuciowej między małżonkami, którego przejawem jest brak stosunków fizycznych i gospodarczych. Koncepcja obiektywna wypracowana została przez judykaturę Sądu Najwyższego¹⁹.
2. Koncepcja obiektywna ustala rozkład pożycia małżeńskiego na podstawie konkretnych faktów z życia małżonków. Koncepcja subiektywna kładzie nacisk na psychiczne nastawienie małżonków, rozróżniając rozkład pożycia po stronie jednego małżonka i rozkład pożycia po stronie drugiego małżonka.

¹⁷ T. Sokołowski, *Skutki prawne...*, op. cit., s. 19.

¹⁸ Ibidem, s. 20.

¹⁹ Wytyczne SN z 28.05.1955 r., w zakresie stosowania art. 29 k.r.o., OSN 1955, poz. 46.

Subiektywne ujęcie rozkładu pożycia małżeńskiego kładzie nacisk na zerwanie więzi duchowej, której przejawem jest brak stosunków fizycznych i gospodarczych.

3. Koncepcja normatywna natomiast rozkład pożycia małżeńskiego określa jako sytuację, w której pożycie małżeńskie przestaje istnieć i funkcjonować w sposób określony przez normy prawne i zasady współżycia społecznego. Koncepcja ta rozkład pożycia małżeńskiego utożsamia z postępowaniem lub zachowaniem się jednego lub obojga partnerów wyraźnie sprzecznym z podstawowymi obowiązkami małżeńskimi. Obowiązki te wynikają z norm zawartych w artykułach 23 oraz 27 k.r.o.²⁰.

Każda z tych koncepcji posiada pewne cechy skrajności. Pożycie małżeńskie w rozumieniu przepisów o rozwodzie jest zjawiskiem złożonym. Z pewnością obejmuje przede wszystkim więź psychiczną, przy czym wysoce niewskazane byłoby niedoceniać znaczenia więzi fizycznej bądź gospodarczej²¹.

4. Pojęcie trwałości rozkładu pożycia małżeńskiego

Trwałość rozkładu pożycia małżeńskiego występuje wówczas, gdy doświadczenie życiowe wskazuje na to, że małżonkowie nie nawiążą już pożycia małżeńskiego, a więc nie zostanie już nigdy przywrócona między nimi wspólnota duchowa, materialna i fizyczna. Przy czym do uznania, że rozkład pożycia jest trwały, nie jest konieczne stwierdzenie, że powrót małżonków do pożycia jest bezwzględnie wyłączony. Wystarczy oparta na doświadczeniu życiowym ocena, że w okolicznościach sprawy powrót małżonków do wspólnego pożycia nie nastąpi. Należy przy tym mieć na uwadze indywidualne cechy charakteru małżonków²².

Należy zaznaczyć, że w sytuacjach wyjątkowych wniosek, iż rozkład pożycia stał się trwały, może okazać się uzasadniony już wkrótce po nastąpieniu rozkładu pożycia. Zależy to od przyczyn rozkładu lub od wyjątkowej okoliczności, np. małżonkowie w ogóle nie podjęli pożycia po zawarciu małżeństwa albo niebawem po zawarciu małżeństwa ujawnił się fakt pozostawiania przez jedno z małżonków w intymnych stosunkach z osobą trzecią, co w psychice współmałżonka wywołało stan całkowitej odrazy w stosunku do drugiego małżonka i zerwania z nim pożycia²³.

Regułą jest, że przy ocenie trwałości rozkładu pożycia małżonków, który stanowi decydującą przesłankę rozwodową, sąd bierze się pod uwagę długotrwałość trwania rozpadu pożycia. Jednakże okoliczności sprawy mogą stworzyć inne uzasadnienie oceny, że rozpad związku jest trwały i nie ma podstaw do spodziewania

²⁰ H. Ciepla, *Kodeks rodzinny...*, op. cit., s. 310.

²¹ H. Ciepla, B. Czech, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, op. cit.

²² Wytyczne SN z 28.05.1955 r., w zakresie stosowania art. 29 k.r.o., OSN 1955, poz. 46.

²³ Orzeczenie SN z dnia 24 kwietnia 1951 r., C 667/50, OSN 1953, nr 1, poz. 9

się, że małżonkowie powrócą do siebie²⁴. Przyczyną takiej sytuacji może być fakt nawarstwienia się w przeciągu krótkiego okresu wielu negatywnych dla obojga małżonków wydarzeń w ich wspólnym pożyciu. Owo nawarstwienie i kumulacja w krótkim odstępie czasowym przykrych oraz negatywnych przeżyć i wydarzeń może wpłynąć na przyspieszenie „utrwalenia” się rozkładu pożycia. Trwałość rozkładu może zatem stanowić konsekwencje spiętrzenia się i nawarstwienia negatywnych dla obu małżonków sytuacji i wydarzeń.

Natomiast gdy między małżonkami dopiero ustaje więź uczuciowa, rozkład pożycia małżeńskiego nie jest jeszcze ani zupełny, ani trwały. Cecha trwałości rozkładu wiąże się z jego intensywnością²⁵.

Analizując trwałość rozkładu, należy zbadać, jak duże jest prawdopodobieństwo, że małżonkowie nie nawiążą ponownie w przyszłości stosunków małżeńskich. Jeżeli ich ewentualny powrót jest wykluczony, to wówczas sąd może orzec iż rozkład jest trwały. Oceniając trwałość rozkładu pożycia, należy przeprowadzić analizę głębokości oraz stopnia jego rozkładu²⁶. Następuje tutaj zależność: im rozkład pożycia małżeńskiego jest głębszy, tym pewniejsza jest ocena, że rozkład ten jest trwały. Rozkład trwały pożycia małżeńskiego w wysokim stopniu dotyka poszczególne sfery życia małżonków. Przejawami trwałego rozkładu pożycia są takie zachowania małżonków w stosunku do siebie wzajemnie, a także do osób trzecich, które są wynikiem rozkładu pożycia między nimi. Ustanie przejawów rozkładu ma niezwykle doniosłe znaczenie. Przeprowadzając badania zachowań małżonków, należy ustalić, czy w sferze stosunków uczuciowych istnieje więź między małżonkami. Z punktu widzenia trwałości rozkładu pożycia małżeńskiego wyjątkowo doniosłe znaczenie ma postępowanie małżonków w okresie faktycznego rozkładu. Wówczas najjaskrawiej uwidacznia się ich wzajemny stosunek. Przepisy nie precyzują okresu po upływie, którego można uznać rozkład pożycia za trwały. Przyjmuje się jednak, iż wygaśnięcie jakichkolwiek kontaktów lub ograniczenie ich do niezbędnego zakresu w sprawach finansowych albo w sprawach związanych ze wspólnym dzieckiem, będzie wskazywało na trwały charakter rozkładu pożycia między małżonkami. Wydaje się słuszne stwierdzenie, że im dłużej trwa zupełny rozkład między małżonkami, tym bardziej prawdopodobna będzie ocena, że jest to stan trwały²⁷. Samo pojęcie rozkładu pożycia małżeńskiego jest zjawiskiem odzwierciedlającym niejako pewien proces²⁸. Wspólne pożycie małżonków, a zwłaszcza jego aktualny stan, jest wypadkową wielu różnych nawarstwiających się okoliczności oraz zachowań małżonków²⁹. Tak więc ustalenie przyczyn, które doprowadziły do rozkładu pożycia, ma kluczowe znaczenie dla postawienia pra-

²⁴ Wyrok SN z dnia 10 stycznia 1997 r., II CKN 54/96, niepubl.

²⁵ A. Olejniczak, *Materialnoprawne przesłanki...*, op. cit., s. 24.

²⁶ Ibidem.

²⁷ J. Strzebińczyk, *Prawo rodzinne*, Zakamycze 2002, s. 1.2.3.

²⁸ H. Ciepła, *Kodeks rodzinny...*, op. cit., s. 308–309.

²⁹ Ibidem, s. 312.

widłowej diagnozy co do charakteru rozkładu, w tym oceny stopnia jego trwałości. Dlatego też bez zbadania nastawienia psychicznego małżonków względem siebie nie można poprawnie ocenić, czy rozkład wspólności małżeńskiej jest rozkładem trwałym³⁰. Jak wiadomo, stan psychiki człowieka warunkuje jego postępowanie i dlatego kwestia nastawienia psychicznego małżonków jest tak ważna. Stosunki psychiczne łączące małżonków, będące źródłem wszelkich zachowań stanowiących przejawy rozkładu, muszą być poddane wnikliwej analizie. Przeprowadzenie owej analizy ułatwi ocenę co do zupełności i trwałości rozkładu pożycia.

Zupełność rozkładu pożycia nie zawsze łączy się z jego trwałością. Zdarzają się sytuacje, w których okoliczności sprawy pozwalają wnioskować, że po upływie pewnego okresu można oczekiwać przywrócenia pożycia. Z taką sytuacją mamy do czynienia, gdy ustanie wszelkich więzi nastąpiło wskutek jednorazowego zachowania się małżonka. Często takim jednorazowym zachowaniem jest czyn cudzołóstwa lub ciężka zniewaga jednego z małżonków. W takim wypadku powstały zupełny rozkład pożycia między małżonkami nie ma charakteru definitywnego. Są to przypadki, w których trwałość rozkładu jest tylko pozorna. Zupełność rozkładu pożycia występuje przez pewien czas, po czym pożycie odradza się. W sytuacjach, w których nie ma dostatecznych podstaw do przyjęcia, że zupełny rozkład pożycia małżonków wykazuje cechy trwałości, orzeczenie rozwodu nie może nastąpić z powodu niespełnienia podstawowej przesłanki rozwodowej.

Przy ustalaniu trwałości rozkładu pożycia małżeńskiego ważną rolę odgrywa wpływ czasu, od którego rozpoczęły się rozdziwki między małżonkami. Jednakże przesłanką trwałości rozpadu wcale nie jest upływ czasu. Może się bowiem zdarzyć, że zaistnienie pewnych okoliczności o wielkiej wadze i znaczeniu dla wspólnego pożycia małżonków przekreśli nieodwracalnie harmonijność pożycia małżeńskiego. W sytuacji takiej, kierując się doświadczeniem życiowym, trudno spodziewać się powrotu małżonków do wspólnego pożycia, mimo że rozkład nastąpił w ciągu krótkiego czasu³¹. Doświadczenie życiowe uczy, że im dłużej trwa małżeństwo tym większe istnieje prawdopodobieństwo przewyciężenia konfliktu i powrotu do wspólnego pożycia. Zwykle ocena, że powrót małżonków do pożycia nastąpi lub też nie nastąpi, jest możliwa po upływie pewnego czasu od ich rozstania się. Jednakże praktyka dnia codziennego dowodzi, że często zdarzają się sytuacje, w których po upływie krótkiego czasu od rozpadu związku można już mówić o trwałości rozkładu pożycia.

Należy pamiętać, że przy ocenie trwałości rozpadu należy wziąć pod uwagę czas trwania małżeństwa i czas trwania zupełnego rozkładu pożycia. W wypadkach gdy małżonkowie pozostają w rozłączeniu, porównanie czasu trwania związku małżeńskiego z zakresem rozłączenia będzie stanowiło pomocniczą przesłankę orzeczenia trwałości rozkładu. Możemy bowiem założyć, że im okres pożycia

³⁰ J. Gwiazdomorski, *Rozkład wspólności jako podstawa rozwodu*, NP 1955, nr 5, s. 62 i n.

³¹ Orzeczenie SN z dnia 13 stycznia 1953 r., C1631/52 (OSN 1954 poz. 9).

małżeńskiego trwał proporcjonalnie dłużej niż okres rozłączenia, tym większe jest prawdopodobieństwo, że małżonkowie wznowią pożycie a rozkład nie jest trwały. Ważną przesłankę oceny trwałości rozkładu pożycia stanowi okres trwania absolutnej zupełności rozkładu. Rozkład pożycia staje się rozkładem trwałym dopiero wówczas, gdy przez pewien okres czasu jest on rozkładem zupełnym. Oceniając czas trwania rozkładu zupełnego pod kątem jego trwałości, czas trwania małżeństwa traktujemy jako element porównawczy. Jeżeli okres trwania związku małżeńskiego jest porównywalny z okresem zupełnego rozkładu pożycia, czyli na okres trwania pożycia przypada w znacznym stopniu okres zupełnego rozkładu pożycia, to należy sądzić, iż rozkład ten jest trwały³².

W przypadku ponownego żądania rozwodu konieczne jest zbadanie, czy okres, jaki upłynął od wydania wyroku oddalającego powództwo, pogłębił rozkład, czyniąc go rozkładem trwałym³³. Jeżeli małżonkowie nie učinili nic w kierunku ponownego podjęcia pożycia, a stan zupełnego rozkładu trwa nieprzerwanie, to należy uznać, że rozkład pożycia ma również charakter trwały.

Kwestie związane z dążeniem jednego z małżonków do wznowienia przerwonego pożycia były również przedmiotem rozstrzygnięć sądowych. Sąd Najwyższy zajął stanowisko, że chęć jednego z małżonków do wznowienia pożycia nie jest wystarczająca do uznania rozkładu pożycia za nietrwały i niezupełny. Dzieje się tak, ponieważ drugi małżonek może zajmować stanowisko nieprzejednane wobec małżonka chcącego nawiązać ponowne pożycie małżeńskie. Mimo chęci wznowienia pożycia, rozkład miałby wtedy charakter trwały i zupełny³⁴. Sąd Najwyższy uznał również, że sama gotowość powrotu małżonków do pożycia małżeńskiego wyrażona w toku procesu rozwodowego nie unicestwia rozkładu pożycia³⁵.

Przy ocenie zupełności i trwałości rozkładu pożycia nieodzowne jest ustalenie jego przyczyn. Analiza powodów rozkładu ułatwia prognozowanie w zakresie trwałości rozkładu pożycia małżeńskiego. Sąd jest zatem zobowiązany do wszechstronnego wyjaśnienia przyczyn, jakie doprowadziły do rozkładu pożycia. Służy to ocenie rozkładu pod kątem trwałości i zupełności³⁶. Należy zauważyć, że ocena trwałości rozkładu jest bardzo trudna. Przypadki ponownego zawierania małżeństw przez te same osoby, których związek został wcześniej rozwiązany, świadczą o tym, że rozkład w tym przypadku wcale nie okazał się nieodwracalny, a więc nie miał także charakteru trwałego. Podobnie uwzględnienie kolejnego powództwa rozwodowego z wcześniejszym oddaleniem poprzednich pozwów z uwagi na rzekomy brak elementu trwałości rozkładu pożycia należy uznać za

³² A. Olejniczak, *Materialnoprawne przesłanki...*, op. cit., s. 28.

³³ Ibidem, s. 29.

³⁴ Orzeczenie SN z dnia 7 września 1954 r., II C 1255/53 NP. 1955, nr. 7–8, s. 189.

³⁵ Orzeczenie SN z dnia 21 stycznia 1950 r., WaC 255/49 DPP 1950, nr 5, s. 51.

³⁶ Punkt 1 wytycznych SN z 18.03.1968 r., w zakresie stosowania przepisów art. 56 oraz art. 58 k.r.o., OSN 1968, po. 77.

nieprawidłowe. Przypuszczenie sądu, że małżonkowie w tym przypadku mogą podjąć jeszcze wspólne pożycie, okazało się chybione³⁷.

Sfera relacji małżeńskich jest wyjątkowo delikatną i osobistą materią – to sfera o charakterze wyjątkowo intymnym. Dlatego też nieuniknione wydają się pomyłki sądowe właśnie ze względu na indywidualność każdej sprawy rozwodowej. Również kwestia przebaczenia ma doniosłe znaczenie dla ustalenia zupełnego i trwałego rozkładu pożycia. Przepisy kodeksu rodzinnego i opiekuńczego nie normują tej kwestii, lecz judykatura oraz doktryna przyjęły ogólne stanowisko, że przebaczenie oznacza istnienie nadal więzi uczuciowej między małżonkami. Oznacza to, że w chwili przebaczenia rozkład pożycia nie jest zupełny ani trwały. Z chwilą przebaczenia przestaje istnieć związek przyczynowy między przebaczonym zachowaniem małżonka a wzajemną postawą małżonków i stanem, w jakim znajduje się ich pożycie. Przebaczenie, które zostało dokonane w czasie oceny charakteru rozkładu pożycia, nazywamy przebaczeniem aktualnym. Przebaczenie aktualne wskazuje, że między małżonkami występuje więź uczuciowa, a zatem niemożliwe będzie uznanie w tym momencie rozkładu pożycia małżeńskiego za zupełny i trwały. Wyróżniamy również przebaczenie dokonane w przeszłości zwane przebaczeniem dawnym³⁸. Przebaczenie tego rodzaju świadczy o tym, że w przeszłości istniała więź duchowa między małżonkami, jednakże nie jest ona przeszkodą do ustalenia, że w chwili orzekania istnieje trwały i zupełny rozkład pożycia.

Analiza konkretnych okoliczności objętych przebaczeniem, jak również okoliczności, które pojawiły się po przebaczeniu, może doprowadzić do przekonania, że rozkład istnieje z powodu przebaczonych zachowań i okoliczności. W prawie polskim kwestia przebaczenia nie stanowi zatem okoliczności wyłączonej powołanie się w toku procesu rozwodowego na przebaczone uprzednio zachowanie współmałżonka. Jeżeli więc okoliczności przebaczone przyczyniły się do rozkładu pożycia, konieczne będzie uwzględnienie ich w toku procesu. Należy również zauważyć, że utrzymywanie przez małżonków poprawnych stosunków nie stoi na przeszkodzie uznania rozkładu za zupełny i trwały. Rozkład pożycia małżeńskiego o charakterze trwałym wcale bowiem nie musi łączyć się z wrogim nastawieniem małżonków wobec siebie. Utrzymywanie poprawnych stosunków leży w interesie samych małżonków, ich dzieci oraz otoczenia. Niewystępowanie wzajemnej nienawiści i niekulturalnego odnoszenia się w relacjach między małżonkami wypływa z więzi ogólnoludzkich. Utrzymywanie poprawnych stosunków przez małżonków w okresie, w którym nastąpił trwały rozkład pożycia małżeńskiego, nie jest ani przejawem pożycia małżeńskiego, ani też przejawem powrotu do wspólnego pożycia, a jedynie zachowaniem wynikającym z ogólnie przyjętych norm zachowań międzyludzkich.

³⁷ J. Strzebińczyk, *Prawo rodzinne*, op. cit., s. 1.2.3.

³⁸ Nazewnictwo według A. Olejniczaka, *Materialnoprawne przesłanki...*, op. cit., s. 29.

Zjawisko trwałości rozkładu pożycia małżeńskiego należy zatem rozpatrywać w ścisłym związku ze zjawiskiem zupełności rozkładu pożycia. Stan trwałości rozkładu pożycia małżeńskiego jest zatem stanem złożonym i narastającym. Stan ten poprzedza zwykle długotrwały i silny konflikt pomiędzy stronami.

JANUSZ CABAJ

PRECEDENS JAKO ELEMENT SYSTEMU I KULTURY
COMMON LAW

Wiele współczesnych doktryn prawnych zostało wypracowanych na gruncie kultury prawnej *common law*. Jedyne tytułem przykładu można by wskazać koncepcję Johna M. Finnisa, reprezentanta tzw. nowej szkoły prawa naturalnego, autora obszernego dzieła dotyczącego praw człowieka, postrzegającego źródło tych praw w refleksji nad własną egzystencją.¹ Także Lon L. Fuller (1902–1978), twórca doktryny wewnętrznej moralności prawa, nawiązujący jednocześnie w swych rozważaniach do idei sprawiedliwości ustawodawczej jest reprezentantem kultury prawnej *common law*.² Wręcz sensacyjna, swego czasu, teoria sprawiedliwości Johna Rawlsa³ (1921–2002) i jej radykalna krytyka dokonana przez Roberta Nozicka⁴ (1938–2002), odwołujące się do stanu natury i prawa naturalnego są kolejnymi przykładami wkładu amerykańskiej myśli filozoficzno-prawnej do nauki prawa. Również w nawiązaniu do *common law*, z tym że już ze stanowiska pozytywizmu prawniczego tworzy swoją teorię Joseph Raz. Jego pozytywistyczna wizja prawa jest już jednak bardziej radykalna, w szczególności w zakresie tezy dotyczącej rozdziału prawa i moralności⁵, i to właśnie on, po Herbercie L.A. Harcie (1907–1992), zasłużył sobie na miano czołowego obrońcy pozytywizmu prawniczego.⁶ Nie sposób w tym miejscu pominąć wspomnianego H. Harta i jego „permanentnego” adwersarza Ronalda W. Dworkina, który własną integralną teorią prawa zbudował właśnie na krytyce jego teorii reguł. Szczególnie w przypadku R. Dworkina związek pomiędzy koncepcją prawa H. Harta a kontekstem kulturowym jest szczególnie istotny.

¹ J.M. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford University Press 1980, edycja polska – J.M. Finnis, *Prawo naturalne i uprawnienia naturalne*, tłum. K. Lossman, Warszawa 2001.

² L.L. Fuller, *Moralność prawa*, Warszawa 1978; tenże, *Anatomia prawa*, Lublin 1993; por. także: J.M. Kelly, *Historia zachodniej teorii prawa*, Kraków 2006, s. 444–445.

³ J. Rawls, *A Theory of Justice*, Harvard–Cambridge 1972, edycja polska – J. Rawls, *Teoria sprawiedliwości*, przekład M. Panufnik, J. Pasek, A. Romaniuk, Warszawa 1994.

⁴ R. Nozick, *Anarchy, State and Utopia*, 1974, edycja polska – R. Nozick, *Anarchia, państwo i utopia*, przekład P. Maciejko, M. Szubialka, Warszawa 1999.

⁵ J. Raz, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, 1979, edycja polska – J. Raz, *Autorytet prawa. Eseje o prawie i moralności*, Warszawa 2000.

⁶ J. Kochanowski, N. Simmonds, *Wstęp do 'Autorytetu prawa' J. Raza*, s. VII.

Wydaje się zatem oczywiste, że do pełniejszego zrozumienia jakiegokolwiek doktryny anglojęzycznej przydatną okaże się wiedza, choćby w zakresie podstawowym, o tych cechach charakterystycznych kultury prawnej *common law*, które stanowią o jej odmienności, przynajmniej z perspektywy prawnika kontynentalnego. Należy jednak mieć na uwadze również i to, że choć w sposób niejako naturalny zauważane są w pierwszej kolejności różnice, to odnotowane powinny być także podobieństwa.

Elementy kultury prawnej charakterystyczne dla *common law* mogą być akcentowane z różną mocą. Zbigniew Pulka zwraca uwagę na trzy takie charakterystyczne elementy.⁷ Pierwszym z nich jest ograniczony stopień dyspozycyjności prawa wobec władzy politycznej. Prawo jako wyraz podstawowych przekonań i wartości określonego społeczeństwa staje się bardziej odporne na doraźną ingerencję prawodawcy, a zaczyna być postrzegane jako immanentny składnik jego kultury.

Kolejnym jest akceptacja pozycji sędziego jako podmiotu rozstrzygającego definitywnie o kwalifikacji prawnej reguł społecznych.

Trzecim wreszcie jest przyjęcie założenia o swoistym statusie zarówno zasad moralnych, jak i zasad moralności politycznej. Zasady te stając się podstawą systemu prawa stanowią jednocześnie istotny element kulturowy.

Ze względu na charakter przepisu ustawowego i orzeczenia precedensowego uprawnionym staje się przyjęcie założenia o podobieństwie systemu prawa stanowionego oraz systemu *common law*. W jednym i w drugim przypadku mamy do czynienia z wytworem działalności legislacyjnej. Istnieją również pewne różnice, które czynią dopuszczalnym postrzeganie systemu prawa stanowionego w ujęciu „wąskim”, natomiast systemu *common law* w ujęciu „szerokim”.⁸

Wizja ujęcia „szerokiego” systemu prawnego jest nieco zbliżona do koncepcji Hansa Kelsena (1881–1973), austriackiego twórcę normatywizmu prawniczego, który większą część swojego dorosłego życia spędził w Stanach Zjednoczonych. Chodzi tu o ten aspekt jego badań, w którym zgłasza on postulat włączenia do systemu prawnego norm indywidualnych i konkretnych.⁹ Podobieństwo to wynika z faktu, że w systemie *common law* za elementy tegoż systemu uważane są rozstrzygnięcia sądowe *ratio decidendi*, które stanowią podstawę do sformułowania norm indywidualnych i konkretnych w rozstrzyganych sprawach.¹⁰

Status *ratio decidendi* jest specyficzny. Z jednej strony są to normy o charakterze generalnym i abstrakcyjnym¹¹, ale z drugiej strony ich powstanie nie jest

⁷ Z. Pulka, *Prawo jako fakt interpretacyjny w filozofii prawa R. Dworkina*, Acta Universitatis Wratislaviensis, Prawo CCLXII, Wrocław 1997, s. 9.

⁸ K. Opalek, J. Wróblewski, *Prawo. Metodologia. Filozofia. Teoria prawa*, Warszawa 1991, s. 238–240.

⁹ Należy jednak pamiętać, że normatywizm H. Kelsena w stosunku do systemów prawnych należących do kultury *common law* uznaje się, przynajmniej w sferze interpretacyjnej, za doktrynę całkowicie nieadekwatną; J. Stelmach, (w:) J. Stelmach, R. Sarkowicz, *Filozofia prawa XIX i XX wieku*, Kraków 1999, s. 49.

¹⁰ K. Opalek, J. Wróblewski, *Zagadnienia teorii prawa*, Warszawa 1969, s. 81.

¹¹ S. Wronkowska, (w:) A. Redelbach, S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys teorii państwa i prawa*, Warszawa 1993, s. 171. Nieco inaczej rzecz ujmuje R. Tokarczyk, który uważa, że są to normy jednostkowe

oderwane od konkretnych stanów faktycznych. Zostają bowiem sformułowane na potrzeby określonego przypadku, ale ich ogólność umożliwia ich wielokrotne zastosowanie w sprawach podobnych. *Ratio decidendi* przyjmuje zatem formę zasady prawnej.¹² Zasada ta zostanie przez sąd uwzględniona w innych przypadkach, o ile będzie ona adekwatna do stanu faktycznego danej sprawy. Obok tej najważniejszej części orzeczenia precedensowego, jaką jest *ratio decidendi*, wyróżnia się także *obiter dicta*. Są to okoliczności uwzględniane jedynie w rozpatrywanej sprawie i niestanowiące podstawy rozstrzygnięcia w innych, późniejszych przypadkach. Jak powiada Brian Bix, jest to coś powiedziane na marginesie (*something said in passing*), kwestie które nie są kluczowe dla decyzji w danym przypadku, których sąd związany *ratio decidendi* w danym przypadku nie musi uwzględniać.¹³

Common law jest zatem prawem kazuistycznym. Potrzeba prawotwórczej aktywności sądu wynika każdorazowo ze specyfiki rozpatrywanej sprawy. Można dokonywać porównań systemu prawa stanowionego i *common law* opierając się na różnych kryteriach. Można próbować wykazywać wyższość bądź jednego, bądź drugiego. Jest wszakże co najmniej jedna pozytywna cecha *common law*, której nie można przypisać systemom prawa stanowionego. Wysiłek prawotwórczy, choć jedynie sądu, a nie ustawodawcy, tworzącego nową regułę, nigdy nie jest daremny.¹⁴ Reguła ta bowiem znajdzie zastosowanie przynajmniej w bieżącej sprawie. W przypadku prawa stanowionego takiej pewności mieć już nie można.

Wyrażenie *common law* może być używane w różnych znaczeniach. Chodzi tu zasadniczo o różne znaczenie „powszechności” tego prawa.¹⁵ W pierwszym przypadku może ono stanowić opozycję dla prawa przyznającego przywileje, a zatem wobec aktów o charakterze indywidualnym. W drugim przypadku będzie to prawo angielskie rodzime, w odróżnieniu od innych praw o powszechnym charakterze, takich jak prawo kanoniczne czy prawo rzymskie. Przypadki te mają zatem znaczenie mniej lub bardziej historyczne. Wreszcie w trzecim przypadku, wyrażenie *common law* używane jest najczęściej jako prawo zwyczajowe rozumiane w szczególnie sposób, przeciwstawiane prawu stanowionemu.¹⁶ Można także wyróżnić przeciwstawianie *common law* regułom słuszności (*equity*), które ujmując rzecz chronologicznie wyróżnione zostały dopiero później. Koncepcja

i konkretne, które jednocześnie kreują same siebie na potencjalnie wiążące normy ogólne; R. Tokarczyk, *Współczesne kultury prawne*, Kraków 2005, s. 160.

¹² Z. Brodecki, (w:) *Leksykon współczesnej teorii i filozofii prawa*, (red.) J. Zajadło, Warszawa 2007, s. 279.

¹³ B.H. Bix, *A Dictionary of Legal Theory*, Oxford University Press 2004, s. 205.

¹⁴ R. Tokarczyk, *Współczesne...*, op. cit., s. 149.

¹⁵ Za literaturę klasyczną dotyczącą niniejszej tematyki uznaje się powszechnie dzieła Brytyjczyka, wykładowcy Oxfordu, W. Blackstone’a z lat 1765–1769, *Commentaries of the Laws of England* oraz Amerykanina, wykładowcy Harvardu, a zarazem sędziego amerykańskiego Sądu Najwyższego, O.W. Holmesa, *The Common Law*, wydane w roku 1881.

¹⁶ K. Sójka-Zielińska, *Historia prawa*, Warszawa 1998, s. 72.

reguł słuszności nawiązuje do standardów prawnych rozwijanych początkowo przez Sąd Kanclerski (*Court of Chancery*). Charakteryzowały się one mniejszą precyzją, natomiast bardziej bazowały na poczuciu słuszności, niż na prostoliniowych i zasadniczo bezkompromisowych regułach rozwijanych przez system sądów powszechnych.¹⁷ Można wreszcie używać pojęcie *common law* na oznaczenie całokształtu systemu prawa określonego państwa anglosaskiego.¹⁸ W takim przypadku obejmie ono swym znaczeniem także reguły prawa stanowionego oraz zasady typu *equity*.

Wieloznaczność pojęcia *common law* nieco inaczej klasyfikuje L. Fuller.¹⁹ W obrębie angielskiego systemu prawa wyrażenie to używane jest jedynie w dwóch znaczeniach. Pierwsze z nich wiąże się z pojęciem prawa sędziowskiego jako opozycji wobec prawa stanowionego. Drugie znaczenie jest szersze i nawiązuje do kultury prawnej narodów. Zostaje więc wyróżnione *common law* narodów, których językiem, choć niekoniecznie jedynym, jest język angielski. W tym ujęciu przeciwieństwem *common law* narodów będzie prawo stanowione narodów. Będzie ono występowało zasadniczo tam, gdzie język angielski nie jest językiem dominującym, natomiast jest nim jeden z języków wywodzących się z łaciny.²⁰ Tradycja prawna tych krajów, prawnicza aparatura pojęciowa i słownictwo będą opierały się na dorobku starożytnych prawników rzymskich.

Pojęcie *common law* przeciwstawiane pojęciu prawa stanowionego zasadniczo nie poddaje się jednoznacznemu i precyzyjnemu definiowaniu. Z pewnością należy mówić tu o systemie, ale jego elementy nie mają charakteru jednorodnego. Obok standardów o ogólnym charakterze (zasad) należy także uwzględnić doktryny prawnicze, jak również znaczenie pojęć podstawowych, które zostało ustalone także w formie definicji zarówno w języku prawnym, jak i prawniczym.²¹ Niejednorodność elementów współtworzących system prawa nakłada się na nieostrość lingwistyczną wypowiedzi normatywnych bądź wypowiedzi deskryptywnych (wypowiedzi o prawie). Wszystko to powoduje, że dla prawnika kontynentalnego trudne niekiedy bywa rozróżnienie, co właściwie stanowi podstawę prawną rozstrzygnięcia sędziowskiego, a co jedynie rozstrzygnięcie to uzasadnia.

Pojęcie systemu *common law* może być rozumiane jako system prawa powszechnego opartego jedynie na zbiorze *ratio decidendi*. W takim przypadku nie będzie on obejmował swym znaczeniem norm prawa stanowionego (*statutory law*, *statute*

¹⁷ B.H. Bix, *A Dictionary...*, op. cit., s. 36.

¹⁸ *Leksykon współczesnej teorii i filozofii prawa*, op. cit., s. 34.

¹⁹ L.L. Fuller, *Anatomia prawa*, Lublin 1993, s. 127–128.

²⁰ Gwoli ścisłości należy nadmienić, że język angielski nie ustrzegł się wpływów języka łacińskiego; przynajmniej jeżeli chodzi o angielski język prawny, który co prawda powstał na bazie języka staroangielskiego (*Old English*), ale w połączeniu z językiem łacińskim oraz językiem francuskim; R. Tokarczyk, *Współczesne...*, op. cit., s. 151.

²¹ A.W.B. Simpson, *The Common Law and Legal Theory*, (w:) *Oxford Essays in Jurisprudence*, (red.) A.W.B. Simpson, Oxford 1973, s. 78–79; R. Cotterrell, *The Politics of Jurisprudence*, London and Edinburgh 1989, s. 23 i n., cyt. za Z. Pulka, *Prawo...*, op. cit., s. 9–10.

law). Z kolei prawo sędziowskie (*judge made law*), powinno być rozumiane jako *common law* wspomagane *equity law*. Ta charakterystyczna dla systemu angielskiego dwuwarstwowość prawa sędziowskiego spowodowana jest właśnie tym, że *common law* jest rzeczywiście prawem powszechnym, a przy tym stosunkowo jednolitym. To z kolei jest przyczyną jego małej elastyczności. Nie uwzględnia ono bowiem tradycji lokalnych. System *common law* kształtowany historycznie na drodze orzeczeń sądów królewskich²² okazał się zbyt skostniały wobec zmieniającej się rzeczywistości. Antidotum na taki stan rzeczy okazała się inicjatywa Sądu Kanclerskiego, który regułami *common law* nie czuł się związany, a kierował się przede wszystkim względami słuszności (*equity*). Dużo prostsze było także postępowanie przed takim sądem.²³ Jego rolę w zakresie łagodzenia rygorów *common law*, ale także prawa stanowionego, można porównać z rolą rzymskiego pretora, którego orzecznictwo łagodziło reguły *stricti iuris* rzymskiego prawa cywilnego.²⁴ Dualizm hierarchii sądowej w Anglii należy już do przeszłości.²⁵ Niemniej jednak dualizm czy też dwuwarstwowość prawa pozostała. Dochodzi tu to podziałów, które dla prawników kontynentalnych są nieco zaskakujące. Podczas gdy w jednym systemie prawników można kwalifikować jako cywilistów, karnistów, itp., a zatem zgodnie z podziałem na gałęzie prawa w ujęciu materialnym, to w drugim systemie odnaleźć można przede wszystkim *common lawyers* albo *equity lawyers*. A zatem są to specjaliści w zakresie określonej procedury. Określone rodzaje procedury są zasadniczo związane z określonymi gałęziami prawa. Przykładowo, dla prawa karnego właściwa będzie procedura *common law*, a dla prawa spółek handlowych – procedura *equity law*. Ale w prawie cywilnym już takiej jednolitości nie ma. O ile bowiem dla prawa zobowiązań mają zastosowanie reguły *common law*, to już w prawie spadkowym obowiązują zasady słuszności.²⁶

Prawotwórstwo sędziowskie i charakterystyczne cechy rozumowania *common law* stworzyło wiele trudności teoretykom prawa. Nie wszyscy bowiem zgadzali się

²² Historycznie, zasadniczo od końca XII wieku, sądownictwo w Anglii funkcjonowało w oparciu o instytucję sędziów pokoju (*justices of the peace*), przejmujących kompetencje sądownicze od szeryfów, oraz sądy królewskie. Najwyższą instancją w strukturze sądów królewskich była Izba Lordów, która prócz funkcji odwoławczych miała, jako jedyna, uprawnienia do sądenia lordów. Natomiast na kształtowanie się jednolitego *common law* największy wpływ miały tzw. sądy westminsterskie, których nazwa wywodzi się od ich siedziby. W ich skład wchodził Sąd Spraw Pospolitych (*Court of Common Pleas*) rozpatrujący sprawy cywilne, Sąd Ławy Królewskiej (*Court of Kings Bench*) rozpatrujący sprawy karne oraz Sąd *Exchequeru* rozpatrujący sprawy skarbowe, a zatem sprawy przeciw Koronie; M. Szczaniecki, *Powszechna historia państwa i prawa*, Wydawnictwa Prawnicze PWN, Warszawa 1997, s. 174.

²³ K. Sójka-Zielińska, *Historia prawa*, op. cit., s. 73.

²⁴ *Ius praetorium est, quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam* – „Prawem pretorskim jest to prawo, które wprowadzili pretorowie dla wspomagania, uzupełniania i poprawiania prawa cywilnego, ze względu na dobro publiczne” – *Papinianus libro secundo definitionum*, *Digesta* Justyniana 1, 1, 7, 1. W. Bojarski, W. Dajczak, A. Sokala, *Verba iuris. Reguły i kazusy prawa rzymskiego*, Toruń 1995, s. 30–31.

²⁵ Trwający około pięćset lat dualizm hierarchii sądowej w Anglii został zniesiony na skutek reform sądowych w latach 1873–1875; M. Szczaniecki, *Powszechna historia...*, op. cit., s. 452.

²⁶ M. Szczaniecki, *Powszechna historia...*, op. cit., s. 452.

na koncepcję „tworzenia” prawa, dopuszczają myśl, że sędziowie jedynie prawo „znajdują”, choć nie do końca potrafili ono wyjaśnić, gdzie to prawo było, zanim zostało znalezione. Niejednoznaczna był też ocena rozumowania prawniczego. Pamiętając o tym, że system *common law* funkcjonował przed koncepcjami pozytywistycznymi Jeremego Benthama (1748–1832) i Johna Austina (1790–1859), można tytułem przykładu powołać poglądy chociażby komentatorów naturalno-prawnych. John Davis (1615) postrzegał zatem rozumowanie prawnicze jako „niepamiętny zwyczaj lub prawo chronione przez ludzi” (*immemorial custom or law preserved in the memory of man*), natomiast Edward Coke (1628) jako „sztuczną doskonałość rozumu nabytą przez długie lata, obserwacje i doświadczenia” (*artificial perfection of reason gotten by long study, observation, and experience*).²⁷ Trudno w takich stanowiskach znaleźć poparcie dla koncepcji czystego sędziowskiego prawotwórstwa.

W przypadku amerykańskiego *common law*, które zasadniczo kształtuje się jako prawo stanowe²⁸, a jako federalne *common law* ma ograniczone zastosowanie. Jednakże i w prawie amerykańskim można spotkać się z orzecznictwem opartym na poczuciu słuszności. Sadownictwo *equity* nie jest, podobnie jak w Anglii, strukturalnie wydzielone. Wyjątkiem w tym przypadku są stany Arkansas, Delaware, Misissipi i Tennessee, w których istnieją specjalne *equity courts*. Stosowanie prawa odwołującego się do poczucia słuszności dotyczy przede wszystkim spraw cywilnych.²⁹

Przyjmując zatem, że sądy stanowe stosują stanowe *common law*, można postawić pytanie, czy precedensy z jednego stanu winny być brane pod uwagę w innych stanach. Praktyka wskazuje, że amerykańscy sędziowie taką możliwość akceptują, co więcej orzecznictwo niektórych stanów jest pod tym względem uznawane za bardziej wpływowe niżeli innych. Do stanów, których orzecznictwo cieszy się największym autorytetem należą Nowy Jork, Kalifornia, Massachusetts oraz Teksas.³⁰

Natomiast stosowanie *common law* w orzecznictwie sądów federalnych ma swoją historię. Źródła dopuszczalności tworzenia federalnego *common law* upatruje się w precedensowym rozstrzygnięciu w sprawie *Swift v. Tyson* z roku 1842. Stan taki utrzymywał się przez blisko sto lat, a dokładnie do roku 1938. Wówczas to miało miejsce orzeczenie Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych w sprawie *Erie Railroad Co. v. Tompkins*, w którym to sędziowie jednogłośnie stwierdzili, że nie istnieje federalne *common law*, a zatem sądy federalne mogą powoływać się jedynie na precedensy stanowe. Obecnie stanowisko to nie jest już tak jedno-

²⁷ B.H. Bix, *A Dictionary...*, op. cit., s. 36.

²⁸ Sytuacja, w której w każdym stanie obowiązuje partykularne *common law* doprowadziła do potrzeby uwzględniania olbrzymiej ilości orzeczeń sądowych. Ich liczbę ocenia się na 25 tysięcy tomów, przy czym nie mają one charakteru zbiorów urzędowych. Wszelkie próby systematyzujące mają także charakter inicjatyw prywatnych, w tym także tak często powoływany przez sędziów tzw. *Restatement*; M. Sczaniecki, *Powszechna historia...*, op. cit., s. 469.

²⁹ R. Tokarczyk, *Współczesne...*, op. cit., s. 159.

³⁰ R. Tokarczyk, *Prawo amerykańskie*, Kraków 2005, s. 36.

znaczne. Najogólniej rzecz ujmując, sądy federalne mogą tworzyć i powoływać się na utworzone przez siebie federalne *common law* jedynie w sprawach federalnych.³¹ Tytułem przykładu można tu wskazać chociażby prawo emigracyjne i precedens *Galvan v. Press* z 1974 roku.³²

Trudno byłoby wskazać taki system prawa anglosaskiego, który jest oparty jedynie na *common law*, rozumianym jako fragment prawa sędziowskiego. Co więcej, dynamiczny rozwój gospodarczy i społeczny wymusza wręcz stanowienie prawa, które zdecydowanie już przeważa w systemie prawa anglosaskiego.

Przewaga prawa stanowionego nie ma jednak wpływu na tradycję w stosowaniu prawa w Stanach Zjednoczonych. System amerykański wciąż bowiem preferuje model stosowania prawa odwołującego się do precedensów. Nawet w sytuacji, w której rozpatrywana sprawa może być rozstrzygnięta w oparciu o przepis prawa stanowionego, a istnieje orzeczenie wcześniejsze, które zapadło w oparciu o tenże przepis, sądy chętniej powołują się właśnie na nie aniżeli na stosowny przepis ustawy. Natomiast w sytuacji „gdy nie istnieje ani przepis prawa stanowionego, ani precedens, sędziowie skłaniający się do prawa powszechnego posługują się zasadą analogii w prawie lub odwołują się do ogólnych zasad prawnych, podobnie jak sędziowie systemów prawa stanowionego”.³³

Wyrażenie *common law* jest na język polski zasadniczo nieprzetłumaczalne i, w największym uproszczeniu, oznacza prawo tworzone na drodze precedensów.³⁴ W przypadku kolizji między różnymi kryteriami obowiązywania prawa, precedens, a także i prawo zwyczajowe (*customary law*), w systemie *common law*, są podporządkowane ustawowemu i konstytucyjnemu kryterium identyfikacji prawa. Jest to jednak podporządkowanie względne (*relative subordination*). O ile jednak precedens i zwyczaj mogą być pozbawione statusu prawa przez ustawę o tyle ich status z ustawy nie wynika. Ich miejsce w systemie prawa, choć podporządkowane, jest niezależne. Można by pomyśleć, że jeżeli ustawa może pozbawić precedensu statusu prawa, to także, choćby „milcząco” w jakiś sposób jest źródłem jego obowiązywania. Tak jednak nie jest. Zarówno precedens, jak i zwyczaj stają się, zdaniem H. Harta, kryteriami identyfikacji prawa na mocy reguły uznania.³⁵ Charakterystycznie podobna relacja w jakiej pozostają precedens i zwyczaj względem prawa stanowionego nie powinna przesłaniać różnic, jakie między nimi występują. O ile więc orzeczenia sędziowskie składające się na prawo preceden-

³¹ Ibidem, s. 36.

³² Orzeczenie Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych w niniejszej sprawie przyznało nielegalnym emigrantom prawo do właściwego procesu sądowego (*due process of law*), na takich samych zasadach, na jakich prawo to przysługuje obywatelom amerykańskim na mocy XIV Poprawki do Konstytucji Stanów Zjednoczonych; ibidem, s. 353.

³³ Ibidem, s. 30.

³⁴ J. Woleński, (w:) H. Hart, *Pojęcie prawa*, Warszawa 1998, przypis tłumacza na str. 141.

³⁵ H.L.A. Hart, *The Concept of Law* (2nd edition with a postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz), Oxford 1997, s. 101, edycja polska: H.L.A. Hart, *Pojęcie prawa*, tłum. J. Woleński, Warszawa 1998, s. 141–142, oznaczone dalej „PP”.

sowe przybierały formę pisemną, o tyle prawo zwyczajowe zapisywane nie było. Zasięg obowiązywania także był różny. Zwyczaj miał charakter lokalny a ponadto charakteryzował się partykularyzmem personalnym (zasadniczo stanowym), czego nie można powiedzieć o prawie precedensowym.³⁶

System prawa *common law* oparty na precedensach jest najbardziej odpowiednim kontekstem dla rozważań dotyczących koncepcji spraw trudnych (*hard cases*). Także i to pojęcie nie ma precyzyjnego odpowiednika nie tylko w prawoznawstwie polskim, ale także w kontynentalnym.³⁷

Problematyka *hard cases* ujawnia się w aspekcie stosowania prawa. Stwierdzenie, że w systemie prawa brak jest normy, która mogłaby stanowić podstawę rozstrzygnięcia, należy uznać za wyjątkowe. Znacznie częściej trudność danego przypadku polega na braku normy jednoznacznej. Można też, za B. Wojciechowskim wskazać na jeszcze szersze rozumienie tego pojęcia: „Trudne przypadki w najogólniejszym ujęciu występują, gdy sędzia nie dysponuje jednoznaczną normą, która została wytworzona przez określony autorytet, ale to także przypadki trudności decyzyjnych wynikających z braku zgody wśród prawników”.³⁸ Pojęcie *hard case* najczęściej jest kojarzone z R. Dworkinem, a w następnej kolejności z H. Hartem, który do zarzutów R. Dworkina opartych na koncepcji *hard case* był zmuszony się odnieść. Rzeczywiście, należy zgodzić się, że samo pojęcie zostało spopularyzowane przez R. Dworkina, jednakże H. Hart w swoich rozważaniach dotyczących otwartości prawa (*open texture*) problem trudnych przypadków dostrzegał, choć nie wprowadził w tym zakresie jednolitego pojęcia.³⁹

Niejako w cieniu tych dwóch teoretyków i filozofów prawa pozostają inne ujęcia tego problemu zaprezentowane przez Neila McCormicka, Aleksandra Peczenika czy Jerzego Wróblewskiego.⁴⁰ Pojęciu *hard cases*, logicznie rzecz biorąc, można przeciwstawić pojęcie *spraw łatwych* (*easy cases*). Także i w tym przypadku kryteria je rozróżniające mogą mieć charakter zarówno wielopłaszczyznowy, jak i dyskusyjny. Na trzy takie płaszczyzny wskazuje Brian H. Bix. Są to stopień, czas i pewność porozumienia, które w danej sprawie mogą osiągnąć prawnicy przy założeniu, że są oni odpowiednio przygotowani (cokolwiek miałyby to oznaczać) do podjęcia tego wyzwania.⁴¹

Wydaje się, że obecnie pojęcie *hard cases* w teorii i filozofii prawa znajduje zastosowanie znacznie szersze. Niemalże wszędzie tam, gdzie dochodzi do kolizji

³⁶ R. Tokarczyk, *Współczesne...*, op. cit., s. 147.

³⁷ J. Woleński, *Wstęp do 'Biorąc prawa poważnie' R. Dworkina*, Warszawa 1998, s. XV.

³⁸ B. Wojciechowski, *Rozstrzygnięcie tzw. trudnych przypadków przez odwołanie się do odpowiedzialności moralnej*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 2004, LXX, s. 11.

³⁹ Por. chociażby: ...*the difficult real cases requiring attention* – (rzeczywiście trudne sytuacje wymagające uwagi); H.L.A. Hart, *The Concept...*, op. cit., s. 13 / PP, s. 181.

⁴⁰ Z ogólną charakterystyką wspomnianych ujęć można zapoznać się w: M. Król, *Koncepcja trudnych przypadków a prawomocność*, (w:) *Teoria prawa. Filozofia prawa. Współczesne prawo i prawoznawstwo*, praca zbiorowa poświęcona prof. W. Langowi w 70. rocznicę urodzin, Toruń 1998, s. 97–109.

⁴¹ B.H. Bix, *A Dictionary...*, op. cit., s. 81.

prawa z innymi systemami normatywnymi, pojawić się może problem trudnego przypadku, dla którego podstawa rozstrzygnięcia znajdująca swe oparcie jedynie w obowiązującym prawie okaże się mało przekonująca. Jak zatem trafnie zauważa Jerzy Zajadło: „Trudne przypadki pokazują, że pomiędzy *ius* i *lex* istnieje immanentny związek – *ius* bez *lex* okazuje się bezradne; z kolei *lex* bez *ius* bardzo często bywa bezduszne.”⁴² Czy zatem należy przyjmować bezrefleksyjnie znane od blisko stu lat powiedzenie Olivera W. Holmesa (1841–1935), prekursora amerykańskiego realizmu prawniczego: *great cases like hard cases make bad law*.⁴³ Wydaje się, że nawet jeżeli trudne przypadki mogą okazać się niekiedy źródłem nienajlepszego prawa, to z pewnością staną się czynnikiem kształtującym lepszych prawników.

Mając świadomość złożoności problemu *hard cases*, można stwierdzić, iż próby jego wyjaśniania na przykładach kontrowersyjnych spraw, rozstrzyganych na podstawie przepisów ustawowych, nie do końca oddają istotę tego zagadnienia. Także koncepcja jedynego słusznego rozstrzygnięcia R. Dworkina jest łatwiejsza do zaakceptowania na gruncie *common law* aniżeli w przypadku prawa stanowionego. Koncepcja ta zakładająca uwzględnienie ciągłości i spójności całej dotychczasowej praktyki decyzyjnej⁴⁴ nawiązuje pośrednio do zasad, doktryn i przekonań, które stanowią uzasadnienie dla dotychczasowego zbioru orzeczeń. W przypadku *hard case* sąd zostaje zwolniony z obowiązku stworzenia stosownej reguły prawnej. W to miejsce zostaje jednak obarczony nie mniej trudnym obowiązkiem odnalezienia tego prawa po uwzględnieniu dotychczasowego dorobku prawnego. Koncepcja R. Dworkina zakłada zresztą taki mechanizm nie tylko w przypadku *hard case*, ale zasadniczo w każdej sprawie.

Z kultura prawną *common law* jest kojarzone pojęcie *precedens*. Wiadomo jednak, że prawnicy kontynentalni, w odniesieniu do systemu *civil law*, także posługują się tym terminem. Zasadnicza różnica jest tu taka, że *precedens* w *common law* jest samoistnym źródłem prawa (*precedens de iure*) i powstaje w związku z konkretnym rozstrzygnięciem, a w systemie *civil law* *precedens* formalnie nie ma mocy wiążącej (*precedens de facto*) i może powstać bez odniesienia do konkretnego stanu faktycznego, nabierając w ten sposób charakteru abstrakcyjnego.⁴⁵

⁴² J. Zajadło, *Co to są hard cases?*, (w:) *Fascynujące ścieżki filozofii prawa*, (red.) tenże, Warszawa 2008, s. 17.

⁴³ „wielkie sprawy, podobnie jak trudne sprawy, tworzą złe prawo” – ibidem, s. 16.

⁴⁴ Teoria R. Dworkina zakłada jednak, że nie wszystkie dotychczasowe orzeczenia pozostają względem siebie w relacji spójności. Nie należy więc za wszelką cenę dążyć do skonstruowania takiej teorii, która będzie uzasadniała wszystkie dotychczasowe orzeczenia; może się to bowiem okazać niemożliwe. Orzeczenia nie pasujące do najbardziej optymalnej teorii skonstruowanej przez sędziego należy po prostu pominąć.

⁴⁵ Koncepcja *precedensu* w krajach *civil law* ma rodowód francuski. Korzeni tej koncepcji należy doszukiwać się w ustawodawstwie z czasów Wielkiej Rewolucji, a kontynuacji w Kodeksie Napoleona (art. 5); L. Morawski, *Precedens a wykładnia*, PiP 1996, nr 10, s. 3. Zdaniem autora, francuska koncepcja *precedensu*, znajdująca uzasadnienie w doktrynie trójpodziału władzy Monteskiusza, może zostać odzwierciedlona następującymi tezami: „1. Zakaz tworzenia prawa przez sądy. Konsekwencją tej reguły są dwie

Pojęcie *precedensu*, którym posługują się amerykańscy i brytyjscy prawnicy jest przez nich rozumiane jako pewna, niejednorodna doktryna, u podłoża której legło twierdzenie, że orzeczenie zapadłe wcześniej powinny zostać przez sąd uwzględnione podczas orzekania w sprawach późniejszych, o ile sprawa, w której orzeczenie zapadało była dostatecznie podobna do sprawy późniejszej (*earlier case sufficiently like a new case*).⁴⁶

Wiele kontrowersji mogą budzić kryteria, na podstawie których mówi się, iż jedna sprawa jest do drugiej wystarczająco podobna, że orzeczenie wcześniejsze „należy do sprawy” (*in point*).⁴⁷ Przesądzenie o podobieństwie bądź odmienności spraw może mieć bardzo poważne, a niekiedy wręcz decydujące konsekwencje dla sądowych rozstrzygnięć. Orzeczenie brytyjskiego Sądu Apelacyjnego w sprawie *McLoughlin*⁴⁸, zaprezentowane poniżej, które prócz ilustracji jak należy rozumieć dworkinowskie *policies* (w odróżnieniu od *principles*), jest dobitnym przykładem kontrowersyjności przy ustalaniu podobieństwa spraw.

[*McLoughlin v. O'Brien*] Sprawa dotyczy wypadku samochodowego, który miał miejsce w Anglii w roku 1973.⁴⁹ W jego wyniku mąż pani McLoughlin oraz jej czworo dzieci doznało obrażeń. Obrażenia całej piątki były na tyle poważne, że w ich rezultacie jedno z dzieci zmarło. Pani McLoughlin nie była ani uczestnikiem, ani świadkiem całego zajścia. O jego przebiegu i skutkach dowiedziała się dopiero w szpitalu, do którego, powiadomiona przez sąsiada, udała się dwie godziny po wypadku. Zdarzenia te spowodowały u niej załamanie nerwowe. Te właśnie cierpienia emocjonalne miały stać się krzywdą, za które pani McLoughlin zażądała zadośćuczynienia od sprawcy wypadku, a także od innych osób zaangażowanych w sprawę w różny sposób. Roszczenie to nie miało ustawowych podstaw prawnych, ale adwokat powódki przed sądem pierwszej instancji powołał się na sprawy podobne, w szczególności na sprawę *Marschall*⁵⁰ i *Chadwick*⁵¹, w których

następujące tezy: a) precedens sądowy nie jest samoistnym źródłem prawa, nie może zatem stanowić wyłącznej podstawy decyzji sędziowskiej, b) jedyną kategorią dopuszczalnych precedensów są precedensy niewiążące (precedensy *de facto*). 2. Sądom nie wolno tworzyć żadnych reguł ogólnych.” O ile tezy (1) i (a) zasadniczo nie są kwestionowane, o tyle teza (2) zachowują swą aktualność w niewielkim stopniu, a teza (b) coraz częściej, także w Polsce, jest kwestionowana ibidem, s. 4–5. Wydaje się zatem, iż poprzez pewne zbliżenie stanowisk odnośnie precedensu można także mówić o pewnym zbliżeniu kultury *common law* i *civil law*.

⁴⁶ R. Dworkin, *Law's Empire*, Oxford 1998, s. 24; edycja polska – R. Dworkin, *Imperium prawa*, tłum. J. Winczorek, Warszawa 2006, s. 23–24, w dalszej części oznaczone skrótem „IP”.

⁴⁷ Ibidem, s. 26 / IP, s. 25.

⁴⁸ *McLoughlin v. O'Brien* [1983] 1 A.C. 410, reversing [1981] Q.B. 599.

⁴⁹ Sprawa *McLoughlin v. O'Brien* przedstawiona przez R. Dworkina, *Law's...*, op. cit., s. 23–29 / IP, s. 23–28.

⁵⁰ Sprawa *Marschall v. Lionel Enterprises Inc.* [1972] O.R. 177 dotyczyła zadośćuczynienia za straty moralne kobiety, która odkryła zwłoki swojego męża w kilka minut po jego śmiertelnym wypadku; ibidem, s. 24 / IP, s. 23.

⁵¹ Sprawa *Chadwick v. British Transport* [1967] 1 W.L.R. 912 dotyczyła zadośćuczynienia za straty moralne mężczyzny, który po wypadku kolejowym doznał szoku nerwowego, ponieważ przez wiele godzin starał się ratować poszkodowanych. Należy tu także zaznaczyć, że żaden z ratowanych nie był z powodem spokrewniony; ibidem.

sądy angielskie orzekały na korzyść powodów. Sąd pierwszej instancji⁵² oddalił jednak powództwo a w uzasadnieniu wykazał, że sprawa pani McLoughlin była odmienna (*distinguishable*) od poprzednich. Okoliczności, które – zdaniem sądu – sprawy te czyniły odmiennymi wiążą się z czasem i miejscem doznania szkody moralnej. W przypadku powódki było to w jakiś czas po wypadku, a dokładnie – w dwie godziny po, oraz miejsce, którym nie było miejsce samego wypadku. Przewidywalność przez sprawcę szkód, które powstały w takich okolicznościach, jest bliska zeru. O ile więc sąd byłby związany doktryną precedensu co do rozsądnie przewidywalnych szkód, o tyle w niniejszej sprawie zależność taka nie występuje. Zdaniem sądu wyższej instancji⁵³, do którego trafiła sprawa na skutek apelacji, szok, jakiego doznała powódka po wizycie w szpitalu, był racjonalnie przewidywalny. Uwzględnić jednak należy inne aspekty sprawy, po rozważeniu których okaże się, że nie jest ona podobna do spraw powoływanych przez powódkę jako precedensowe. W tym miejscu należy zwrócić szczególną uwagę na rozumowanie sędziów Sądu Apelacyjnego, ponieważ sięgają oni do argumentów, które mają charakter dworkinowskich *policies*. Sąd Apelacyjny wyraził pogląd, że sprawy te są różne ze względu na skutki, jakie dla społeczeństwa jako całości może wywołać orzeczenie zasądzające zadośćuczynienie, a to z tej przyczyny, że „hipoteza” precedensu, uwzględniająca okoliczności sprawy w węższym zakresie czasowym i przestrzennym, została nadmiernie rozszerzona. Jakie to zatem negatywne skutki dla społeczeństwa miałyby takie orzeczenie wywoływać? Zdaniem Sądu Apelacyjnego orzeczenie na korzyść powódki mogłoby stanowić zachętę do wszczynania wielu nowych procesów, których liczba mogłaby doprowadzić do nadmiernego przeciążenia sądów. Osoby, które poniosły szkodę psychiczną, rzeczywistą bądź wyimaginowaną, nie miałyby oporów przed formułowaniem roszczeń odwołując się do faktów sprzed chociażby dwóch miesięcy, mających miejsce na drugim końcu świata, o których dowiedziały się z mediów lub za pomocą poczty elektronicznej czy telefonu. Osoby takie miałyby większą swobodę w poszukiwaniu nierzetelnych lekarzy, którzy zgodziliby się poświadczyć ich mocno nadwyrężony stan psychiczny. Oczami wyobraźni sędziowie Sądu Apelacyjnego widzieli już tak wielką liczbę pozwów, że wzrost kosztów ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej okazałby się nieunikniony. Wzrost ten miałby być na tyle znaczny, że jazda samochodem dla ludzi najgorzej sytuowanych (choć do tej pory używających samochodów) okazałaby się zbyt droga. Co więcej, w gorszej sytuacji znaleźliby się także ci, którzy na skutek wypadku rzeczywiście odnieśli szkodę psychiczną. Ich roszczenia byłyby trudniejsze do udowodnienia. Będąc zatem rzeczywiście poszkodowanymi, a być może znajdując się także w toku rekonwalescencji i ocze-

⁵² Chodzi tu o Wyższy Sąd Sprawiedliwości (*High Court of Justice*), do którego jurysdykcji należą poważniejsze sprawy majątkowe, deliktowe i rodzinne. W sprawach mniejszej wagi (w granicach 1000–5000 £) właściwymi są Sądy Powiatowe (*County Courts*); R. Tokarczyk, *Współczesne...*, op. cit., s. 156.

⁵³ Sądem wyższej instancji w niniejszej sprawie jest Sąd Apelacyjny (*Court of Appeal*), w którego skład wchodzi szesnastu *Lord Justice of Appeal* pod przewodnictwem *Master of the Rolls*; ibidem.

kując na niepewne orzeczenie sądowe, znaleźliby się w sytuacji niesprzyjającej powrotowi do zdrowia. Kolejne odwołanie, tym razem do Izby Lordów⁵⁴, okazało się skuteczne. W jego wyniku zapadło orzeczenie, na mocy którego sprawa winna być ponownie rozpatrzona, a szlachetnym lordom nadarzyła się sposobność do zajęcia stanowiska w kwestii argumentów politycznych powoływanych na okoliczność rozróżnienia jednej sprawy od drugiej. O ile byli oni zgodni co do uchylenia orzeczenia Sadu Apelacyjnego, o tyle jednomyślności w uzasadnieniu już nie było. Najogólniej rzecz biorąc, pierwsze stanowisko wskazywało, iż polityczna linia argumentacyjna Sądu Apelacyjnego jest co do zasady słuszna. Jednak same argumenty nie są wystarczająco przekonujące, w szczególności zakwestionowano konluzyność tak misternie skonstruowanego łańcucha przyczynowo-skutkowego zdarzeń prognozowanych przez Sad Apelacyjny. W drugim stanowisku lordowie zakwestionowali możliwość odwoływania się do argumentów politycznych dla zróżnicowania spraw, dopuszczając jednocześnie możliwość odwoływania się do argumentów natury moralnej.⁵⁵ Stanowiska lordów odzwierciedlają dworkinową koncepcję podziału zasad na *principles* i *policies*.

Kontrowersyjności związane z podobieństwem, czy też odmiennością precedensów jest zapewne problemem trudniejszym dla prawników systemu prawa stanowionego aniżeli dla prawników anglosaskich. Jedni i drudzy mają jednak ten sam problem. Zarówno przepisy ustawy, jak i precedens są nośnikami określonych standardów zachowania. O tym, czy dany przepis ustawy stanie się prawem, zadecyduje wykładnia. Zapewne w większości przypadków nie będzie wątpliwości, jaka jest treść i znaczenie normy prawnej, ale pojawią się i takie przypadki, wynikające między innym, z immanentnej cechy ludzkiego języka, jaką jest jego otwartość (*open texture*), które zostaną określone jako kontrowersyjne.⁵⁶ W takich

⁵⁴ Izba Lordów (*House of Lords*) jest w Anglii, Szkocji oraz w Irlandii Północnej Sądem Najwyższym. Składa się z dziewięciu sędziów (*Lord of Appeal in Ordinary*, czy po prostu *Law Lords*) pod przewodnictwem *Lord Chancellor*. Orzeka zwykle w składzie pięciu *Law Lords*; ibidem.

⁵⁵ R. Dworkin, *Law's...*, op. cit., s. 28–29 / *IP*, s. 27–28.

⁵⁶ H.L.A. Hart, *The Concept...*, op. cit., s. 128 / *PP*, s. 176. Otwartość prawa jest ponadto dla H. Harta źródłem sędziowskiej władzy prawodawczej; ibidem, s. 145 / *PP*, s. 198. Na fakt ten zwraca również uwagę M. Król analizując koncepcję trudnych przypadków H. Harta; M. Król, *Koncepcja trudnych przypadków a prawomocność*, (w:) *Teoria prawa. Filozofia prawa. Współczesne prawo i prawoznawstwo*, Toruń 1998, s. 99. Ta prawotwórcza kompetencja sądów, której źródłem jest otwartość prawa dotyczy zarówno prawa ustawowego, jak i precedensowego; H. Hart, *The Concept...*, op. cit., s. 147 / *PP*, s. 201. Otwartość ludzkich języków jest zatem przyczyną otwartości prawa, przede wszystkim – stanowionego. Jednak prawo precedensowe, a także zwyczaj mają również charakter otwarty, a w tym przypadku trudno jest zredukować źródło tej otwartości do kwestii jedynie semantycznych. Biorąc pod uwagę tę okoliczność należy z pewną rezerwą odnieść się do przyjmowanej niekiedy interpretacji wyrażenia angielskiego *open texture* jako *otwarta tekstowość*, por. M. Zirk-Sadowski, *Wprowadzeni do filozofii prawa*, Kraków 2000, s. 195; M. Król, *Koncepcja...*, op. cit., s. 98–99. Sugeruje ono bowiem, że odnosi się do tekstu prawnego zawartego w przepisach prawa stanowionego, podczas gdy odniesienie to jest szersze. Pojęcie *otwartość*, jakim posługuje się w tłumaczeniu J. Wolański, oddaje najlepiej ogólność przesłania H. Harta. Jako argument pomocniczy można ponadto zauważyć, że pojęcie *texture* wcale nie odnosi się do tekstu. Jak podaje M. Król, pojęcia tego, jak się okazuje, nieco kontrowersyjnego użył po raz pierwszy w roku 1953 Friedrich Waismann (1896–1959), *Verifiability*, (w:) *Logic and Language*, Oxford 1953, s. 117–144, cyt. za M. Król, *Koncepcja...*

kontrowersyjnych przypadkach najczęściej określona większość interpretatorów będzie zgodna co jest prawem, choć odosobnione głosy przeciwne również mogą się pojawić. Jednomyślności w takich sprawach zazwyczaj nie ma. Reguły wykładni nie są bowiem ujęte w przepisach prawnych, a gdyby nawet były, to same stałyby się przedmiotem wykładni, a to wcale nie likwiduje kontrowersji. Podobnie jest w przypadku precedensu. Ale pomimo iż trudno jest wskazać nie tylko regułę, ale nawet pojedynczą metodę, przy zastosowaniu której można jednoznacznie ustalić, że sprawa precedensowa winna zostać uwzględniona w tym konkretnym przypadku, to w większości spraw wątpliwości, o ile się pojawiają, nie są zbyt daleko idące.⁵⁷

To, że orzeczenia wcześniejsze, dostatecznie podobne, winny być przez sądy uwzględniane, nie przesądza jeszcze jakie z tym należy wiązać skutki, w szczególności, czy uwzględnienie orzeczeń wcześniejszych zobowiązuje sąd do czegoś, czy jedynie jest jedną z przesłanek, którą sąd weźmie pod uwagę przy wydawaniu orzeczenia. W związku z tym anglosascy prawnicy rozróżniają twardą i miękką doktrynę precedensu (*strict and relaxed doctrine of precedent*)⁵⁸. Nie są jednak zgodni co do charakteru zarówno twardej, jak i miękkiej doktryny. Okoliczność ta, prócz wielu innych, stanowi w niektórych sprawach źródło kontrowersji. Tytułem przykładu można wskazać na pewne różnice.

W przypadku twardej doktryny precedensu panuje zasadniczo zgodność, że orzeczenia zapadłe w sprawach wcześniejszych zobowiązują sąd orzekający później do postępowania z nimi zgodnego, nawet jeżeli – zdaniem sądu – są one niesłuszne. Taki stan związania precedensem sądu orzekającego ma miejsce wówczas, gdy w danym systemie kultury prawnej *common law* obowiązuje reguła *stare decisis*.⁵⁹ Reguła ta, która stanowi skrót łacińskiej maksymy: *stare decisis et non quieta movere*, nie rozwiewa jednak wszystkich wątpliwości związanych z zastosowaniem wcześniejszej *ratio decidendi*. Problematiczne bowiem staje się chociażby zagadnienie instancyjności w relacji sąd „wcześniejszy” – sąd „późniejszy”. Generalnie rzecz ujmując, sądy są związane autorytatywnymi uprzednimi decyzjami, ale ograniczenia kiedy i jak przypadki wcześniejsze wiążą sędziów pozostawia wiele miejsca na elastyczność, która w podejmowaniu decyzji w systemie *common law* jest dobrze znana. Ponadto sądy są związane jedynie wąskim

op. cit., s. 98. Z kolei B. Brożek twierdzi, że Waismann posługiwał się tym pojęciem jeszcze wcześniej, a mianowicie na blisko dwadzieścia lat przed publikacją *The Concept...* Byłyby to zatem lata czterdzieste XX wieku; B. Brożek, *Defeasibility of Legal Reasoning*, Kraków 2004, s. 36. Znaczenie Waismanna dla teorii prawa jest takie, że pojęcie *open texture* Hart wyprowadza z pojęcia Waismanna o takiej samej nazwie, jakkolwiek pojęcia Harta i Waismanna nie są tożsame, a co najwyżej analogiczne; B.H. Bix, *A Dictionary...*, op. cit., s. 221.

⁵⁷ H.L.A. Hart, *The Concept...*, op. cit., s. 134 / *PP*, s. 184. Współczesne ujęcie precedensów w Anglii w sposób ogólny prezentuje R. Cross, *Precedent in English Law*, Oxford 1961; cyt. za ibidem, s. 298 / *PP*, s. 394.

⁵⁸ R. Dworkin, *Law's...*, op. cit., s. 24 / *IP*, s. 24.

⁵⁹ L. Leszczyński, *Zagadnienia teorii stosowania prawa. Doktryna i tezy orzecznictwa*, Kraków 2004, s. 301.

aspektem uprzedniej decyzji. Jest to zazwyczaj swego rodzaju kombinacja skutku i ograniczonych cech charakterystycznych reguły precedensowej. A zatem dyskutowanie tego aspektu *stare decisis* wymaga zwykle użycia wspomnianych już terminów *ratio decidendi* oraz *obiter dictum*.⁶⁰

Zasadniczo sąd orzekający wcześniej winien być sądem wyższej instancji niż sąd orzekający później, niekiedy jednak mogą być to sądy równorzędne. Tak więc w brytyjskim systemie prawnym sądy apelacyjne są swoimi poprzednimi orzeczeniami związane, natomiast w amerykańskim – nie. Niższe sądy federalne w Stanach Zjednoczonych są natomiast związane wcześniejszymi orzeczeniami Sadu Najwyższego. Okazuje się jednak, że są i tacy sędziowie amerykańscy, którzy to kwestionują.⁶¹ Różne mogą być zatem rodzaje twardej koncepcji precedensu. Różnice te uwidaczniają się nie tylko pomiędzy prawnikami amerykańskimi czy brytyjskimi⁶², ale także pomiędzy prawnikami amerykańskimi z różnych stanów.⁶³

Zakwestionowanie mocy wiążącej precedensu stworzonego przez Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych należy uznać za zachowanie nietypowe i odosobnione. Wiąże się to przede wszystkim z pozycją, jaką Sad Najwyższy zajmuje w amerykańskim systemie władzy, w tym także władzy politycznej. Jak powiada A. de Tocqueville: „Nie ma wydarzeń politycznych, w których władza sędziowska nie odgrywałaby roli”.⁶⁴ Na dwie cechy charakterystyczne amerykańskiego Sądu Najwyższego zwracają uwagę prawnicy angielscy. Są to cechy, których nie posiada ani Izba Lordów, ani Sady Najwyższe w innych państwach. Pierwszą z nich jest uprawnienie amerykańskiego Sadu Najwyższego do badania zgodności z konstytucją aktów normatywnych ustanowionych zarówno przez legislaturę federalną, jak i stanową. Co więcej, jest to uprawnienie, które Sąd Najwyższy posiada na mocy swoich własnych orzeczeń. Druga cecha ukształtowała się pod wpływem poglądów doktryny i dotyczy Piątej i Czternastej Poprawki do Konstytucji Stanów

⁶⁰ B.H. Bix, *A Dictionary...*, op. cit., s. 204–205.

⁶¹ Przykładem może być orzeczenie sędziego *The United States District Court* (niższy sąd federalny, tzw. dystryktowy, odpowiednik polskiego sądu okręgowego, który nie powinien być mylony z amerykańskim sądem okręgowym, funkcjonującym obecnie pod nazwą *The United States Courts of Appeals* – R. Tokarczyk, *Prawo amerykańskie*, Kraków 2005, s. 63), który odmówił zastosowania precedensu Sadu Najwyższego (*The United States Supreme Court*) – *Jaffree v. Board of School Comm'rs*, 554 F. Supp. 1104 (S.D. Ala. 1982, *rev'd sub nom. Jaffree v. Wallace*, 705 F. 2d 1526 (11th Cir. 1983), *aff'd* 605 S. Ct. 2479 (1985), cyt. za R. Dworkin, *Law's...*, op. cit., s. 418 / *IP*, s. 24.

⁶² Zasięg kultury *common law* nie ogranicza się jedynie do Wielkiej Brytanii i Stanów Zjednoczonych. Jak się szacuje pod jej wpływem pozostaje obecnie około jedna trzecia ludności świata, co powoduje, że należy ona, obok kultury prawa stanowionego do jednej z najbardziej wpływowych kultur prawnych. Należą do niej, obok już wspomnianej Wielkiej Brytanii (z wyjątkiem Szkocji) i Stanów Zjednoczonych (z wyjątkiem Luizjany), Kanada (bez francuskojęzycznej prowincji Quebec), Indie, Pakistan, Australia, Nowa Zelandia. Na kontynencie afrykańskim – Republika Południowej Afryki, ale także Sierra Leone, Gambia, Nigeria, Ghana, Liberia, Kenia, Uganda oraz Tanzania. Również na Dalekim Wschodzie można odnaleźć enklawy *common law*. Należą do nich Singapur, Seszele, Maleszja Filipiny czy Hongkong; R. Tokarczyk, *Współczesne...*, op. cit., s. 150.

⁶³ J. Woleński, *Wstęp do 'Biorąc prawa poważnie' R. Dworkina*, s. VIII–IX.

⁶⁴ A. de Tocqueville, *Demokracja w Ameryce*, t. I, tłum. B. Janicka, M. Król, Kraków 1996, s. 99.

Zjednoczonych. Poprawki te zaliczane są do grupy tzw. Poprawek antyfederalistycznych⁶⁵ i zapewniają prawo obywatelom amerykańskim (ale nie tylko) do uczciwego procesu. Ich charakter, jakby się mogło wydawać, formalny został przez doktrynę zinterpretowany jako również materialny. Okazuje się więc, że mogą one stanowić podstawę do zakwestionowania zgodności z konstytucją wszelkich aktów prawnych, które mogą godzić w prawa jednostki wynikające ze wspomnianych poprawek.⁶⁶

Miękka doktryna precedensu uwzględnianie orzeczeń wcześniejszych rozumie w ten sposób, iż domniemywa się ich moc wiążącą dla sądu orzekającego później, chyba że domniemanie to zostanie przez sąd przełamane poprzez uznanie ich za wystarczająco złe (*sufficiently wrong*).⁶⁷ W przypadku miękkiej doktryny precedensu sądy winny uwzględniać wcześniejsze orzeczenia sądów nie tylko wyższej instancji, ale także sądów równorzędnych, także z innych krajów. Zdarzyć się może oczywiście, że dla danej sprawy mogą znaleźć zastosowanie różne orzeczenia wcześniejsze. O tym, któremu z nich przyznana zostanie większa waga zadecyduje w każdym przypadku sąd. Nie istnieją tu wiążące reguły kolizyjne. Można jedynie zakładać, że w przypadku orzeczenia wydanego w wyższej instancji będzie miało ono większą wagę aniżeli orzeczenie wydane przez sąd równorzędny. Podobnie będzie w przypadku orzeczeń wydanych przez sąd własnej jurysdykcji aniżeli przez sąd obcej jurysdykcji. Można także zasadnie rozważać kolizję orzeczeń z uwzględnieniem czasu ich wydania, a nawet z uwzględnieniem składów orzekających. Brak jest jednak reguł, które określą, czy sędzia brytyjski powinien przywiązywać większą wagę do późniejszego orzeczenia wydanego przez amerykański Sąd Najwyższy czy może do orzeczenia wcześniejszego wydanego przez wybitnych sędziów brytyjskiego Sądu Apelacyjnego. Wiele jest tu zatem kontrowersji. Zapatrywania prawników mogą ulegać zmianie. Przykładem może tu być stanowisko Izby Lordów, która aktualnie nie czuje się związana swoimi poprzednimi orzeczeniami, choć poprzednio prawnicy brytyjscy właśnie tak zakładali. Prawdą jest jednak, że Izba Lordów do swoich własnych orzeczeń przykłada bardzo dużą wagę, większą niż do orzeczeń brytyjskich sądów apelacyjnych i dużo większą niż do orzeczeń sądów amerykańskich.⁶⁸ Z kolei w Stanach

⁶⁵ Poprawki do Konstytucji Stanów Zjednoczonych tradycyjnie dzieli się na cztery grupy. Pierwszą grupę stanowią właśnie Poprawki antyfederalistyczne (I–XII i XIV), druga – Poprawki Ery Rekonstrukcji (XIII i XV), trzecią – Poprawki Ery Populizmu i Ruchu Postępowego (XVI–XIX i XXI), wreszcie czwartą – tzw. Poprawki Proceduralne (XX–XXVII). Przeważająca większość Poprawek antyfederalistycznych, w tym Poprawka Piąta, włączone zostały do konstytucji w roku 1791, natomiast Poprawka Czternasta w roku 1868. Poprawki Piąta i Czternasta mają na celu zapewnienie ochrony praw jednostki (prawa do życia, wolności, majątku) w toku uczciwego procesu. Ich treścią są, między innymi, zakazy procesowe, takie jak zakaz *ne bis in idem* czy zakaz nakłaniania oskarżonego do świadczenia na swoją niekorzyść; R. Tokarczyk, *Prawo...*, op. cit., s. 51–52.

⁶⁶ H. Hart, *American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream*, (w:) tenże, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford 2001, s. 124–125.

⁶⁷ R. Dworkin, *Law's...*, op. cit., s. 25 / *IP*, s. 24.

⁶⁸ *Ibidem*, s. 25–26 / *IP*, s. 24–25.

Zjednoczonych, w których historia orzecznictwa sądowego jest znacznie krótsza niż w Anglii, orzeczenia sądów angielskich mają w sferze argumentacyjnej wciąż istotne znaczenie.⁶⁹

Ustalenie podobieństwa spraw wymaga długiej i mozolnej analizy spraw wcześniejszych. W naszym systemie prawnym ustalenie, czy sprawa wcześniejsza jest wystarczająco podobna wymagałoby często zapoznania się z aktami sprawy. Nie wszystkie bowiem wyroki są publikowane, a uzasadnienia wyroków nawet tych publikowanych nie zawsze są wystarczająco obszerne. Nawet jeżeli zagadnienie prawne zostaje w orzeczeniu wnikliwie rozważone to stan faktyczny sprawy nie jest zrelacjonowany zbyt dokładnie. Inaczej jest w przypadku orzeczeń sądów amerykańskich. Z pominięciem orzeczeń wydanych w pierwszej instancji są one publikowane w całości (*courts of record*), także zdania odrębne, jeżeli takie są zgłoszone. Uzasadnienia orzeczeń są dopracowane w najdrobniejszych szczegółach, opis stanu faktycznego jest możliwie pełny. Obok wątków ściśle związanych z przedmiotem sprawy (*holdings*) rozwinięte są także wątki uboczne (*obiter dicta*).⁷⁰ Zbiory takich orzeczeń mają zastosowanie nie tylko w praktyce stosowania prawa. Często są wykorzystywane także przez teoretyków.

Tak jak w kontynentalnym procesie stosowania prawa strony starają się przekonać sąd do takiej a nie innej oceny stanu faktycznego, a niekiedy także do takiej a nie innej interpretacji przepisów prawnych, choć jak wiadomo *iura novit curia*, tak w sądzie anglosaskim strony powołują takie precedensy, które ich zdaniem są podobne do rozpatrywanej sprawy. Biorąc zatem pod uwagę zapartywania uczestników postępowania, wiele może istnieć zarówno precedensów, jak i kontrprecedensów dla danej sprawy. Oczywiście, decyzja należy w tym przypadku do sądu. Może uznać on za adekwatny jeden z precedensów powołanych przez strony, może zastosować precedens niepowołany przez strony, ale – zdaniem sądu – najbardziej odpowiedni. Może wreszcie stworzyć nowy precedens (*leading case, general proposition of law*).⁷¹

W podsumowaniu należy za Z. Pulką jeszcze raz podkreślić pewne cechy charakterystyczne *common law*. O ile na wstępie niniejszego artykułu wskazane zostały cechy, które zasadniczo nie są przedmiotem kontrowersji, o tyle na zakończenie zostaną podkreślone te cechy, które pozwalają lepiej zrozumieć krytyczną wobec koncepcji H. Harta teorię R. Dworkina, zrelatywizowaną do konkretnej kultury prawnej, jaką jest *common law* w wersji amerykańskiej.

A zatem prawo jako wyraz mądrości narodu, a może raczej społeczeństwa, odzwierciedlonej w orzeczeniach sądów, jest w dużym stopniu niezależne od aktów politycznych aktualnej władzy. Prosta identyfikacja prawa z tekstami ustaw, jak również z orzeczeniami precedensowymi, jest jednak nieuprawniona. Prawo

⁶⁹ R. Tokarczyk, *Prawo...*, op. cit., s. 29.

⁷⁰ Ibidem, s. 29.

⁷¹ A. Ludwikowska, *System prawa Stanów Zjednoczonych*, Toruń 1999, s. 60 i n.

nie istnieje jako obiektywnie rozpoznawalny fakt empiryczny. Może być dopiero zrekonstruowane po zrozumieniu całej dotychczasowej praktyki orzeczniczej, a proces tej rekonstrukcji odbywa się w hermeneutycznym akcie rozumienia. Akt ten ze swej hermeneutycznej natury jest zrelatywizowany do systemu wartości podmiotu, który go dokonuje, ale podmiot ten należy do wspólnoty *common law*, która akceptuje wspólny system wartości. A zatem subiektywność podmiotu jest ograniczona. Dopiero zrozumienie praktyki orzeczniczej pozwala na sformułowanie zasad mogących stać się podstawą kolejnych rozstrzygnięć. W taki właśnie sposób winien postępować sędzia, którego działalności przyświeca idea poszukiwania i odnalezienia jedyne słusznego rozstrzygnięcia, przed którym stoi wyzwanie sformułowania jedyne poprawnego *ratio decidendi*. Idea, o której nigdy nie wiadomo czy w danym przypadku się urzeczywistnia jest bowiem empirycznie nieweryfikowalna.⁷²

⁷² Z. Pulka, *Prawo...*, op. cit., s. 11.



ZBIGNIEW KWIATKOWSKI

Glosa

do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 21 sierpnia 2008 r., II KK 81/07¹

1. Z brzmienia z art. 451 k.p.k wynika, że uprawnienie sądu do uznania, iż udział oskarżonego w rozprawie nie jest konieczny, stanowi wyjątek („chyba że”), natomiast doprowadzenie oskarżonego na rozprawę odwoławczą i wydanie pozytywnej decyzji w tym przedmiocie [„... sąd odwoławczy (...) zarządza sprowadzenie ...”] powinno być regułą.
2. Wówczas gdy apelacja ogranicza się wyłącznie do kwestii prawnych, można uznać za wystarczające, aby w rozprawie apelacyjnej, pomimo złożenia przez oskarżonego wniosku o doprowadzenie, uczestniczył jedynie jego obrońca; w innych przypadkach, zwłaszcza gdy przedmiotem postępowania są kwestie natury faktycznej, to umożliwienie oskarżonemu pozbawionemu wolności udziału w rozprawie odwoławczej jest konieczne ze względu na obowiązek zachowania reguł rzetelnego procesu, w tym prawa do obrony.

W glosowanym orzeczeniu Sąd Najwyższy po raz kolejny zajął stanowisko w kwestii dotyczącej udziału oskarżonego pozbawionego wolności na rozprawie odwoławczej. Świadczy to o niezwykle doniosłym znaczeniu tego zagadnienia w praktyce sądowej, stąd też wymaga ono bliższego omówienia.

Pierwsza teza jest niewątpliwie trafna. Zasada prawa oskarżonego do obrony, ujęta w art. 6 ust. 3 lit. c Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności sporządzonej w Rzymie z dnia 4 listopada 1950 r.², art. 14 ust. 3 lit. d Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych z dnia 19 grudnia 1966 r.³, art. 42 ust. 2 Konstytucji RP⁴ i w art. 6 k.p.k. jest realizowana także przez korzystanie z uprawnień procesowych, które przepisy kodeksu postępowania karnego przyznają oskarżonemu pozbawionemu wolności między innymi w zakresie jego udziału w rozprawie odwoławczej. Zgodnie

¹ OSNKW 2008, nr 1 poz. 5.

² Dz.U. z 1993 r., Nr 61, poz. 284 (cyt. dalej jako: EKPC).

³ Dz.U. z 1977 r., Nr 38, poz. 167.

⁴ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., (Dz.U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.).

z treścią art. 451 k.p.k.⁵ „Sąd odwoławczy na wniosek oskarżonego pozbawionego wolności zarządza sprowadzenie go na rozprawę, chyba że uzna za wystarczającą obecność obrońcy. O prawie złożenia wniosku należy pouczyć oskarżonego. Jeżeli sąd nie zarządza sprowadzenia oskarżonego, który nie ma obrońcy, wyznacza obrońcę z urzędu”. Cytowany przepis statuuje ogólną regułę, zgodnie z którą sprowadzenie oskarżonego na rozprawę odwoławczą jest obligatoryjne⁶. Z wykładni gramatycznej tego przepisu *expressis verbis* wynika, że sąd *ad quem* ma obowiązek sprowadzić oskarżonego pozbawionego wolności na rozprawę, jeżeli złoży on wniosek w tym zakresie. Do takiej konkluzji prowadzi bowiem użyty w nim zwrot „sąd odwoławczy, na wniosek oskarżonego pozbawionego wolności, zarządza sprowadzenie go na rozprawę”. Słusznie zatem Sąd Najwyższy uznał w glosowanym wyroku, że „doprowadzenie oskarżonego pozbawionego wolności na rozprawę odwoławczą i wydanie decyzji pozytywnej w tym przedmiocie [„... sąd odwoławczy (...) zarządza sprowadzenie ...”] powinno być regułą”. Ten punkt widzenia uzasadnia fakt, iż bezpośredni udział oskarżonego pozbawionego wolności na rozprawie odwoławczej zapewnia lepsze funkcjonowanie zasady równości stron (równości broni), która stanowi ważny element rzetelnego procesu karnego.

W orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka również podkreśla się, iż zasada równości stron, rozumiana jako wymóg zapewnienia oskarżonemu i jego obrońcy takich samych możliwości zaprezentowania się i ustosunkowania się do stanowiska drugiej strony, oznacza zakaz dyskryminowania jednej ze stron, gdy chodzi o możliwość przedstawienia swoich argumentów⁷. Gwarantuje to oskarżonemu przepis art. 6 ust. 3 lit. c EKPC. Potrzeba obecności oskarżonego na rozprawie wynika między innymi ze znaczenia, jakie przywiązuje sąd do oceny jego osobowości⁸. Jeżeli oskarżony jest pozbawiony wolności, państwo musi zagwarantować mu obecność na rozprawie⁹. Prawo oskarżonego pozbawionego wolności do obecności na rozprawie odwoławczej jest uzależnione od roli sądu odwoławczego oraz okoliczności konkretnej sprawy¹⁰.

⁵ W brzmieniu ustalonym przez art. 1 pkt 185 ustawy z dnia 10 stycznia 2003 r., o zmianie ustawy – kodeks postępowania karnego, ustawy – Przepisy wprowadzające kodeks postępowania karnego, ustawy o świadku koronnym oraz ustawy o ochronie informacji niejawnych (Dz.U. Nr 17, poz. 155).

⁶ P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgrzyzek, *Kodeks postępowania karnego. T. II. Komentarz do artykułów 292–467*, (red.) P. Hofmański, Warszawa 2007, s. 760.

⁷ A. Wąsek, *Prawo oskarżonego pozbawionego wolności do udziału w rozprawie odwoławczej*, (w:) *Środki zaskarżenia w procesie karnym. Księga pamiątkowa ku czci prof. Zbigniewa Dody*, Zakamycze 2000, s. 142 i powołana tam literatura.

⁸ Zob. Raport Colloza i Rubinat v Włochy z dnia 12 maja 1985 r., skarga 9024/80. A 89 § 26 w: M.A. Nowicki, *Europejski Trybunał Praw Człowieka. Orzecznictwo. T. 1. Prawo do rzetelnego procesu sądowego*, Zakamycze 2001, s. 53.

⁹ Zob. Orzeczenie Goddi v Włochy z dnia 9 kwietnia 1984 r., A 76 § 28 w: M.A. Nowicki, *Europejski Trybunał...*, op. cit., s. 53.

¹⁰ Zob. Orzeczenie Ekbatani v Szwecja z dnia 26 maja 1998 r., A 134 § 27 w: M.A. Nowicki, *Europejska Konwencja o Ochronie Praw Człowieka. Wybór orzecznictwa*, Warszawa 1999, s. 237–239.

Tak więc, jeżeli oskarżony pozbawiony wolności domaga się bezpośredniego udziału w rozprawie odwoławczej, to odmowa jego sprowadzenia powinna następować wyjątkowo. Oceniając zatem potrzebę osobistego udziału oskarżonego na rozprawie odwoławczej, należy mieć w polu widzenia między innymi szczególne cele tego postępowania oraz sposób reprezentacji i ochrony interesów obrony przed sądem odwoławczym, bacząc także na kwestie wymagające rozstrzygnięcia oraz ich znaczenie dla odwołującego się oskarżonego¹¹.

W rozpoznawanej sprawie sąd odwoławczy, co wynika z uzasadnienia glosowanego wyroku, nie uwzględnił wniosku oskarżonego pozbawionego wolności o doprowadzenie go na rozprawę odwoławczą ani też nie wskazał okoliczności, które zadecydowały o odstąpieniu przez tenże sąd od reguły sformułowanej w art. 451 k.p.k. Tymczasem treść wniesionej apelacji i podniesione w niej zarzuty błędu w ustaleniach faktycznych oraz obrazy przepisów postępowania przez rozstrzygnięcie wątpliwości na niekorzyść oskarżonego (arg. a contrario ex art. 5 § 2 k.p.k.) i bezkrytyczne danie wiary zeznaniom pokrzywdzonych, które są ogólnikowe i mało konkretne (art. 7 k.p.k.), powinny skłaniać do wydania pozytywnej decyzji w przedmiocie doprowadzenia oskarżonego na rozprawę odwoławczą, aby nie pozbawiać go przysługującego prawa do obrony określonego w art. 6 k.p.k., art. 42 ust. 2 Konstytucji RP i art. 6 ust. 1 i 3 lit. c EKPC.

Trzeba zatem zgodzić się ze stanowiskiem Sądu Najwyższego, iż w przedmiotowej sprawie zaniechanie doprowadzenia oskarżonego pozbawionego wolności na rozprawę odwoławczą stanowiło rażące naruszenie przepisów prawa procesowego (art. 451 k.p.k. i art. 6 k.p.k.), które implikuje uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu do ponownego rozpoznania w postępowaniu odwoławczym.

Podkreślić należy, iż uprawnienie sądu odwoławczego do uznania, że udział oskarżonego w rozprawie nie jest niezbędny stanowi wyjątek („chyba że”) od reguły, którą jest doprowadzenie oskarżonego pozbawionego wolności na rozprawę odwoławczą. Wynika to z faktu, iż przepis art. 451 k.p.k. nakłada na sąd *ad quem* jedynie „względnie obligatoryjny” obowiązek sprowadzenia oskarżonego na rozprawę odwoławczą, gdyż może uznać za „wystarczającą obecność obrońcy”¹².

Powstaje więc pytanie, w jakich wypadkach sąd odwoławczy może uznać za wystarczającą obecność obrońcy oskarżonego na rozprawie? Przepis art. 451 k.p.k. nie zawiera w tym zakresie jakichkolwiek wskazówek. W orzecznictwie Sądu Najwyższego¹³ jest natomiast ukształtowane stanowisko, że „tam, gdzie ape-

¹¹ M.A. Nowicki, *Europejski Trybunał...*, op. cit., s. 59; idem, *Wokół Konwencji. Krótki komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Zakamycze 2006, s. 192; Orzecznictwo Strasburskie. Zbiór orzeczeń Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. X 1997 – X 1998. T. III z udziałem i pod patronatem prof. dr hab. Tadeusza Jasudowicza. Toruń 2000, s. 392–394.

¹² A. Wąsek, *Prawo oskarżonego...*, op. cit., s. 139.

¹³ Zob. Wyrok SN z dnia 4 października 2000 r., IIIKKN 164/00. OSNKW 2001, nr 1–2 poz. 10; wyrok SN z dnia 27 lutego 2001 r., IIIKKN 383/89. Lex nr 51992; wyrok SN z dnia 25 maja 2001 r., IVKKN 591/00 Lex nr 51404; uchwała SN z dnia 18 października 2001 r., IKZP 25/01. ONSKW 2001, nr 11–12 poz. 88;

lacja ogranicza się do aspektów wyłącznie prawnych, albo gdy dotycząc jedynie kary, kwestionuje – i to na korzyść oskarżonego – tylko jej rodzaj lub rozmiar, i to wyłącznie na podstawie niepodważalnych ustaleń faktycznych i ujawnionych okoliczności, wskazując jedynie na wadliwą, zdaniem skarżącego, ocenę sądu co do rangi i wagi tych okoliczności dla wymiaru kary, niesprowadzenie na rozprawę odwoławczą oskarżonego pozbawionego wolności – mimo jego prośby o takie sprowadzenie – i ograniczenie się do zapewnienia obecności na tej rozprawie obrońcy oskarżonego należy uznać za prawidłowe, nienaruszające procesowych zasad prawa do obrony, kontrydiktoryjności i równości broni procesowej (...)”¹⁴. Powyższe zapatrywanie akceptuje się w doktrynie¹⁴ i Sąd Najwyższy konsekwentnie je utrzymuje w drugiej tezie głosowanego orzeczenia, chociaż w kwestii tej można spotkać także stanowisko odmienne¹⁵.

Podzielając pogląd Sądu Najwyższego wyrażony w drugiej tezie głosowanego wyroku, należy stwierdzić, że ma on swoje uzasadnienie w treści art. 451 k.p.k., który *de lege lata* – co zostało już wskazane – wyjątkowo dopuszcza możliwość niedoprowadzenia oskarżonego na rozprawę odwoławczą i przestania na zapewnieniu w niej udziału obrońcy. Odpowiada on także dotychczasowej linii orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, które nie wymaga w każdej sytuacji procesowej sprowadzenia oskarżonego pozbawionego wolności na rozprawę odwoławczą. Jeżeli postępowanie odwoławcze jest ograniczone tylko do kwestii prawnych, gwarancje z art. 6 EKPC nie muszą być zapewnione¹⁶.

Art. 451 k.p.k. nie uzależnia sprowadzenia oskarżonego pozbawionego wolności na rozprawę odwoławczą od granic środka odwoławczego, kierunku apelacji i rodzaju podniesionych w niej zarzutów oraz przebiegu postępowania odwoławczego, jednak powyższe względy powinny być w polu widzenia sądu *ad quem* w czasie podejmowania decyzji o doprowadzeniu oskarżonego na rozprawę.

W świetle dotychczasowych wywodów należy zająć stanowisko, że jeżeli w apelacji jest kwestionowana rażąca niewspółmierność kary lub orzeczonego środka karnego (art. 438 pkt 4 k.p.k.) albo został podniesiony zarzut obrazy przepisów prawa materialnego (art. 438 pkt 1 k.p.k.), to można uznać za wystarczającą obecność obrońcy oskarżonego na rozprawie odwoławczej. Jeżeli natomiast została wniesiona apelacja, w której jej autor zarzuca błąd w ustaleniach faktycznych

postanowienie SN z dnia 16 marca 2003 r., IVKK 149/03. Lex nr 81195; wyrok SN z dnia 1 czerwca 2004 r., VKK 323/03. Lex nr 147314; wyrok SN z dnia 28 października 2004 r., IIKK 309/04. OSNwSK 2004/1/1994; wyrok SN z dnia 2 marca 2006 r., IIKK 466/04, OSNwSK 2006/1/476; wyrok SN z dnia 2 października 2006 r., VKK 236/06. Lex nr 19807; wyrok SN z dnia 20 czerwca 2007 r., IIIKK 431/06. Lex nr 296708; wyrok SN z dnia 5 marca 2008 r., VKK 356/0, OSN Prok. i Pr. – dodatek do numeru 6 z 2008 r., poz. 19.

¹⁴ T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania karnego. Komentarze Zakamycza wraz z komentarzem do ustawy o świadku koronnym*, Zakamycze 2003, s. 1186; P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgrzyzek, *Kodeks postępowania karnego...*, op. cit., s. 761–762; S. Zabłocki, (w:) J. Bratoszewski, L. Gardocki, Z. Gostyński, S.M. Przyjemski, R.A. Stefański, S. Zabłocki, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*. T. III, Warszawa 2004, s. 269.

¹⁵ P. Rogoziński, *Glosa do wyroku SN z dnia 4 października 2000 IIIIKN 164/00*, PS 2001, nr 10, s. 151 i n.

¹⁶ P. Hofmański, *Konwencja Europejska a prawo karne*, Toruń 2005, s. 224.

przyjętych za podstawę orzeczenia, a więc *de facto* kwestionuje winę, to wniosek oskarżonego pozbawionego wolności o sprowadzenie go na rozprawę odwoławczą powinien być zawsze uwzględniony. Należy również uwzględnić wniosek oskarżonego pozbawionego wolności o sprowadzenie go na rozprawę odwoławczą, jeżeli sąd *ad quem* zamierza uzupełnić przewód sądowy poprzez przeprowadzenie dowodów, uznając, że przyczyni się to do przyspieszenia postępowania, a nie jest konieczne przeprowadzenie na nowo przewodu w całości lub znacznej części (arg. ex art. 452 § 2 k.p.k.). Za takim stanowiskiem przemawia odpowiednie stosowanie, w postępowaniu odwoławczym przepisu art. 390 § 1 k.p.k. w związku z art. 458 k.p.k., według którego oskarżony ma prawo być obecny przy wszystkich czynnościach postępowania dowodowego. W razie zaś przesłuchiwania osób na rozprawie odwoławczej oskarżony ma prawo zadawać im pytania oraz składać wyjaśnienia co do każdego dowodu (arg. ex art. 386 § 2 k.p.k. w zw. z art. 458 k.p.k.). To gwarantuje oskarżonemu także przepis art. 6 ust 3 lit. d EKPC, który stanowi „każdy oskarżony o popełnienie czynu zagrożonego karą ma co najmniej prawo do przesłuchania lub spowodowania przesłuchania świadków oskarżenia oraz żądania obecności i przesłuchania świadków obrony na takich samych warunkach jak świadków oskarżenia”.

Dotychczasowe rozważania prowadzą do konkluzji, że bezpośrednie doprowadzenie oskarżonego pozbawionego wolności na rozprawę odwoławczą może mieć istotne znaczenie dla podejmowanych wobec niego, przez sąd *ad quem*, decyzji, a także będzie odpowiadać standardom rzetelnego procesu.

Słusznie zatem konstatuje A. Wąsek¹⁷, iż „sąd odwoławczy powinien w każdym wypadku indywidualnie ocenić sytuację procesową oskarżonego pozbawionego wolności, ponieważ może on mieć żywotny interes w tym, aby bronić się przed sądem odwoławczym także wtedy, gdy wniesiona na jego niekorzyść apelacja dotyczy „tylko” orzeczenia środka karnego, środka probacyjnego lub środka zabezpieczającego”.

Podsumowując przeprowadzone wywody, należy skonstatować, iż stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w głosowanym wyroku zasługuje na akceptację.

¹⁷ A. Wąsek, *Prawo oskarżonego...*, op. cit., s. 139.



JOSEPH D. SERIO

Investigating the Russian Mafia

Carolina Academic Press, Durham 2008, s. 324

W połowie lat dziewięćdziesiątych szef rosyjskiego biura Interpolu, pytany o rosnącą przestępczość zorganizowaną w Rosji, powiedział: „Nie rozumiem, skąd to poruszenie na Zachodzie, przecież w Rosji zawsze tak było. Teraz tylko odkrywamy tę prawdę”. Te znamienne słowa powracają co jakiś czas na kartach książki pt. *Investigating Russian Mafia* autorstwa amerykańskiego kryminologa Josepha D. Serio. Czy zatem można przyjąć, że jest to motto tej publikacji? Chyba nie, bo gdyby tak było Autor byłby mniej dociekliwy i czuły się zwolniony z dowodzenia szeregu kwestii, bo mógłby uznać ją za oczywiste. Nie ulega natomiast wątpliwości, że słowa rosyjskiego milicjanta miały znaczący wpływ na sposób myślenia Autora. J.D. Serio wielokrotnie odwołuje się do owego „zawsze tak było”, bo wyjaśnia „tu i teraz” skwapliwie korzystając z odniesień historycznych, historiozoficznych, ideologicznych. Tak najogólniej można scharakteryzować jego podejście do badania zjawisk kryminalnych w Rosji, któremu daje wyraz w książce.

Zanim przejdę do omówienia dzieła, najpierw kilka słów o Autorze. Joseph D. Serio jest pracownikiem Correctional Management Institute of Texas na Uniwersytecie Sama Houstona w Huntsville, USA. Jest także wydawcą i redaktorem naczelnym dwumiesięcznika Crime and Justice International. Jego przygoda ze Związkiem Radzieckim i Rosją rozpoczęła się w połowie lat osiemdziesiątych od blisko rocznego pobytu edukacyjnego w Instytucie Językowym Puszkina w Moskwie. Powrócił do Moskwy na początku lat dziewięćdziesiątych, już w zupełnie innym charakterze, bo jako badacz-stypendysta University of Illinois w Chicago współpracujący z Departamentem Kontroli Przestępczości Zorganizowanej Ministerstwa Spraw Wewnętrznych ZSRR. Po dziesięciu miesiącach powrócił do USA, aby po dwóch latach ponownie przenieść się do Rosji, tym razem na dłużej. Przez kilka lat pracował jako konsultant ds. bezpieczeństwa, a w 1997 został dyrektorem lokalnego biura Kroll Associates* jednej z największych firm zajmujących się bezpieczeństwem.

Wbrew tytułowi, omawiana książka jest nie tylko opracowaniem o rosyjskiej mafii. Jest to także (a może przede wszystkim) praca o tym, jak badać mafie, jak podchodzić do zagadnień przestępczości zorganizowanej w Związku Radzieckim i w Rosji. Czego należy być świadomym, kiedy się podejmuje taki temat. Jak mówi Autor, jest to książka o tym, czym należy „żyć myśl”, żeby zrozumieć fenomen rosyjskiej mafii. To wszystko nie oznacza, że w książce nie ma rosyjskiej mafii. Ona jest intensywnie obecna zarówno w warstwie faktograficznej, jak i analitycznej, ale J.D. Serio kładzie nacisk na wszelkie możliwe konteksty, w których radziecka i rosyjska przestępczość zorganizowana się pojawia, a nie na opis jej samej.

Część pierwsza książki poświęcona jest zdefiniowaniu tego, co jest tradycyjnie określane jako „rosyjska mafia”. Autor poddaje przeglądowi to, co wiemy na temat tego fenomenu, skąd czerpiemy wiedzę na jego temat, jaka jest wartość już posiadanych i nadal gromadzonych informacji. Aby nie było wątpliwości, już na początku Autor wyjaśnia, że posługiwanie się słowem mafia w odniesieniu do Związku Radzieckiego wymaga wielu uściśleń, ponieważ w sowieckiej tradycji językowej mafia równie dobrze oznaczała krąg osób współpracujących z jakimś bandytą, grupę przestępców lub choćby kombinatorów operujących na jakimś terenie lub w jakiejś branży, rządzącą partię komunistyczną, państwo czy nawet Związek Radziecki jako całość. Skoro tak, pyta Autor, to gdzie szukać informacji o mafii? W statystykach przestępczości, które są niewiarygodne, czy materiałach opisujących życie społeczne? Co więcej, stawia frapujące i inspirujące pytanie, czy czasem nie mamy do czynienia z mitem mafii, który tak długo, jak długo jest mitem, rozmywa rzeczywisty obraz sytuacji. Wszyscy gubimy się w domysłach i poruszamy w kręgu niejasnych koncepcji wyjaśniających. J.D. Serio pyta, kto korzysta na istnieniu tego mitu? Jeśli na początku lat dziewięćdziesiątych pojawia się wiele publikacji na temat przestępczości zorganizowanej w ZSRR (później w Rosji) to, czy odzwierciedla to jakieś nowe zjawisko? Czy może jest tak, jak sugerował Mielnikow, że „w Rosji zawsze tak było”, ale teraz tylko lepiej to zjawisko widać, albo ktoś lepiej je pokazuje?

Konkluzja niezwykle ciekawych rozważań zawartych w kilku pierwszych rozdziałach książki jest relatywnie pesymistyczna. To, co możemy powiedzieć o przestępczości zorganizowanej, a o mafii w szczególności, na podstawie posiadanych informacji, analizy publikacji naukowych i prasowych jest dalekie od pewności. Brak jest jednoznacznej definicji, często następuje mieszanie się mitów i faktów, niejasne interesy stojące za nagłaśnianiem niektórych faktów, mieszanie się biznesu i przestępczości i wreszcie ograniczona wiarygodność danych sprawia, że stajemy wobec zjawiska, którego kontury są rozmyte.

Także w części pierwszej książki Autor analizuje związki przestępczości zorganizowanej z rozwojem gospodarki socjalistycznej. Prezentując zjawiska gospodarcze i dane za lata 1930–1980 dowodzi, zresztą nie po raz pierwszy, że planowana gospodarka sowiecka była efektywnym narzędziem kontroli społeczeństwa.

W istocie brak wszystkiego był naczelnym narzędziem budowania konformizmu. Ład gospodarczy był tak konstruowany, żeby jak najmniej się udawało, żeby się psuło, żeby nie pasowało, żeby było nieekonomicznie. To, co wygląda na rodzaj systemowego sabotażu było skutecznym instrumentem kanalizowania energii na pokonywanie trudności życia codziennego. Autor wraca do tezy, że w potocznym rozumieniu mafią było destruktywne państwo albo działające w jej imieniu agencje, które na oczach ludzi łamały prawo lub były skorumpowane. Naruszanie przepisów było określane jako zaradność. Zbiorowe, masowe, zorganizowane łamanie prawa było naturalną konsekwencją takiej logiki społecznego działania.

W drugiej części książki Autor dużo więcej uwagi poświęca korzeniom przestępczości zorganizowanej. Sięgając w głąb historii Rosji, analizuje zjawiska społeczne, polityczne i prawne, które stworzyły podłoże dla rozwoju zorganizowanych form popełniania przestępstw. Aby wymienić jedynie tytułem przykładu: złej jakości prawo i niski poziom wykształcenia kadr państwowych już od XVII wieku, prowadziły do „endemicznej” korupcji, która rozsadzała państwo od środka. Źle opłacana i pozbawiona kontroli policja (mimo reform w XIX wieku) nie stanowiła oparcia dla budowania ładu i porządku. Wreszcie, personalizacja życia publicznego w Rosji prowadziła do utożsamiania władzy z osobą, a nie z urzędem – ważny był człowiek, a nie prawo. To dobry grunt dla tworzenia się rozmytego obrazu tego, co dobre i złe. Archetypem takiej mieszaniny przestępcy-nieprzestępcy tamtego okresu jest osiemnastowieczny bohater wielu opowieści Wańka Kain, który najpierw był drobnym złodziejem operującym we współpracy z innymi, potem bardzo efektywnym detektywem aresztującym swoich dawnych kompanów, aby wreszcie zostać bandytą i porywaczem (aresztowanym i skazanym).

Autor siłą rzeczy powraca także do negatywnych doświadczeń społeczeństwa porewolucyjnego, ze zbiurokratyzowanym, autokratycznym, nieefektywnym systemem gospodarowania, w którym najważniejsze było własne przetrwanie, a intuicja i „układy” były ważniejsze od planowania, wytrwałości czy kreatywności. Zatem nie dziw, że ten, kto robił dobre interesy, był zaradny i twórczy był podejrzewany o szwindle, był traktowany jak przestępca. Cały system cierpiał na swoistą schizofrenię. Z jednej strony dyrektor przedsiębiorstwa, którego kooperant nie dostarczał materiałów na czas, musiał „sobie radzić”, co oznaczało, że musiał sięgać po takie środki, jak: przekupstwo, „socjalistyczny barter”, oszukiwanie partnera, a nawet kradzież. To były naturalne sposoby reakcji na sytuację trudną. Wymagany efekt działania był regulatorem zachowań indywidualnych i kryterium ocen formułowanych przez przełożonych. Nie było miejsca na wartości. Z drugiej jednak strony, narażenie mienia wspólnego, kradzież socjalistycznej własności czy brak troski o powierzone mienie, w imię wartości właśnie, kończyło się potępieniem, wiodło do więzienia lub do Gułagu. Zatem nikogo nie dziwi, że w takiej anomicznej sytuacji łapówka jest czymś normalnym i nazywa się „wzajemna korzyść”, a przestępstwo wchodzi w normalny obieg społeczny, państwowy, publiczny.

Kwintesencją rosyjskich korzeni przestępczości zorganizowanej jest instytucja *wora w zakonie*. Ten trudno przetłumaczalny termin* oznacza osobę, dla której przestępstwo jest wszystkim. Jest pracą, pasją i sensem życia, a inni przestępcy są braćmi, którzy zastępują rodzinę. Korzeni *wora w zakonie* trzeba szukać w okresie porewolucyjnym, jednak kodeks honorowy tej kategorii zawodowych przestępców powstał w trzeciej dekadzie minionego stulecia. Rola *wora w zakonie* wykracza daleko poza bycie przywódcą świata przestępczego i liderowanie społeczności więziennej. Po pierwsze, struktura przestępcza powstająca wokół niego, a szczególnie tworzenie funduszu samopomocy (*obszczak*), którego celem było wspierania działalności przestępczej i udzielanie pomocy przestępcom w potrzebie było łatwe do skopiowania. Po drugie, w latach osiemdziesiątych powstała kategoria nowych *worów w zakonie*, którzy zrezygnowali z kodeksu honorowego na rzecz istotnych zysków i chętnie wiązali się z grupami przestępczymi. Autor przeprowadza interesujący wywód, z którego można wnosić, że w epoce sowieckiej kodeks honorowy był instrumentem ochrony przed omnipotencją władz a jednocześnie był źródłem władzy przestępcy. W czasach postsowieckich chęć posiadania władzy została zastąpiona chęcią gromadzenia pieniędzy, a kodeks honorowy doznał wszelkich niezbędnych nowelizacji tak, aby jak najlepiej służyć nowym potrzebom w nowych okolicznościach.

Niezależnie od tego, że prezentacja *wora w zakonie* służy głównemu celowi pracy, to ma ona jeszcze jeden walor, metodologiczny. Otóż Autor stawia sprawę tak: opinie na temat tego, czym, czy raczej kim jest *wor w zakonie*, są niezwykle różnorodne, od takich, że jest to niemal rosyjska wersja *supermana*, do takich, że to zwykły złodziejasek, tylko trochę lepiej wyszkolony niż złodziej samochód. Dokładnie tak samo jest z definiowaniem mafii w Rosji, opinie w tej sprawie są skrajnie odmienne, od takich, wedle których mafia to tylko grupy brutalnych gangsterów, po stanowiska, które wskazują na mafijny charakter całego państwa.

Tak czy owak przed badaczem, który zajmuje się problematyką przestępczości zorganizowanej, staje problem zdefiniowania czym ona jest, w jakim zakresie odpowiada przyjmowanym definicjom, na czym polega specyfika tej przestępczości w poszczególnych krajach, i wreszcie jaka jest charakterystyka grup przestępczych w konkretnych warunkach społecznych i kulturowych. Tym wszystkim zagadnieniom poświęcona jest trzecia część książki.

I tu ponownie Autor kładzie silny nacisk na kontekst społeczny i kulturowy działania zorganizowanej przestępczości w Rosji. Nic nie przyjmuje na wiarę, jako cudzoziemiec analizuje wszystkie możliwe czynniki, które wpłynęły lub mogły wpłynąć na proces tworzenia się grup przestępczych. Często sięga do wiedzy anegdotycznej, ale nigdy nie naraża to wywodu na powierzchowność. Wśród pytań, które stawia i stara się na nie odpowiedzieć są następujące: kiedy następuje proces powstawania grup przestępczych w Rosji, jak tworzyła się ich struktura wewnętrzna i jakie były mechanizmy tworzenia się władzy w grupach,

jak powstawał ich potencjał gospodarczy, czy i jak grupy przestępcze wiązały się ze strukturami państwowymi, czy i w jaki sposób następowało wiązanie lokalnych struktur przestępczych z obcym kapitałem, tak silnie obecnym w Rosji – aby wymienić tylko te najważniejsze.

Niezwykle interesujące są rozważania J.D. Serio nt. charakterystyki grup przestępczych, ich struktury, spoistości i władzy. Przede wszystkim były i są to nadal grupy o różnej wielkości – od kilkudziesięciu do kilkuset osób. Jednak to, co wydaje się być cechą specyficzną (jedną w wielu) rosyjskich grup przestępczych, to typ przywództwa. Z jednej strony niektóre organizacje mają kilku liderów (w Polsce było podobnie), a z drugiej niektórzy z nich są szefami także innych grup przestępczych, najczęściej mniejszych (w Polsce takie zjawisko jest rzadkością). Relatywnie często, są oni także zatrudnieni w legalnych przedsiębiorstwach (figurują na liście płac) albo prowadzą swoje legalne interesy. Jak wynika z prezentowanych analiz, szefowie grup starają się przedstawiać siebie jako reprezentantów czegoś niezwykle stabilnego, dobrze ufundowanego i mającego poważne znaczenie, podczas gdy wielokrotnie władza szefów i znaczenie grup budowane jest na słabych fundamentach strachu, głównie kreowanego na śmierci innych, a wiadomo, że krew nie jest najlepszym spoiwem.

Natomiast to, co dobrze udawało się rosyjskim grupom zorganizowanym, to powiązania z innymi sektorami życia publicznego. Trójkąt: biznes – biurokracja – przestępczość funkcjonował i nadal funkcjonuje znakomicie. To, co – zdaniem Autora – napędza ten patologiczny mechanizm, to niedostatki w procedurach demokratycznych, brak regulacji dotyczących jakości biznesu i słabości organów ścigania, głównie policji. Zdaniem J. Serio, początki zorganizowanych struktur państwowych odpowiedzialnych za eliminowanie zorganizowanej przestępczości to połowa lat osiemdziesiątych minionego stulecia. Mimo że w roku 1990 było ponad 1000 śledczych zajmujących się mafią, to jednak w tym samym czasie przedstawiciele instytucji państwowych przyznawali, że mafia wymknęła się spod kontroli. Z pozoru sytuacja mogłaby wyglądać tak, jakby rząd zadeklarował wojnę ze zorganizowanymi strukturami przestępczymi, ale jednocześnie nie zmobilizował armii, a te oddziały, które istniały i miały ruszać do boju, nie otrzymały dobrej broni. Dodatkowo okazywało się także, że sieć powiązań lokalnych jest tak silna, że paraliżuje lub niweczy wszelkie starania władz. Szczególnie w takich sytuacjach, kiedy to ktoś z rodziny przedstawiciela instytucji państwowej (śledczej) pracował w firmie, której powiązania z mafią były tajemnicą poliszyneła.

J.D. Serio bada także zagadnienie efektywności kontroli przestępczości zorganizowanej. Poddaje dość szczegółowej analizie historycznej funkcjonowanie kluczowych instytucji ochrony porządku prawnego, a także bada przekształcenia w strukturze organizacyjnej tych instytucji. Cały czas jednak przywołuje kontekst kulturowy działania służb śledczych, wskazując na wieloletnie zaniedbania w sprawie ścigania takich przestępstw, a także na różnorodne i wielorakie związki instytucji publicznych, prywatnych i przestępczych. Warto odnotować choćby brak

elementarnego instrumentarium organów ścigania w walce z przestępczością zorganizowaną, np. prawa dotyczącego ochrony świadków, które funkcjonuje w Rosji dopiero od 2005 r.

Gdyby potraktować zachodnie firmy operujące w Rosji oddzielnie, to można by powiedzieć, że w tym kraju istniał i nadal istnieje nie trójkąt, ale czworokąt władzy – tzn. do biznesu, administracji i władzy publicznej dołączają zagraniczne firmy handlowe i produkcyjne. Ich rola jest interesująca, jak przekonuje Serio, bo one w jakimś stopniu wpłynęły na wzmocnienie się struktur przestępczych. Stało się tak za sprawą mitu Rosji i jego błędnego pojmowania. Ten mit to przekonanie, że Rosja to kraj pełen przestępców i skorumpowanej milicji. Zachodnie firmy instalujące się w tym kraju wyciągały z tego taki wniosek: skoro tak jest, to najlepiej od razu poprosić o pomoc lokalną grupę przestępczą i dać sobie spokój z policją. W ten sposób firmy te wpadały w pułapkę niewiedzy i braku zrozumienia specyfiki rosyjskiej sytuacji. Ich błąd polegał na tym, że przeceniały gangi i nie doceniały milicji. Oczywiście prawdą jest, że milicja jest skorumpowana, ale nie do końca, nie wszyscy milicjanci są źli, zatem można założyć, że znalezienie uczciwych policjantów nie jest zadaniem ponad ludzkie siły. Natomiast organizacje przestępcze mają jasno określone cele, są skoncentrowane na działalności przestępczej w 100% i są zdeterminowane działać do końca niezależnie od ceny. To zaś oznacza, że jeśli ktoś związał się z taką strukturą lub popadł w zależność od niej, w praktyce może się uwolnić tylko wtedy, kiedy przestanie ona istnieć.

Swoją książką J.D. Serio dołącza do coraz liczniejszego grona ekspertów piszących o przestępczości zorganizowanej w Związku Radzieckim i Rosji. Autor w niezwykle interesujący sposób łączy amerykański pragmatyzm myślenia o zjawiskach społecznych z nabytym w trakcie kilkuletnich pobytów w Rosji głębokim rozumieniem rosyjskiej mentalności i istoty sprawowania władzy w tym kraju. Obraz rosyjskiej mafii, jaki wyłania się z książki, jest wielowarstwowy, kreślony nie zawsze wyrazistą kreską, tak jak nie zawsze jasne są kontury badanego zjawiska. J.D. Serio szczegółowej analizie poddaje wszystkie elementy kontekstu społecznego i politycznego powstawania i trwania przestępczości zorganizowanej w Rosji, a to nawiązując do odległej historii, do skutków zainstalowania totalitarnej władzy, do modelu zarządzania państwem poprzez deficyty, do tradycji rosyjskiej przestępczości zawodowej, do okresu tworzenia się załączków gospodarki rynkowej, a nawet do wątków etnicznych, bez których zrozumienie fenomenu rosyjskiej mafii jest trudne lub niemożliwe. Autor nie cofa się przed formułowaniem zdecydowanych tez i nawet jeśli się z nim nie zgadzamy, to zmusza do pogłębionej refleksji lub choćby do brania pod uwagę tego, o czym pisze.

Książka J.D. Serio jest opracowaniem interesującym i ze wszech miar godnym polecenia każdemu, kto interesuje się problematyką przestępczości zorganizowanej, w tym studentom, policjantom czy biznesmenom. Ale nie tylko. Każdy, kto interesuje się współczesnym Wschodem, znajdzie w niej interesujący obraz społeczeństwa i państwa, wychodzącego z komunizmu i totalitarnego reżymu

sprawowania władzy widziany oczyma Amerykanina, który chyba należy do licznego grona mieszkańców Zachodu będących pod urokiem Wschodu. Byłoby ze wszelkich miar pożyteczne, gdyby omawiana książka została przetłumaczona na język polski.

Publikację wydano w sposób staranny, jej niewątpliwą zaletą jest dobrze opracowany indeks, natomiast niewątpliwą słabością, co zaskakujące, jest brak bibliografii.

Zbigniew Lasocik



KALEJDOSKOP WYDARZEŃ

17 września 2008 r. odbyła się publiczna obrona rozprawy doktorskiej mgr. Mariusza Bidzińskiego na temat: „Jawność finansowania partii politycznych. Podstawy konstytucyjne i praktyka”, której promotorem był prof. dr hab. M. Chmaj, a recenzentami pracy – prof. dr hab. M. Kruk-Jarosz i prof. dr hab. K. Skotnicki.



17 września 2008 r. odbyła się publiczna obrona rozprawy doktorskiej mgr. Ryszarda Czerniawskiego na temat: „Odpowiedzialność karna akcjonariuszy i członków rad nadzorczych spółek akcyjnych”, której promotorem był prof. dr hab. J. Sobczak, a recenzentami prof. dr hab. R. Stefański i prof. dr hab. Z. Cwiąkalski.



25 września 2008 r. odbyła się publiczna obrona rozprawy doktorskiej mgr. Marcina Dąbrowskiego na temat: „Funkcje orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego”. Promotorem pracy był prof. dr hab. M. Chmaj, recenzentami zaś prof. dr hab. W. Sokolewicz i prof. dr hab. M. Granat.



25 września 2008 r. odbyła się publiczna obrona rozprawy doktorskiej mgr. Sławomira Kursy pt.: „Wydzieliczenie w prawie justyniańskim”, której promotorem był ks. prof. dr hab. F. Lempa, a recenzentami ks. prof. dr hab. F. Longchamps de Berierie i prof. dr hab. B. Sitek.



W semestrze jesień/wiosna 2008 r. został uruchomiony na Wydziale Prawa nowy anglojęzyczny program International Legal Skills. Program jest realizowany w formie 3 godzin zajęć dwa razy w tygodniu. W tym semestrze odbędą się m.in. zajęcia z następujących przedmiotów: **międzynarodowe fuzje i przejęcia** – mec. C. David DeBenedetti, partner DeBenedetti, Majewski, Szcześniak w Warszawie; absolwent Law Center Uniwersytetu Georgetown; **prawo ochrony środowiska w Unii Europejskiej** – mec. Randy Mott z Environmental Solutions – Warszawa; absolwent Law Center Uniwersytetu Georgetown; **redagowanie pism procesowych** – mec. Iwona Wojtalik, założyciel Wojtalik Law Office, P.C. w Nowym Jorku; wcześniej pełnomocnik AIG; absolwentka Whittier Law School w Kalifornii; **postępowania sądowe** (dodatkowo nieodpłatny kurs tygodniowy) – mec. Tom Harkness z Whitehurst, Harkness, Ozmun and Brees w Teksasie; absolwent School of Law Uniwersytetu w Teksasie. Program edukacji prawnej International Legal Skills został włączony do katalogu kursów edukacyjnych austriackiego Center for International Legal Studies z Salzburga. Oznacza to, że osoby, które ukończą realizowany kurs, otrzymają również międzynarodowy certyfikat tej organizacji.



W dniach 17–24 października 2008 r. przedstawiciele Wydziału Prawa Uczelni Łazarskiego wzięli udział – na zaproszenie Centrum Międzynarodowych Studiów Prawnych – w tygodniowym międzynarodowym seminarium prawników „Senior Lawyer Orientation Program” w Salzburgu (Austria). Organizator seminarium, Center for International Legal Studies, współpracuje z wydziałami prawa w krajach Europy Środkowej i Wschodniej, organizując każdego roku wykłady 80 znakomitych prawników z krajów, w których obowiązuje system Common Law. Z tej współpracy skorzysta również International Legal Skills Program, którego wykładowcami będzie dwóch znanych prawników amerykańskich.



Uczelnia Łazarskiego wspólnie z Akademickim Uniwersytetem Prawnym w Moskwie uruchomiła IV edycję Studium Prawa Rosyjskiego. Jego uczestnikami są prawnicy oraz studenci z kilkunastu ośrodków akademickich z Polski. Program zajęć w ramach Studium obejmuje naukę prawa rosyjskiego, w tym: prawo konstytucyjne, prawo cywilne, postępowanie cywilne, prawo administracyjne, postępowanie administracyjne, postępowanie arbitrażowe, prawo bankowe, prawo podatkowe, prawo sądowe oraz prawo regulacji handlu wewnętrznego

w Federacji Rosyjskiej. Pierwsze zajęcia w IV edycji Studium Prawa Rosyjskiego odbyły się w dniach 24–26 października 2008 r. Sesję inauguracyjną poprowadził prof. dr hab. Władimir Władimirowicz Alchimienko. Tematem wykładu było „Wprowadzenie do współczesnego prawa rosyjskiego”.



Od 18 listopada 2008 r. rozpoczęła się kolejna edycja repetytorium przygotowawczego na aplikacje (sędziowską, prokuratorską, adwokacką, radcowską, notarialną, komorniczą), mająca na celu powtórzenie i poszerzenie wiadomości z przedmiotów, z których wiedza jest sprawdzana podczas konkursowych egzaminów wstępnych na poszczególne aplikacje. Repetytorium jest adresowane do absolwentów i studentów V roku prawa. Zajęcia prowadzą przedstawiciele zawodów prawniczych, w tym sędziowie Sądu Najwyższego, sądów okręgowych, adwokaci i prokuratorzy.

Ewelina Milan

INFORMACJA DLA AUTORÓW

1. W czasopiśmie mogą być publikowane prace dotyczące szeroko rozumianej problematyki prawnej, a także recenzje oraz sprawozdania z życia naukowego szkół wyższych. Warunkiem opublikowania jest pozytywna opinia recenzenta.

2. Materiał do Redakcji należy przekazać w jednym egzemplarzu znormalizowanego maszynopisu (30 wierszy na stronie, po 60 znaków w wierszu, ok. 1800 znaków na stronie) wraz z dyskiecią z tekstem w edytorze Microsoft Word lub w formie elektronicznej na adres: wydawnictwo@lazarski.edu.pl

3. Przypisy należy umieszczać na dole strony, podając najpierw inicjały imienia, nazwisko autora, tytuł pracy (kursywą), miejsce i rok wydania, numer strony. W przypadku prac zbiorowych należy podać inicjał imienia i nazwisko redaktora naukowego z dopiskiem (red.).

4. Do artykułu należy dołączyć streszczenie, podając cel artykułu, zastosowaną metodykę, wyniki pracy oraz wnioski. Streszczenie nie powinno przekraczać 20 wierszy maszynopisu. Jeżeli w streszczeniu występują specjalistyczne terminy albo zwroty naukowe lub techniczne, należy podać ich odpowiedniki w języku angielskim.

5. Artykuł nie powinien przekraczać 22 stron znormalizowanego maszynopisu, natomiast recenzja, komunikat naukowy i informacja – 12 stron.

6. Redakcja zastrzega sobie prawo dokonywania w nadesłanej pracy skrótów, zmiany tytułów, podtytułów oraz poprawek stylistycznych.

7. Opracowanie należy podpisać pełnym imieniem i nazwiskiem, podać swój adres z numerem telefonu, faxu, e-mail, stopień lub tytuł naukowy, nazwę instytucji naukowej, w której autor jest zatrudniony.

**Oficyna Wydawnicza Wyższej Szkoły Handlu i Prawa
im. Ryszarda Łazarskiego w Warszawie**
oferuje następujące publikacje:

1. Andrzej Ajnenkiel (red. nauk.), *W pięćsetlecie Konstytucji Nihil Novi. Z dziejów stanowienia prawa w Polsce*, Warszawa 2006.
2. Remigiusz Bierzanek, *Przez wiek XX. Wspomnienia i refleksje*, Warszawa 2006.
3. Marek Chmaj (red. nauk.), *Prawo administracyjne, część ogólna*, wyd. II popr., Warszawa 2007.
4. Marek Chmaj (red. nauk.), *Prawo administracyjne materialne*, wyd. III popr., Warszawa 2008.
5. Marek Chmaj (red. nauk.), *Status prawny wojewody*, seria „Monografie i Opracowania” nr 7, Warszawa 2005.
6. Marek Chmaj (red. nauk.), *Ustrój samorządu terytorialnego*, Warszawa 2007.
7. Anna Drabarek, *Intuicja. Poznanie bezpośrednio*, Warszawa 2006.
8. Janusz Filipczuk, *Adaptacyjność polskich przedsiębiorstw w warunkach transformacji systemowej*, wyd. II, Warszawa 2007.
9. Teresa Gardocka (red. nauk.), *Kary długoterminowe. Polityka karna. Wykonywanie. Warunkowe zwolnienia*, Warszawa 2006.
10. Jerzy A. Gawinecki (red. nauk.), *Ekonometria w zadaniach*, praca zbiorowa, Warszawa 2008.
11. Stanisław Hoc, *Prawo administracyjne gospodarcze. Wybrane zagadnienia*, wyd. II zm. i uzupełn., Warszawa 2008.
12. „Ius Novum,” Ryszard A. Stefański (red. nac.), kwartalnik WSHiP, nr 1/2007, 2-3/2007, 4/2007, 1/2008, 2/2008, 3/2008.
13. Witold Jakóbiak (red. nauk.), *Gospodarka polska w procesie światowych przemian*, Warszawa 2006.
14. Stanisław Kalinkowski, Jerzy Andrzej Wojtczak-Szyszkowski, *Jure et legibus. Język łaciński dla studentów prawa*, wyd. II uzupełn., zm., Warszawa 2006.
15. Jerzy Kisielnicki, *Zarządzanie organizacją. Zarządzanie nie musi być trudne*, Warszawa 2006.
16. Gertruda i Józef Koreccy, *Polska bibliografia penitencjarna. Rok 2004*, Warszawa 2006.
17. Gertruda i Józef Koreccy, *Polska bibliografia penitencjarna. Rok 2005*, Warszawa 2007.
18. Jerzy Kowalski, *Państwo prawa. Demokratyczne państwo prawne. Antologie*, Warszawa 2008.
19. Rafał Krawczyk, *Podstawy cywilizacji europejskiej*, Warszawa 2006.
20. Maria Kruk-Jarosz (red. nauk.), *Konstytucja RP z 1997 r. na tle zasad współczesnego państwa prawnego. Zagadnienia wybrane*, Warszawa 2006.
21. Maria Kruk-Jarosz (red. nauk.), *System organów ochrony prawnej w Polsce. Podstawowe instytucje*, w przygotowaniu.
22. Jerzy Menkes (red. nauk.), *Prawo międzynarodowe w XXI wieku. Księga pamiątkowa profesor Renaty Szafarz*, Warszawa 2007.
23. Jerzy Menkes (red. nauk.), *Prawo międzynarodowe – problemy i wyzwania. Księga pamiątkowa profesor Renaty Sonnenfeld-Tomporek*, Warszawa 2006.

24. Jerzy Menkes (red. nauk.), *Wybór kazusów z prawa międzynarodowego. Zagadnienia ogólne*, zeszyt 1, Warszawa 2008.
25. Aleksandra Mężykowska, *Interwencja humanitarna w świetle prawa międzynarodowego*, Warszawa 2008.
26. Ewelina Milan, Małgorzata Sekuła, *Podstawy prawa cywilnego*, Warszawa 2006.
27. „Myśl Ekonomiczna i Prawna”, Marek Lubiński (red. naczk.), kwartalnik WSHiP, numery: 1(12)2006, 2(13)2006, 3(14)2006, 4(15)2006, 1(16)2007, 2(17)2007, 3(18)2007, 4(19)2007, 1(20)2008, 2(21)2008, 3(22)2008.
28. Edward Nieznański, *Logika dla prawników*, Warszawa 2006.
29. Leokadia Oręziak, *Konkurencja podatkowa i harmonizacja podatków w ramach Unii Europejskiej*, Warszawa 2007.
30. Leokadia Oręziak (red. nauk.), *Finansowanie rozwoju regionalnego w Polsce*, Warszawa 2008.
31. Stanisław Paweła (red. nauk.), *Prawo w okresie społecznych przemian*, Warszawa 2005.
32. Dariusz Rosati (red. nauk.), *Gospodarka oparta na wiedzy. Aspekty międzynarodowe*, Warszawa 2007.
33. *Statystyka w biznesie. Zastosowanie narzędzi Excel'a*, praca zbiorowa, w przygotowaniu.
34. Bartosz Szolc-Nartowski (tłum.), *Digesta Justyniańskie, Księga I*, Warszawa 2007.

Oficyna Wydawnicza
Wyższej Szkoły Handlu i Prawa im. Ryszarda Łazarskiego
02-662 Warszawa, ul. Świeradowska 43
tel.: (0 22) 54 35 450
fax: (0 22) 54 35 480
e-mail: wydawnictwo@lazarski.edu.pl
www.lazarski.pl