FORUM PRAWNICZE

NUMER 1 (1)
WRZESIEŃ 2010

Spis treści

3 **POST MORTEM**

5 **WYWIAD**

Małgorzata Korzycka-Iwanow
5 **Wywiad z Elinor Ostrom**

12 **ARTYKUŁY**

Franciszek Longchamps de Bérier
12 **Antydyskryminacyjna dyskryminacja?**

Bolesław Banaszkiewicz
24 **Uwagi o „Zasadach z Yogyakarty"**

Roman Kwiecień
30 **Wartość i prawo a kreatywność porządku prawnego**

Ewa Kabza
44 **Problem stosowania analogii w prawie cywilnym**

66 **RECENZJE**

Tomasz Giaro
66 **Czy w przewidywalnej przyszłości powstanie europejskie prawo zobowiązań?**

Lech Morawski
89 **Kelsen a sądy konstytucyjne**

94 **ORZECZNICTWO**

Adam Pawluk
94 **Przegląd orzecznictwa – Trybunał Konstytucyjny**

Paweł Wiliński
96 **Przegląd orzecznictwa – prawo karne**

red. Andrzej Skoczylas
101 **Przegląd orzecznictwa – prawo administracyjne**

Katarzyna Pałka, Michał Kućka, Jerzy Pisuliński
103 **Przegląd orzecznictwa – prawo prywatne**

OD REDAKCJI

Projekt wydawania nowego czasopisma ma na celu wzbogacenie oraz urozmaicenie debaty publicznej w podstawowych sprawach dotyczących naszego Państwa i rządów prawa. Czasopismo ma stanowić forum dla wszystkich przedstawicieli nauk prawnych oraz praktyki prawniczej, którzy chcą podejmować zagadnienia istotne dla Polski, jej społeczeństwa, porządku prawnego, jak również miejsca Polski we wspólnocie międzynarodowej i europejskiej. Chcemy zabierać głos w sprawach ważnych i aktualnych, poszukiwać rozwiązań prawnych kluczowych dla naszego Państwa oraz wskazywać w naszym przekonaniu właściwe kierunki jego rozwoju. Niezależnie od politycznych przekonań, pragniemy wspólnie podejmować refleksję nad tym, jak urzeczywistniać w konkretnych rozwiązaniach prawnych etos moralny charakterystyczny dla europejskiego kręgu kultury prawnej zakorzenionej w prawie rzymskim oraz chrześcijańskiej tradycji, z jej szacunkiem dla wartości wyrażonych w dekalogu, jak również zasad solidarności, pomocniczości oraz poszanowania przyrodzonej i niezbywalnej godności człowieka, która jest źródłem praw i wolności wszystkich ludzi, a zarazem celem i uzasadnieniem wszelkiego prawa stanowionego przez człowieka. Chcemy również promować tradycyjne wartości charakterystyczne dla polskiego społeczeństwa, takie jak patriotyzm i oddanie sprawie dobra wspólnego, dzięki którym mogło ono przetrwać ciężkie próby dziejów i zachować swoją tożsamość.

Czasopismo będzie pismem ściśle naukowym, zaś wysoki poziom i rzetelność będą podstawowymi standardami w doborze artykułów do publikacji. „Forum Prawnicze" ma mieć w założeniu charakter ogólny. Publikowane w nim będą zatem artykuły z każdej dziedziny prawa. Ponadto w ramach struktury pisma przewidujemy również publikację artykułów recenzyjnych, polemik, informacji i komentarzy dotyczących ważnych wydarzeń z zakresu życia publicznego oraz przeglądów orzecznictwa. Czasopismo będzie dwumiesięcznikiem. Szczególnym zainteresowaniem redakcji będą się cieszyły artykuły dotyczące problemów ważnych dla praktyki prawniczej, a także traktujące o zagadnieniach będących przedmiotem debaty publicznej. Pragniemy wyrazić nadzieję, że „Forum Prawnicze" będzie stanowiło ważny i słyszalny głos w debatach dotyczących stanu naszego Państwa i systemu prawnego. Chcielibyśmy, aby głos ten docierał zarówno do środowisk naukowych, jak i praktyki prawniczej oraz tych wszystkich, którym leżą na sercu sprawy dobra wspólnego. Zapraszamy do współpracy wszystkich, którzy podzielają żywione przez nas poglądy, i tych, którzy chcieliby podjąć z nimi polemikę.

Zespół Redakcyjny

FORUM PRAWNICZE

Numer 1 (1) | Wrzesień 2010
Dwumiesięcznik
ISSN: 2081-688X
Nakład: 400 egzemplarzy

WYDAWCA
Wydawnictwo Szkolne PWN Sp. z o.o.
ul. Świętojerska 5/7
00-236 Warszawa

ParkPrawo

RADA PROGRAMOWA
Przewodniczący: prof. Cezary Mik
prof. Zbigniew Cieślak
prof. Wojciech Dajczak
prof. Tomasz Giaro
ks. prof. Franciszek Longchamps de Berier
prof. Małgorzata Korzycka-Iwanow
prof. Jarosław Majewski
prof. Marek Michalski
prof. Artur Nowak-Far
prof. Aurelia Nowicka
prof. Krystyna Pawłowicz
prof. Jerzy Pisuliński
prof. Michał Romanowski
prof. Grażyna Skąpska
prof. Andrzej Skoczylas
prof. Bogdan Szlachta
prof. Piotr Tuleja
ks. prof. Krzysztof Warchałowski
prof. Paweł Wiliński

ZESPÓŁ REDAKCYJNY
Redaktor naczelny: prof. Lech Morawski
Redaktor prowadzący: prof. Wojciech Dajczak
prof. Piotr Tuleja
dr Michał Królikowski
dr Marcin Romanowski
dr Adam Szafrański

SEKRETARZ NAUKOWY REDAKCJI
dr Michał Królikowski

SEKRETARZ REDAKCJI
Krzysztof Szczucki

OPRACOWANIE REDAKCYJNE
Korekta: Magdalena Gałuszka,
Magdalena Matyja-Pietrzyk
Skład: Editio, Pruszków, www.editio.eu
Koordynacja: Marta Pawlus
Projekt graficzny: item:grafika
Redaktor graficzny: Igor Banaszewski
Przekład streszczeń: Anna Paszek

ADRES REDAKCJI
Wydawnictwo Szkolne PWN Sp. z o.o.
Redakcja Ogólnoedukacyjna i Prawnicza
ul. Mieszka I 38, 43-300 Bielsko-Biała
tel./faks: (33) 822 90 90, 822 90 80
e-mail: forumprawnicze@park.pl;
poczta@park.pl

DZIAŁ SPRZEDAŻY
Wydawnictwo Szkolne PWN Sp. z o.o.
Oddział Bielsko-Biała ul. Mieszka I 38
43-300 Bielsko-Biała
tel./faks: (33) 822 97 97
e-mail: zamowienia@park.pl

PRENUMERATA
e-mail: zamówienia@park.pl
www.park.pl/forumprawnicze
Infolinia: 0 801 30 40 50
(koszt połączenia z każdego miejsca w kraju odpowiada taryfie lokalnej)

DRUK
WAREX, Lubicz
Druk ukończono w sierpniu 2010 r.

Iusiurandum patriæ datum usque ad hanc diem ita servavi…

Z trudnej do zrozumienia po ludzku woli Opatrzności kadencja Rzecznika Praw Obywatelskich Janusza Kochanowskiego została przerwana w ostatnim roku kadencji. Niełatwo przychodzi mi pisać o Człowieku i przełożonym, tym bardziej że kilkanaście godzin przed katastrofą, podczas rozmowy, przedstawiał mi jeszcze plany na najbliższy czas. A jednak…

Pana doktora Janusza Kochanowskiego znałem, jeśli tak mogę ująć tę jednostronną „relację", początkowo wyłącznie z przekazów medialnych, gdy jako Prezes Fundacji *Ius et Lex* wypowiadał się w różnych kwestiach prawnych i społecznych. Po raz pierwszy dłuższą rozmowę odbyliśmy dopiero w czasie mojej pracy w Biurze Trybunału Konstytucyjnego. Wówczas miałem możliwość gościć Pana Doktora. Wymienialiśmy poglądy na temat różnych kwestii ustrojowych. Do końca nawet nie pamiętam jakich. Ale pozostało mi w pamięci, z jakim zapałem opowiadał o konieczności dokonywania reform w Państwie. Ponownie dłuższą rozmowę odbyliśmy na wiosnę 2007 r. Wówczas po raz pierwszy usłyszałem propozycję objęcie stanowiska Jego zastępcy, po tym jak w styczniu 2006 r. został wybrany przez Sejm na urząd Rzecznika Praw Obywatelskich. Przyjęcie tej propozycji nie przyszło mi łatwo. Nigdy już się pewnie nie dowiem, na ile trudna była dla samego ówczesnego Rzecznika…

Niecałe trzy lata wspólnej, intensywnej pracy, nie sposób ująć w kilku słowach. Pozostanie mi z niej kilka obrazów – msza za ofiary wydarzeń w Nangar Khel, z szerokim rozmachem przygotowane w Oświęcimiu i Krakowie obchody sześćdziesiątej rocznicy przyjęcia Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka, czy spotkanie opłatkowe dla ubogich przed kościołem św. Anny w Warszawie.

Miał świadomość, że robi wiele. Nawet za wiele jak na zajmowane stanowisko. Ale miał mocne przeświadczenie, że czyni to dla Polaków, dla ich przyszłości. Podejmował sprawy, których inni często nie chcieli się podjąć z oportunistycznych przyczyn. Raz obrany cel znosił dla Janusza Kochanowskiego zauważane przez innych przeszkody. Długo zabiegał, by Sejm podjął prace legislacyjne nad przygotowanym w Biurze RPO projektem ustawy Przepisy ogólne prawa administracyjnego. Podejmował wysiłki popularyzacji wiedzy prawniczej wśród obywateli. To z Jego inicjatywy powstawał „Codziennik Prawny", do którego przygotowania zmobilizował szereg osób, a merytoryczny nadzór nad opracowaniem i wydaniem powierzył mojej osobie. Miałem również zaszczyt i przyjemność kierowania i objęcia redakcją siedmiu tomów, w języku polskim i angielskim, składających się na dwa bibliofilskie wydawnictwa opublikowane w 2008 r. – *Księgę Jubileuszową Rzecznika Praw Obywatelskich* oraz księgę poświęconą uczczeniu sześćdziesiątej rocznicy uchwalenia Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka. Wiem że obie sprawiły Mu niemałą satysfakcję.

Zwalczał otwarte i ukryte próby ograniczania wolności i praw człowieka. W różnego typu organizacjach widział przejaw żywotności społeczeństwa obywatelskiego. Równocześnie bardzo charakterystyczna była niechęć do przymusowej przynależności osób wykonujących zawody zaufania publicznego. Postrzegał to jako próbę uczynienia z Polski państwa korporacyjnego. W sędziach widział kluczowy mechanizm zapewniający ochronę wolności i praw człowieka. Tym mocniej domagał się od nich zachowania bezstronności i unikania choćby cienia podejrzeń o stronniczość.

Z chęcią podjął moją sugestię starania się o ustanowienie przez Prezydenta Rzeczypospolitej Odznaki Honorowej za Zasługi dla Ochrony Praw Człowieka. Na zawsze pozostanie ona do dyspozycji kolejnych Rzeczników. Chciał ją wykorzystać dla pojednania między Narodem Polskim i Ukraińskim. Zamierzał przyznawać ją obywatelom Ukrainy, którzy z narażeniem własnego życia pomagali Polakom podczas dramatycznych czasów zła drugiej wojny światowej. To wyzwanie pozostaje do zrealizowania dla innych…

Z pasją spierał się ze swoimi adwersarzami szczególnie, gdy ich poglądy uważał za szkodliwe społecznie. Dochodząc do swojego stanowiska, umiał jednak prosić o radę i słuchać opinii innych. Niejednokrotnie byłem świadkiem, jak pod wpływem dyskusji potrafił odstąpić od pierwotnie przyjętej tezy. Jeśli jednak był już pewny swojego stanowiska, nie odstępował go, nawet za cenę pozostania samemu z nim, sprzeciwu innych osób, mediów czy elit intelektualnych. Miał świadomość tworzonych mu przeszkód. Bolał nad niską kulturą życia administracyjnego państwa, ociężałością organów publicznych czy brakiem kreślenia perspektywicznych wizji kraju przez osoby sprawujące władzę.

Był wrażliwy na piękno. Umiał docenić znaczenie rzeczy rzadkich i niezwykłych. Pozostanie mi w pamięci Jego otwartość na współpracę z osobami młodymi. Tymi, którzy z pasją byli gotowi poświęcić się pracy nad realizacją swoich ideałów. Był wymagającym przełożonym, ale umiał cieszyć się ze wspólnego sukcesu. Chciał i umiał patrzeć w swoich planach daleko poza ogólnie przyjęty horyzont. Zadziwiająco trafnie diagnozował rzeczywiste zagrożenia społeczne i starał się zaradzić wyzwaniom, jakie uważał, że stają przed Polską. Umiał się śmiać ze swoich niezamierzonych wpadek. Miał świadomość popełnionych błędów. Był krytyczny wobec siebie. Znał jednak swoją wartość i w sposób nieprzesadzony oceniał własne dokonania, także i te na stanowisku Rzecznika Praw Obywatelskich.

Po remoncie gabinetu Rzecznika, chyba przez pomyłkę, nie powieszono ponownie obrazu Don Kiszota, jaki tam wisiał wcześniej. Była to, jak mniemam, postać literacka ceniona przez śp. Janusza Kochanowskiego. Czy widział w nim, w jakim sensie, siebie? Nie wiem. Pozostanie mi wszakże w pamięci jedno z ostatnich zdań, jakie wypowiedział przy mnie Zmarły w piątkowe popołudnie przed wylotem do Katynia – „Gdzie jest mój Don Kiszot?"

Prof. dr hab. Marek Zubik
Zastępca Rzecznika Praw Obywatelskich

Wywiad z Elinor Ostrom

Elinor Ostrom

Ur. 7 sierpnia 1933 r. w Los Angeles. Jest profesorem political science *im. Arthura F. Bentleya na Uniwersytecie Indiana w Bloomington (USA). Doktorat z zakresu nauk politycznych (Ph.D. in Political Science) uzyskała w 1965 r. na Uniwersytecie Kalifornijskim (UCLA). Razem ze swoim mężem, profesorem* political science *Vincentem Ostromem założyła w 1973 r. na Uniwersytecie Indiana ośrodek naukowy, nazwany Workshop in Political Theory and Policy Analysis. Obok współkierowania tą placówką jest również Dyrektorem Założycielem (Founding Director) ośrodka naukowego Center for the Study of Institutional Diversity na Arizona State University w Tempe.*

Imponujący jest zakres prowadzonych pod kierunkiem profesor Ostrom badań i analiz. Uchodzi za pionierkę badań empirycznych w dziedzinie ekonomii rozwoju. Przeprowadziła m.in. bardzo szczegółowe badania nad funkcjonowaniem systemu zasobów wód podziemnych w Los Angeles, policji w stanie Indiana, systemów nawadniania w Nepalu. W każdym z tych przypadków starała się dociec, jak „pomiędzy" zatomizowaną jednostką a silną władzą może funkcjonować dobrowolne zrzeszenie, które z upływem czasu wypracowuje skuteczne i sprawiedliwe zasady użytkowania wspólnych zasobów.

*W 2009 r. Elinor Ostrom została laureatką Nagrody Nobla w dziedzinie ekonomii, wespół z Olivierem Williamsonem z Uniwersytetu Berkeley. Jest pierwszą kobietą, która otrzymała tę nagrodę za osiągnięcia w dziedzinie ekonomii. Dokonania profesor Elinor Ostrom, za które została uhonorowana Nagrodą Nobla, określono jako „ekonomiczną analizę zarządzania, w szczególności wspólnymi zasobami (*commons*)". Analiza ta, oparta w znacznej mierze na wynikach badań empirycznych wspólnego zarządzania zasobami takimi jak lasy, łowiska ryb, pastwiska, zasoby wód podziemnych, przyniosła zaskakujące rezultaty.*

Profesor Ostrom wykazała, że zarządzanie przez użytkowników określonym dobrem jest nierzadko bardziej efektywne niż zarządzanie oparte na zasadach klasycznej teorii ekonomii kapitałowej. Prace profesor Ostrom pokazują, że tego rodzaju systemy są, częściej niż można by przypuszczać, korzystniejsze niż odpowiadające im państwowe lub prywatne. Okazuje się bowiem, że użytkownicy danego dobra czy zasobu potrafią się samoorganizować. Co więcej, w ramach wspólnego zarządzania umieją skutecznie rozwiązywać konflikt interesów. Noblistka zdiagnozowała i opisała szereg sprzyjających samoorganizacji czynników, takich jak zaufanie, zaangażowanie we wspólne tworzenie reguł, właściwa komunikacja, w tym przepływ informacji.

*Przeczy to utrwalonym opiniom liberalnych ekonomistów, którzy od lat propagują dogmat o rzekomo większej efektywności korzystania z dóbr sprywatyzowanych w stosunku do korzystania z dóbr, które są zarządzane przez użytkowników wspólnie albo też przez jednostki zdecentralizowane. Elinor Ostrom rzuciła wyzwanie teoretykom, którzy powtarzają, iż wspólne gospodarowanie własnością było zawsze niekorzystne i jedynym prawidłowym rozwiązaniem jest prywatyzacja lub przejęcie kontroli nad danym dobrem czy zasobem przez jeden, scentralizowany ośrodek dysponowania. Według Ostrom nie ma głoszonej przez Hardina „tragedii zasobów wspólnych" (*tragedy of commons[1]*). Istnieje natomiast wielka szansa, zgodnie z założeniem, iż* lex *to nie to samo co* ius*. Funkcjonujące w ramach zarządzania wspólnymi zasobami prawo ewoluuje, dlatego też zarządzanie zasobami to również poszukiwanie rozwiązań zabezpieczających przed powstawaniem reguł, które byłyby sprzeczne z* ius.

1 G. Hardin, *The Tragedy of the Commons*, „Science", vol. 162, no. 3859, grudzień 1968, s. 1243–1248.

Szkoła Bloomington, Uniwersytet Indiana (USA)

Workshop in Political Theory and Policy Analysis na Uniwersytecie Indiana jest ośrodkiem badawczym o wyjątkowym rozmachu naukowym[2]. Od początku istnienia placówki jej założyciele, Vincent i Elinor Ostromowie przyjęli, że rozumowanie naukowe powinno być weryfikowane na gruncie badań empirycznych. Założyli, że punkt krytyczny znajduje się między koncepcją a jej realizacją. Ludzka aktywność kształtowana jest przez instytucje i określone impulsy działania, a zrozumienie powiązań między nimi jest niezbędne do przeprowadzenia analizy różnych społecznych polityk. Ostromowie uznali, że pole badawcze jest tak rozległe, iż nie może stać się domeną jednej tylko dyscypliny. Niezbędny jest „ogląd" zjawisk społecznych z różnych perspektyw.

Szkoła Bloomington, wyrosła na podwalinach działalności badawczej Workshopu, stała się jedną z najbardziej dynamicznych, twórczych i znanych szkół w nurcie „nowej teorii instytucji" (New Insitutional Theory). Jej szczególne miejsce w nauce uważane jest za rezultat wyjątkowo udanego połączenia: z jednej strony interdyscyplinarnego podejścia teoretycznego, z drugiej wnikliwego empiryzmu. Politologia, filozofia, ekonomia, administracja publiczna, socjologia i antropologia – to główne dyscypliny objęte bloomingtonowskim programem badawczym, nazwanym analizą i rozwoju instytucji (Bloomington Insitutional Analysis and Development – IAD). Ożywiając tradycyjny sposób analizy naukowej takich jej przedstawicieli jak Locke, Monteskiusz, Hume, Smith, Hamilton, Madison i Tocqueville, szkoła bloomingtonowska dąży do syntezy dawniejszej perspektywy ze współczesnymi osiągnięciami politologii, filozofii i ekonomii. Tym samym wskrzesza klasyczną metodę analizy naukowej w nowym – intelektualnym i politycznym – kontekście.

Workshop in Political Theory and Policy Analysis stał się przez około 40 lat swojego istnienia modelem znakomitej organizacji badań, bazą międzynarodowej sieci naukowej i, co ważniejsze, kuźnią niestandardowej myśli.

2 P. Dragos Aligica, P.J. Boettke, *Challenging Institutional Analysis and Development. The Bloomington School*, Routledge–London–New York 2009, s.168.

Obecnie program badawczy szkoły bloomingtonowskiej znany jest przede wszystkim ze względu na prace empiryczne dotyczące wytwarzania i dostarczania dóbr publicznych oraz zarządzania wspólnymi zasobami w różnych częściach świata. Powstają w tym ośrodku również doniosłe prace, wykorzystujące nową teorię instytucji w zastosowaniu do administrowania obszarami zurbanizowanymi oraz ich ekonomiki.

Działalność Workshopu nastawiona jest również na edukację obywateli, w szczególności przedsiębiorców sektora publicznego i prywatnego oraz przedstawicieli administracji publicznej. Twórcy szkoły bloomingtonowskiej, Vincent i Elinor Ostromowie, często podkreślają, że istnieje pilna potrzeba nauczenia społeczeństwa tego, co stało się zasadniczym leitmotivem ich osiągnięć, tj. „sztuki i podstaw naukowych zrzeszania się" (*art and science of association*).

Wywiad z Elinor Ostrom dla czasopisma „Forum Prawnicze", przeprowadzony w grudniu 2009 r. przez Małgorzatę Korzycką-Iwanow[3]

MKI: W imieniu redakcji „Forum Prawniczego" chcę serdecznie podziękować Pani Profesor za wyrażenie zgody na niniejszy wywiad. Czy mogłaby Pani na początku naszej rozmowy wyjaśnić istotę pojęcia

3 **Dr hab. M. Korzycka-Iwanow**, profesor Uniwersytetu Warszawskiego, Wydział Prawa i Administracji. Miała okazję współpracować z E. i V. Ostromami w latach 1983–1985 i 1995–1997 jako Research Associate i Fulbright Senior Fellow (1995–1996), będąc afiliowana w utworzonym w 1973 r. przez Ostromów Workshop in Political Theory and Policy Analysis, Uniwersytet Indiana, Bloomington (USA). Uczestniczyła również w organizowanych przez Workshop co 5 lat (od 1994 r.) konferencjach, nazwanych Workshop on the Workshop (wow): wow 1 (1994), wow 2 (1999) i wow 4 (2009).

commons i uzasadnić swoje skupienie na tym obszarze badań w ostatnich latach?

EO: Mówiąc o *commons*, często ma się na myśli zarówno dobra publiczne, jak i zasoby wspólne. Tak gdy chodzi o dobra publiczne jak i zasoby wspólne – nie jest łatwo wyłączyć korzystanie z nich przez poszczególną jednostkę, chociaż jest to niekiedy możliwe. Jednakże w zakresie zarządzania dobrami publicznymi możliwość wyłączenia użytkownika z korzystania nie jest eksponowana.

Posługuję się pojęciem „zasoby wspólne" (*common pool-resources*) przede wszystkim w odniesieniu do takiego systemu zarządzania dobrem, który niesie ze sobą wysokie koszty wyłączania użytkowników i gdzie jednostkowa konsumpcja dóbr ogranicza ich dostępność pozostałym. Nie należy mylić tego pojęcia, co się niestety zdarza, z pojęciem „wspólna własność zasobu" (*common property resource*), co wiąże się z poszczególnymi atrybutami tego rodzaju reżimu (*common property regime*[4]). Poświęciłam wiele czasu na badanie zasobów wspólnych, ale również dóbr publicznych z tego względu, że w poważnej części literatury dominuje założenie, iż jedyną drogą zapewnienia obywatelom tego rodzaju dóbr jest działanie administracji publicznej, albo też działanie w ramach jakiejś bliżej niesprecyzowanej formy własności prywatnej, o takiej właśnie, ogólnej nazwie. Przede wszystkim jednak akcentuje się w tych pracach potrzebę działania w tym zakresie administracji publicznej[5].

Gromadziłam wraz z kolegami dane bibliograficzne, a następnie empiryczne, dotyczące różnych systemów zarządzania, przykładowo zasobami leśnymi czy zbiornikami wody, znajdującymi się w różnych częściach świata. Okazało się, że założenie o nieskuteczności działania samorządu użytkowników w odniesieniu do wspólnych zasobów nie znajduje jednak potwierdzenia zarówno w całej obszernej literaturze przedmiotu, jak i w badaniach terenowych. Nie oznacza to oczywiście, że wszystkie zasoby wspólne będą zachowane tylko z tego powodu, że są objęte własną organizacją użytkowników. Jest wiele różnych czynników, które o tym decydują.

MKI: Czy mogłaby Pani Profesor podać przykłady współczesnych systemów zarządzania wspólnymi zasobami na kontynentach amerykańskim i europejskim? Jakie są ich cechy i powiązania z tradycyjnymi, historycznie ugruntowanymi instytucjami?

EO: Przed laty w mojej rozprawie doktorskiej badałam rozwój systemu zarządzania zbiornikami wód podziem-

4 Szersze wyjaśnienie tego rozróżnienia zamieszczam, czerpiąc z prac E. Ostrom, w języku ojczystym Noblistki: „The primary difference is between common property and open access regimes, since the confusion between them is the basis of Hardin's deduction of the tragedy of the common. Common property regimes are „where the members of a clearly demarcated group have a legal right to exclude nonmembers of that group from using a resource. Open access regimes (res nullius)-including the classic cases of the open seas and the atmosphere-have long been considered in legal doctrine as involving no limits on who is authorized to use a resource" (Gibson, Clark, Margaret McKean and Elinor Ostrom, eds. 2000. People and Forests: Communities, Institutions, and Governance. MIT, p. 335–336). On the basis of this distinction, common property and open access regimes are mutually exclusive and anyone who had as their political ideal the creation of an open access regime would not be a supporter of the commons. The second important distinction is between a common-pool resource (which is a thing or stuff) and a common property regime (which is a set of social relations). A common-pool resource is such that (a) „it is costly to exclude individuals from using the good either through physical barriers or legal instruments and (b) the benefits consumed by one individual subtract from the benefits available to others" (op. cit. p. 337). The third important distinction is between common-pool resources (e.g., a fishery, a river) and public goods (e.g., knowledge of a physical law, living in a just and peaceful society). They share one characteristic, i.e., it is difficult to exclude people living within the scope of these resources or goods from their enjoyment. But they also differ in another characteristic, for a common-pool resource like a fishery is reduced when something of value like a particular fish is withdrawn from it while a public good like knowledge of the Second Law of Thermodynamics is not diminished when still another person uses it to construct a new engine".

5 Pierwszą pracą E. Ostrom, przetłumaczoną na język polski przez M. Korzycką-Iwanow, jest artykuł napisany wespół z V. Ostromem na temat administrowania dobrami publicznymi (*Public Goods and Public Choices*, [w:] *Alternatives for Delivering Public Services. Toward Improved Performance*, E.S. Savas (red.), Boulder 1977, s. 7–49). Opublikowany pt. *Administrowanie dobrami i usługami publicznymi w świetle badań* (Public Goods and Public Choices), w czasopiśmie: „Administracja" 1989, nr 2, a następnie włączony do książki: V. Ostrom, *Federalizm Amerykański. Tworzenie społeczeństwa samorządnego*, Warszawa – Olsztyn 1994, s. 159–180.

nych w południowej Kalifornii, który zakończył się porozumieniem wszystkich użytkowników, co należy uznać za sukces. Osiąganie porozumienia między wieloma różnymi odbiorcami wody było procesem długotrwałym i ostatecznie dokonało się przede wszystkim dzięki stosowaniu przez sądy jurysprudencji słuszności (*equity*). W ten sposób ustalono zakres praw poszczególnych użytkowników do pobierania wody ze zbiorników. Do niedawna system ten działał stabilnie. Wygląda na to, że obecnie jest poważnie zagrożony, a to ze względu na odcięcie dopływu wody z kanałów sprowadzających ją z północy. Na mocy orzeczenia sądu woda ta nie może być już dostarczana do Los Angeles. To wielkie zaskoczenie, ale zarazem wyzwanie do kontynuowania wypracowanego systemu zarządzania pobieraniem wody. Trudno dziś powiedzieć precyzyjnie, jak można to zrobić. Wiadomo, że żaden system zarządzania nie jest odporny na wszelkie możliwe zewnętrzne wstrząsy. Nadzieja, że będzie podjęta chociażby próba zaradzenia tej nowej sytuacji, związana jest z badaniami prowadzonymi przez jednego z doktorantów. Bardzo wnikliwie analizuje, na podstawie zachowanej dokumentacji, działanie kalifornijskiego systemu w latach pięćdziesiątych i sześćdziesiątych, a w szczególności różnego rodzaju zagrożenia, które wówczas występowały, i sposób reagowania na nie użytkowników zarządzających systemem.

Inny przykład. Przebywając w alpejskich regionach Szwajcarii można zauważyć, że funkcjonuje tam wiele różnych systemów zarządzania pastwiskami opartych na samoorganizacji użytkowników. Tam również występuje wyżej zasygnalizowane zjawisko zagrożenia, dotyczące niektórych spośród tych systemów. Zdarza się, że przyczyną tych zagrożeń są wprowadzane ostatnio rozwiązania, uzasadniane współczesnymi kierunkami w ekonomii[6]. Przykładowo, rolnicy pracują na swoim gospodarstwie i jednocześnie poza nim, w rezultacie zajmują się działalnością rolniczą w niepełnym wymiarze. Koledzy badają funkcjonowanie tych systemów i wiele wskazuje na to, że są one zróżnicowane w tym sensie, że jedne z nich są bardziej stabilne, inne mniej. To jedynie wstępna obserwacja. Sądzę, że należy liczyć się z tym, iż pewne instytucjonalne rozwiązania wspólnego zarządzania okażą się bardziej podatne na wstrząsy.

MKI: Nagroda Nobla oznacza sukces Szkoły Bloomington, którą Pani Profesor tworzyła wraz ze swoim mężem, profesorem Vincentem Ostromem. Nie ma tu miejsca na szczegółowe przedstawienie blisko 40-letniej historii Workshopu, w którym kształciły się setki studentów, a pracownicy nauki tworzyli – i nadal to czynią – zakrojoną na szeroką skalę międzynarodową sieć współpracy. Jak udało się stworzyć taki zespół i wypracować spójne podejście naukowe, obejmujące również metody empiryczne?

EO: Vincent Ostrom i ja stworzyliśmy Workshop in Political Theory and Policy Analysis w latach 1973–1974. Przez ten długi okres mieliśmy szczęście gościć bardzo wielu naukowców, w tym kilku wybitnych z Polski.

Opracowaliśmy rozbudowaną koncepcję, nazwaną analizą instytucji i rozwoju (Institutional Analysis and Development Framework), która umożliwia nam stosowanie różnych metod, takich jak: prowadzenie badań w terenie, prace warsztatowe, stosowanie formalnych technik tworzenia modeli. Na temat wspólnej pracy i stosowania różnych metod badawczych napisałam wraz z Amy Poteete i Marco Janssenem książkę, zatytułowaną *Working Together: Collective Action, the Commons, and Multiple Methods in Practice*. Zostanie wydana przez Princeton University Press w kwietniu lub maju 2010 r.[7] W tej pracy wnikliwie rozważamy wszelkie aspekty naszej koncepcji badawczej. Koncepcja ta obejmuje, jak wspomniałam, wiele metod badawczych, co otwiera z kolei serię powiązanych ze sobą pytań odnoszących się do analizy samych instytucji i zarządzania wspólnymi zasobami. Staramy się w tej publikacji na nie odpowiedzieć.

MKI: Rozważanie zależności między prawem a ekonomią jest niemalże dominującym kierunkiem współ-

6 Zgodnie z obecnym trendem realizowanym w ramach Wspólnej Polityki Rolnej Unii Europejskiej (oddziałuje na rolnictwo państw europejskich niebędących członkami UE, np. Szwajcarii), stosowane są m.in. takie narzędzia tej polityki, które ograniczają produkcje rolną na rzecz działalności pozarolniczej, ale jednocześnie zapewniają rolnikom dochody zgodnie z podstawowym celem WPR, tj. osiągania przez rolników odpowiedniego parytetu dochodów.

7 Książka została opublikowana w 2010 r.

czesnej filozofii prawa. Nie przypadkiem nurt ten rozwija się w USA, gdzie większą wagę przywiązuje się do edukacji studentów prawa w zakresie ekonomii. W Europie utrzymuje się tradycyjny model kształcenia prawników, polegający na analizie przepisów prawnych. Czy Pani zdaniem model europejski wyklucza współpracę prawników i ekonomistów? Co należałoby zrobić, by doprowadzić do tej współpracy?

EO: Współpraca naukowców wywodzących się z odmiennych dziedzin, którzy siłą rzeczy mają różne podejście badawcze, jest zawsze wyzwaniem. Przypomnę, że uczeni zaangażowani w nurcie zwanym *new institutional economics* (zainspirowani pracami Ronalda Coase'a i Douglassa Northa[8]) to zarówno prawnicy, jak i ekonomiści. Mimo przewagi liczebnej naukowców amerykańskich w stosunku do europejskich, wciąż rośnie grupa Europejczyków chcących przekraczać bariery obu tych ważnych dyscyplin. Myślę, że z biegiem czasu w kształceniu prawniczym powinny nastąpić zmiany, tak by studenci uczyli się analizować ekonomiczne i polityczne uwarunkowania poszczególnych rozwiązań prawnych, a nie ograniczali się do studiowania jedynie tego, co zawarte jest w przepisach. Będzie to ważny krok naprzód.

MKI: W sferze własności prywatnej znane jest zjawisko oddzielenia kapitału od zarządu, np. akcjonariusze sami nie zarządzają korporacją, lecz upoważniają w tym celu menedżerów. W wielu przypadkach właściciele nie widzą powodu, by osobiście angażować się w proces zarządzania, czerpią jednak korzyści finansowe. Czy problem ten pojawia się w obszarze finansowania i wytwarzania publicznych dóbr i usług?

EO: Jeżeli mamy do czynienia ze wspólną własnością licznej grupy ludzi, a zarządzaniem zajmuje się ktoś inny, to wówczas zawsze powstaje problem bierności właścicieli wobec menedżerów, chyba że pojawi się jakaś bardzo istotna kwestia mająca duże znaczenie dla właścicieli. Tak właśnie się dzieje, i to zarówno w sektorze prywatnym jak i publicznym. Gdy chodzi o ten ostatni, w szczególności w ramach rozbudowanych struktur zarządzanych przez administrację państwową, gdzie obywatele mają poczucie, że nie mają żadnego wpływu na bieg spraw publicznych lub jest on niewielki.

Przykładowo, w trakcie prowadzonych na terenie stanu Indiana badań nad funkcjonowaniem policji nie udało nam się znaleźć inspektoratu policji (*police departament*) obejmującego rozległe terytorium, który mógłby oddziaływać na zewnątrz tak samo jak inspektoraty o niewielkim lub średnim obszarze działania. Obywatele mieszkający na terenie mniejszych terytorialnie obwodów byli znacznie lepiej poinformowani przez policję o poszczególnych zdarzeniach i w rezultacie wykazywali np. większe zaangażowanie w niesienie pomocy lub inne działania mające charakter współpracy z policją.

MKI: Doktryna komunizmu głosi, że sprawiedliwość społeczną i wydajność ekonomiczną najłatwiej osiągnąć, gdy własność ma charakter społeczny i rozwija się pod kontrolą państwa. Po dokonaniu transformacji ustrojowej, zapoczątkowanej w Polsce w 1989 r., przeważa przeciwny trend, zgodnie z którym tylko własność prywatna się „sprawdza". Czy własność wspólna ma zatem sens tylko wówczas, kiedy z przyczyn „technicznych" niemożliwe jest jej zastąpienie przez własność prywatną, czy też z innych przyczyn może być brana pod uwagę jako alternatywa dla własności prywatnej?

EO: Zarówno doktryna socjalizmu, jak i teorie dotyczące wolnego rynku wskazują najdoskonalszą, oczywiście odpowiednio różną, formę zarządzania własnością. Prowadząc nasze badania, przekonaliśmy się, że za pomocą absolutyzujących jakąś formę własności teorii nie stworzy się prawidłowego modelu analizy. Mam na myśli model dotyczący wpływu struktur poszczególnych instytucji na rozwiązania praktyczne oraz na opracowywanie nowych, właściwych kierunków polityki społecznej. Przywołam przy-

8 D.C. North, *The New Institutional Economics and Development*, Washington University in St. Louis, 1992, s. 1.; D.C. North, *Economic Performance Through Time*, wykład noblowski, 19 grudnia 1993 r. Również: „The American Economic Review" 1994, vol. 84 (3), s. 359–368. R. Coase, *The Nature of the Firm*, „Economica" 1937, vol. 4, s. 386–405. *The Lighthouse in Economics*, „Journal of Law and Economics" 1974, vol. 17, s. 357–376; *The New Institutional Economics*, „American Economic Review, Papers and Proceedings" 1998, vol. 88(2), s. 72–74.

kład z zakresu nauk przyrodniczych: w medycynie już dawno dowiedziono, że jeżeli chcemy sobie poradzić z problemami zdrowotnymi człowieka, ograniczenie się tylko do jednego rozwiązania jest nieprawidłowe i wysoce nieskuteczne. W naszej pracy badawczej nieustająco walczymy o to, by wyrwać się z „uścisku recept" na ludzkie trudności. Powoli, lecz niezłomnie zmierzamy w naszych badaniach do wykazania, że istnieje znaczna różnorodność rozwiązań instytucjonalnych, które mogą przynieść pomyślne rezultaty.

Złożoność i różnorodność struktur zarządzania nie muszą oznaczać chaosu[9].

★★★

Dorobek naukowy Elinor Ostrom obejmuje prace z zakresu ekonomii, teorii organizacji, nauk politycznych i administracji publicznej.

Najważniejsze publikacje

Książki

1. M.A. Janssen, E. Ostrom, A.R. Poteete, *Working Together: Collective Action, the Commons, and Multiple Methods in Practice*, Princeton 2010.
2. *Understanding Knowledge as a Commons: From Theory to Practice*, Ch. Hess, E. Ostrom (red.), Cambridge 2007.
3. *Linking the Formal and Informal Economy: Concepts and Policies*, B. Guha-Khasnobis, R. Kanbur, E. Ostrom (red.), Oxford 2006.
4. E. Ostrom, *Understanding Institutional Diversity*, Princeton 2005.
5. K. Andersson, C. Gibson, E. Ostrom, Sujai Shivakumar, *The Samaritan's Dilemma: The Political Economy of Development Aid*, Oxford 2005.
6. *Seeing the Forest and the Trees: Human-Environment Interactions in Forest Ecosystems*, E. Moran, E. Ostrom (red.), Cambridge 2005.
7. *Asian Irrigation in Transition: Responding to Challenges*, E. Ostrom, G. Shivakoti, D. Vermillion, Wai Fung Lam, Ujjwal Pradhan, R. Yoder (red.), New Delhi 2005.
8. *Foundations of Social Capital*, T.K. Ahn, E. Ostrom (red.), Cheltenham 2003.
9. *The Commons in the New Millennium: Challenges and Adaptations*, N. Dolšak, E. Ostrom (red.), Cambridge 2003.
10. *Trust and Reciprocity: Interdisciplinary Lessons from Experimental Research*, with. Ostrom, J. Walker (red.), New York 2003.
11. *The Drama of the Commons*, T. Dietz, N. Dolšak, E. Ostrom, P.C. Stern, S. Stonich, E. Weber (red.). Committee on the Human Dimensions of Global Change, Washington 2002.
12. *Improving Irrigation Governance and Management in Nepal*, E. Ostrom, G. Shivakoti (red.), Oakland 2002.
13. *Protecting the Commons: A Framework for Resource Management in the Americas*, J. Burger, R.B. Norgaard, E. Ostrom, D. Policansky, B.D. Goldstein (red.), Washington 2001.
14. *Institutions, Ecosystems, and Sustainability*, R. Costanza, B. Low, E. Ostrom, J. Wilson (red.), Boca Raton 2001.
15. *People and Forests: Communities, Institutions, and Governance*, C. Gibson, M.A. McKean, E. Ostrom (red.), Cambridge 2000.
16. *Competition & Cooperation: Conversations with Nobelists about Economics and Political Science*, J. Alt, M. Levi, E. Ostrom (red.), New York 1999.
17. *Local Commons and Global Interdependence: Heterogeneity and Cooperation in Two Domains*, R. Keohane, E. Ostrom (red.), London 1995.
18. *Rules, Games, and Common-Pool Resources*, R. Gardner, E. Ostrom, J. Walker (red.), Ann Arbor 1994.
19. *From Farmers' Fields to Data Fields and Back: A Synthesis of Participatory Information Systems for Irrigation and Other Resources*, Sowerwine, Jennifer, E. Ostrom, Ganesh Shivakoti, Ujjwal Pradhan, Ashutosh Shukla (red.). Sprawozdanie z prac

9 E. Ostrom określa złożoność systemów zarządzania wspólnymi zasobami jako *polycentric governance complex economic system*. Termin *polycentric system* oznacza przeciwieństwo centralistycznego systemu, oparty jest bowiem na samoorganizacji i regułach postępowania ustalonych przez uczestników (użytkowników). Kompleksowość materii będącej przedmiotem zarządzania nie stoi na przeszkodzie wprowadzenia systemu policentrycznego; przeciwnie, właśnie taki system dobrze sobie „radzi" ze złożoną naturą danego dobra (zasobu). „Policentric systems can cope with complexity" – stwierdziła Elinor Ostrom w wykładzie noblowskim pt. *Beyond Markets and States: Polycentric Governance of Complex Economic Systems*, wygłoszonym 8 grudnia 2009 r. na Uniwersytecie Sztokholmskim).

International Workshop, Institute of Agriculture and Animal Science (IAAS), Rampur, Nepal, 21–26 marca 1993. Colombo, Sri Lanka: International Irrigation Management Institute (IIMI), Rampur 1994.
20. E. Ostrom, L. Schroeder, S. Wynne, *Institutional Incentives and Sustainable Development: Infrastructure Policies in Perspective*, Boulder 1993.
21. E. Ostrom, *Crafting Institutions for Self-Governing Irrigation Systems*, San Francisco 1992.
22. E. Ostrom, *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*, New York 1990.
23. R. Bish, E. Ostrom, V. Ostrom, *Local Government in the United States*, San Francisco 1988.
24. R. Bish, E. Ostrom, V. Ostrom, *Il governo locale negli Stati Uniti*, Milano 1984.
25. *Strategies of Political Inquiry*, E. Ostrom (red.), Beverly Hills 1982.
26. S. Mastrofski, E. Ostrom, R.B. Parks, S.L. Percy, G.P. Whitaker, *Basic Issues in Police Performance*, Department of Justice, Washington 1982.
27. E. Ostrom, R.B. Parks, G.P. Whitaker, *Patterns of Metropolitan Policing*, Cambridge 1978.
28. E. Ostrom, R.B. Parks, G.P. Whitaker, *Policing Metropolitan America*, Washington 1977.
29. *The Delivery of Urban Services: Outcomes of Change*, E. Ostrom (red.), „Urban Affairs Annual Reviews", vol. 10, Beverly Hills 1976.
30. W. Baugh, R. Guarasci, E. Ostrom, R.B. Parks, G.P. Whitaker, *Community Organization and the Provision of Police Services*, „Professional Papers in Administrative and Policy Studies", Beverly Hills 1973.

Artykuły w czasopismach i wydawnictwach zbiorowych (kolejność według listy cytowań w bazie danych JSTOR)

Collective Action and the Evolution of Social Norms, „The Journal of Economic Perspectives" 2000, nr 3, s. 137–158.
The Danger of Self-Evident Truths, „Political Science and Politics" 2000, nr 1, s. 33–44.
Some Thoughts about Shaking Things up: Future Directions in Political Science, „PS: Political Science and Politics" 2002, nr 2, s. 191–192.
A Behavioral Approach to the Rational Choice. Theory of Collective Action, „The American Political Science Review" 1998, nr 1, s. 1–22.
Does Local Community Control of Police make a Difference? Some Preliminary Findings, „American Journal of Political Science" 1973, nr 1, s. 48–76.
Coping with Asymmetries in the Commons: Self-Governing Irrigation Systems Can Work, „The Journal of Economic Perspectives" 1993, nr 4, s. 93–112.
Insights on Linking Forests, Trees, and People from the Air, on the Ground, and in the Laboratory, „Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America" 2006, nr 51, s. 19224–19231.
A Grammar of Institutions, „The American Political Science Review" 1995, nr 3, s. 582–600.
Human Ecology and Resource Sustainability: The Importance of Institutional Diversity, „Annual Review of Ecology and Systematics" 1995, nr 3, s. 113–133.

Franciszek Longchamps de Bérier

Antydyskryminacyjna dyskryminacja?

Granice polityki rasowej zakreślane przez Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych

Franciszek Longchamps de Bérier

Ur. w 1969 r. ksiądz katolicki, profesor Uniwersytetu Jagiellońskiego, LL.M. (Georgetown University), kierownik Zakładu Prawa Rzymskiego Wydziału Prawa i Administracji UJ, wykładowca na Uniwersytecie Warszawskim; członek Komitetu Nauk o Kulturze Antycznej PAN, Komitetu Nauk Prawnych PAN, Zespołu Ekspertów Konferencji Episkopatu Polski ds. Bioetycznych; stypendysta Fundacji na rzecz Nauki Polskiej.

Discriminatory Antidiscrimination?

Anti-discriminatory discrimination? Limits of Race Remedial Actions and Policy according to the U.S. Supreme Court

Two recent cases of the United States Supreme Court seem to diverge from the line of precedent commenced with Brown v. Board of Education (1955). The 5 to 4 decisions deplore discriminatory effects of the antidiscrimination policy. Justices are aware of the tension between eliminating segregation and discrimination on the one hand and doing away with all governmentally imposed discrimination based on race on the other. Affirmative action is still constitutional, but the heart of Brown is to achieve a system of determining admission to public schools on a non-racial basis. Remedial actions and regulations have to be narrowly tailored: race might be a component and only one of the factors. If not, the system threatens to defeat its own ends. Therefore, decisions of local authorities can neither use African-American children as tools of desegregation compliance, nor lead to adverse effect on white firefighters. Judicial activism or judicial restraint analysis is political and improper to evaluate the new Court's opinions. But consciousness that every judicial nomination is essential should grow not only in the United States but in the Polish society as well.

Sędzia wobec aktywizmu i powściągliwości?

Każda nominacja sędziego Sądu Najwyższego na nowo otwiera w Stanach Zjednoczonych dyskusję wokół aktywizmu sędziowskiego (*judicial activism*). Nie inaczej było w lipcu 2009 r., kiedy prezydent USA mianował pierwszą latynoamerykańską kobietę – Sonię M. Sotomayor. Zarówno w wypowiedziach przedstawicieli Białego Domu, jak i wokół oraz podczas przesłuchań przed

Senacką Komisją Sądownictwa (Senate Judiciary Committee), które poprzedzają głosowanie Senatu Stanów Zjednoczonych nad zatwierdzeniem nominacji, podkreślano, że od kandydatki oczekuje się poprawnej prawniczej interpretacji żywego dokumentu, jakim jest konstytucja, bez tworzenia prawa z ławy najwyższego organu sądowego federacji. Sędziego zaś uważa się za aktywistę nie tyle wtedy, gdy tworzy prawo, lecz kiedy dąży do realizacji własnych politycznych, ideologicznych lub moralnych celów[1].

Czyżby przeciwstawiana aktywizmowi powściągliwość sędziowska (*judicial restraint*) stanowiła właściwą drogę trzeciej władzy? Po pierwsze, zapewnienia, że sędzia nie będzie tworzył prawa, lecz je stosował, co najwyżej dokonując jego interpretacji – jakby w ogóle możliwe było stosowanie bez interpretacji – formułowane są zwłaszcza pod adresem elektoratu konserwatywnych republikańskich senatorów. Po drugie, przenoszenie dyskusji z płaszczyzny aktywizmu na wykładnię wcale nie oznacza wyrzeczenia się go. Po trzecie, określenia „sędziowski aktywizm" używa się najczęściej do wyrażenia własnego niezadowolenia z rozstrzygnięcia danej sprawy już to z własnej ideologicznej perspektywy, już to na podstawie subiektywnych poglądów w kwestii interpretacji jakiegoś niejednoznacznego postanowienia konstytucji. Po czwarte, zarysowana dwubiegunowość aktywizm – powściągliwość wcale nie jest oczywista[2]. Pewne jest natomiast, że liczne głosy przedkładające powściągliwość nad ewidentnie prawotwórczą działalność sądów, a zwłaszcza Sądu Najwyższego USA, charakteryzują amerykańską debatę publiczną. I nie pojawiają się wyłącznie na użytek procedury, na której podstawie organ władzy ustawodawczej dożywotnio powierza jednej osobie najistotniejszy udział we władzy sądowniczej.

W historii Stanów Zjednoczonych nie wolno aktywizmu sędziowskiego nie doceniać. Dał się wyraźnie zauważyć w działalności Sądu Najwyższego, któremu prezesował Earl Warren. Można by nawet uznać, że okazał się koniecznym początkiem procesu przemian społeczeństwa amerykańskiego XX wieku. W całym zaś orzecznictwie sądu za czasów E. Warrena szczególne miejsce zajmuje sprawa *Brown v. Board of Education*[3] z 1954 r. Rozstrzygnięcie tej sprawy zniosło obowiązującą po wojnie secesyjnej od czasu wydania orzeczenia w sprawie *Plessy v. Fergusson*[4] z 1896 r. doktrynę „oddzieleni, lecz równi" (*separate but equal*), dającą najdotkliwiej odczuwalne w szkolnictwie podstawy do systemowej dyskryminacji rasowej.

> ***Na skutek dziesięcioleci antydyskryminacyjnych zmian doszło w Ameryce do gruntownych przeobrażeń.***

Skład sądzący, któremu przewodniczył E. Warren, jednomyślnie uznał, że przyjmowanie do publicznych szkół na podstawie kryterium segregacji rasowej jest niekonstytucyjne. Doktryna „oddzieleni, lecz równi" odmawia równej ochrony prawnej (*equal protection of the laws*), gwarantowanej XIV poprawką. Taka wykładnia konstytucji musiała skierować Stany Zjednoczone na tory wielkich zmian społecznych, na jakie kraj ten najwyraźniej nie dawały się wprowadzić inaczej. Od wydania orzeczenia w sprawie *Brown v. Board of Education* minęło ponad pół wieku. Na skutek dziesięcioleci antydyskryminacyjnych zmian doszło w Ameryce do gruntownych przeobrażeń w porównaniu z czasami, w których kolor skóry miał zasadnicze znaczenie dla prawnej sytuacji danego człowieka.

1 Por. S. Lindquist, F. Cross, *Measuring Judicial Activism*, Oxford 2009.

2 Por. L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, Warszawa 2000, s. 286.

3 *Brown v. Board of Education*, 347 U. S. 483 (1954).

4 *Plessy v. Fergusson*, 163 U. S. 537 (1896).

Na prezydenta USA wybrano właśnie Amerykanina afrykańskiego pochodzenia, a oto ostatni wyrok w sesji 2008 r. Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych dotyczy dyskryminacji rasowej.

Miasto w nożycach przepisów antydyskryminacyjnych

Orzeczenie w sprawie *Ricci v. DeStefano*[5] wydano 29 czerwca 2009 r. Kontrowersja, którą w nim rozstrzygnięto, powstała w związku z procedurą naboru na wolne etaty oficerskie w straży pożarnej miasta New Haven, znanego na świecie głównie dzięki tamtejszemu Yale University. W 2003 r. wakowało osiem etatów porucznika i siedem etatów kapitana. Awans na jedno ze stanowisk wiązał się dla każdego strażaka ze wzrostem wynagrodzenia i zwiększeniem świadczeń. Promocja musiała oczywiście zostać oparta na kryterium najlepszych kwalifikacji zawodowych. Dlatego kandydatów zasługujących na nią władze lokalne zdecydowały się ustalić – jak w wielu innych miastach – w drodze obiektywnego egzaminu kompetencyjnego. W 60% składał się z części pisemnej, w 40% – z ustnej. Do przygotowania go zatrudniono za 100 tysięcy dolarów wyspecjalizowaną spółkę, która starannie opracowała merytoryczny test, składający się ze 100 pytań wielokrotnego wyboru. Do części ustnej, odbywającej się zawsze przed trzyosobową komisją, zatrudniła wyższych stopniem strażaków z innych stanów. Przeszkoliła ich w stosowaniu kryteriów oceny i tak dobrała, aby w każdym składzie zasiadał Amerykanin pochodzenia afrykańskiego, latynoskiego oraz biały. Na 118 strażaków, którzy przystąpili do egzaminu, zakwalifikowano kandydatów, wśród których prócz białych znalazł się tylko jeden Latynoamerykanin. Wyniki otworzyły zakrojoną na szeroką skalę społeczną dyskusję: zaczęto je kwestionować, gdyż oceniano, że wykazują rasową dysproporcję. Rezultat miał rzucać cień na cały proces kwalifikacji, stąd wezwania, aby władze lokalne odrzuciły wyniki dyskryminacyjnego egzaminu. Niektórzy strażacy zagrozili, że w razie dokonania na jego podstawie promocji wniosą przeciw miastu sprawę na podstawie tytułu VII ustawy o prawach obywatelskich z 1964 r. (*Civil Rights Act of 1964*)[6]. Natomiast strażacy, którzy uważali egzamin za neutralny i przeprowadzony uczciwie, ostrzegli, że nie pozostaną obojętni w razie odmowy jego wynikom mocy wiążącej. Powoływali się na ten sam tytuł *Civil Rights Act*. Władze New Haven stanęły przed trudną decyzją, której podjęcie należało do lokalnej Rady Służby Cywilnej (*Civil Service Board*). Ponieważ jeden z jej członków wyłączył się z uwagi na osobisty związek z kandydatem, głosowanie 2:2 oznaczało odmowę uznania rezultatów egzaminu kompetencyjnego.

Decyzja Rady Służby Cywilnej stała się podstawą procesu wytoczonego burmistrzowi Johnowi DeStefano przez 18 strażaków, którym odmówiono awansu, mimo że zdali egzamin: 17 białych i jeden Latynoamerykanin. Stracili poważną szansę, gdyż – jak podkreślali – egzaminy promocyjne w New Haven odbywają się rzadko, a ich wyniki decydują o zmianach kadrowych na najbliższe dwa lata. Od początku zdawali sobie sprawę, że stawka jest wysoka, dlatego wiele miesięcy poświęcili na przygotowania. Sporo zapłacili za lektury, wskazane jako materiał, na którego podstawie ułożono test. Frank Ricci jako dyslektyk musiał ponadto zatrudnić osoby trzecie do sporządzenia z nich nagrań, co w sumie pochłonęło wydatki przekraczające 1000 dolarów. Sąd federalny I instancji – działający jednoosobowo sąd dystryktowy, opowiedział się po stronie pozwanego miasta. Podtrzymał to orzeczenie sąd apelacyjny – trzyosobowy skład federalnego sądu okręgowego, przyznając rację New Haven. Gdy już o zasiadających w tej sprawie sędziach mowa, warto pamiętać nie to, że z całej czwórki mężczyzną był tylko jeden z sędziów apelacyjnych, lecz że wraz z nim w składzie wyrokowała S. Sotomayor. Następnie strażakom odmówiono stosunkiem głosów 7:6 ponownego rozpatrzenia *en banc*, czyli przez sąd okręgowy w pełnym składzie. Natomiast przez udzielenie *writ of certiorari* zgodził się przyjąć sprawę Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych.

Spór dotyczył w istocie wzajemnej relacji między dwoma przepisami tego samego tytułu VII ustawy o prawach obywatelskich z 1964 r. Nie powstały one równocześnie. W roku pozostawionym w nazwie

5 *Ricci v. DeStefano*, 129 S.Ct. 2658 (2009).

6 42 U.S.C. §2000e *et seq.*

aktu prawnego przyjęto antydyskryminacyjny przepis, za bezprawne uznający postępowanie pracodawcy, w którym nie udało się zatrudnić lub odmówiono zatrudnienia, lub zwolniono kogokolwiek, czy w inny sposób dyskryminowano pod względem wynagrodzenia, świadczeń, czasu, warunków pracy ze względu na rasę, kolor skóry, religię, płeć lub pochodzenie narodowe[7]. Sąd Najwyższy USA przypomniał, że to najbardziej ewidentny typ dyskryminacji[8]. Występuje bowiem wtedy, gdy pracodawca zachowuje się wobec danej osoby mniej przychylnie, niż wobec innych, ze względu na cechę, która właśnie podlega ochronie. Uważający się za niejednakowo traktowanego musi jednak ustalić, że druga strona ma intencję dyskryminacji lub motywy po temu[9]. Zakazano więc w 1964 r. świadomej dyskryminacji w zatrudnieniu nazywanej niejednakowym traktowaniem (*disparate treatment*). W 1971 r. sąd w sprawie *Griggs* v. *Duke Power Co.* interpretował ten przepis również jako zakaz w pewnych okolicznościach praktyk wyglądających na neutralne, lecz dyskryminacyjnych w zastosowaniu. Za probierz uznał brak konieczności, wynikającej z działalności prowadzonej przez zakład pracy (*business necessity*)[10]. Na tej podstawie dochodzi do nowelizacji ustawy o prawach obywatelskich – co prawda dopiero po 20 latach, bo w 1991 r. – przez dodanie postanowienia o zakazie dyskryminacji polegającej na niejednakowym wpływie (*disparate impact*). Pod jej rządami wystarczy ustalić, że określone praktyki w związku z zatrudnieniem stanowią przyczynę dysproporcji, czyli nierównego wpływu, wykazywanego przy uwzględnieniu kryterium rasy, koloru skóry, religii, płci lub pochodzenia narodowego. Pracodawca może się wszelako bronić przed odpowiedzialnością za złamanie tego przepisu tytułu VII, wykazując, że kwestionowane praktyki są związane z danym stanowiskiem pracy i konieczne w działalności, jaką prowadzi dany zakład pracy. Jednak nawet wobec udowodnienia tego przez pracodawcę ponad wszelką wątpliwość powód wygra, jeśli przedstawi, że pracodawca odmawia zastosowania dostępnej, alternatywnej praktyki o mniej niejednakowym wpływie, która służy zgodnym z prawem potrzebom pracodawcy[11]. Wobec gróźb dwóch grup strażaków władze New Haven uświadomiły sobie, że cokolwiek zrobią, nie unikną procesu na podstawie tytułu VII ustawy o prawach obywatelskich z 1964 r. Wskazujący na statystyczną rasową dysproporcję powołają się na niejednakowy wpływ (*disparate impact*) w razie uznania wyników egzaminu. Jeśliby jednak postąpiono zgodnie z ich żądaniami, oskarżenie oprze się na niejednakowym traktowaniu (*disparate treatment*). Niezależnie od przyjętego przez miasto rozwiązania, sąd federalny i tak będzie musiał decyzję ocenić, bo jest to w istocie pytanie o wzajemne relacje obu przepisów tytułu VII. Okazało się, że poprzez odrzucenie wyników egzaminu kompetencyjnego władze lokalne chciały sobie sprawę doraźnie ułatwić. Natomiast Sąd Najwyższy otrzymał ciekawiej sformułowane pytanie: czy dla uniknięcia efektu, określanego jako *disparate impact*, wolno zdecydować się na niejednakowe traktowanie.

Oczywiście na początek należało zbadać, czy wybór miasta stanowił *disparate treatment*. Sąd Najwyższy ocenił, że fakty w toku postępowania już się udało szczegółowo ustalić[12]. Cały materiał dowodowy jednoznacznie wskazuje, iż władze odrzuciły wyniki testu, gdyż najwyższe noty otrzymali biali kandydaci[13]. Bez wątpienia tedy decyzję oparto na kryterium rasowym, którym posługiwanie się bez innego uzasadnienia jest zakazane. Co jednak mogłoby stanowić takie uzasadnienie? W Stanach Zjednoczonych nie ma wątpliwości, że przeciwdziałanie wcześniejszej dyskryminacji rasowej. Tak skierowane działanie musiało zaś siłą rzeczy być oparte na kryterium rasowym i prowadzić do nierównego traktowania mniejszości w porównaniu z białymi obywatelami. Działania takie stanowiła po *Brown v. Board of Education* zwłaszcza akcja afirmacyjna (*affirmative action*), podejmowana dla wsparcia grup dyskryminowanych. Sąd Najwyższy uznał, że tylko silna podstawa dowodowa stanowi decydujące kryterium dla uznania, że działanie naprawcze jest konieczne.

7 42 U. S. C. §2000e–2(a)(1).

8 *Teamsters* v. *United States*, 431 U. S. 324, 335, przyp. 15 (1977).

9 *Watson* v. *Fort Worth Bank & Trust*, 487 U. S. 977, 985–986 (1988).

10 *Griggs* v. *Duke Power Co.*, 401 U. S. 424, 431–432 (1971).

11 42 U. S. C. §2000e–2(A)(i-ii).

12 *Ricci v. DeStefano*, 129 S.Ct. 2665.

13 *Id.*, at 2673.

Przywołał tu swe wcześniejsze orzeczenie w sprawie *Wygant* v. *Jackson Bd. of Ed.*, gdzie zwrócono ponadto uwagę na napięcie, jakie istnieje między z jednej strony eliminacją segregacji i dyskryminacji, a z drugiej – likwidacją wszelkiej administracyjnie narzuconej dyskryminacji, opartej na kryterium rasowym. Natomiast szczególną rolę podstawy dowodowej można dostrzec zwłaszcza wtedy, kiedy działanie naprawcze jest kwestionowane przez pracowników, którzy nie należą do mniejszości[14]. Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku w omawianej sprawie *Ricci v. DeStefano* wskazał na analogię między wspomnianym napięciem a wzajemną zależnością postanowień tytułu VII o niejednakowym traktowaniu i o niejednakowym wpływie. Zdecydował się „silną podstawę dowodową" stosować jako standard, który pozwala na naruszanie – i to tylko w wąsko zakrojonych okolicznościach – jednego z postanowień, aby pozostać w zgodzie z drugim[15].

nego, równie dobrego egzaminu, za to działającego mniej dyskryminacyjnie[16]. Taki wyrok Sądu Najwyższego rozstrzyga przede wszystkim kontrowersję dotyczącą wzajemnych relacji między postanowieniami o *disparate impact* oraz o *disparate treatment* tytułu VII ustawy o prawach obywatelskich z 1964 r. W razie oskarżenia o niejednakowy wpływ skuteczną obronę stanowić będzie silna podstawa dowodowa, że inne postępowanie prowadziłoby do odpowiedzialności z powodu niejednakowego traktowania. W omawianym przypadku należałoby więc mieć solidne dowody, że przygotowane i przeprowadzone testy były merytorycznie nieadekwatne.

Decyzja New Haven okazała się błędna: należało uznać moc wiążącą wyników i nie obawiać się procesu opartego tylko na fakcie liczbowej dysproporcji rasowej. W imię walki z dyskryminacją nie wolno było dyskryminować strażaków, którzy się wyżej uplasowali w egzaminie kompetencyjnym na stano-

> ***Wyobraźnia potrzebuje odwagi w myśleniu nawet o trudnych, ale zgodnych z prawem skutkach, nie zaś uproszczeń lub ideologizacji skupionych na politycznej poprawności.***

Ustanowiwszy standard ustawowej oceny, Sąd Najwyższy stwierdził, że nie został on przez miasto spełniony. Po pierwsze bowiem, w razie uznania wyników egzaminu kompetencyjnego trudno byłoby udowodnić oskarżenie o statystyczną rasową dysproporcję. Miasto odpowiadałoby prawnie tylko wówczas, gdyby test nie miał odniesień do oferowanych stanowisk pracy oraz potrzeb zakładu pracy. Po drugie, brakuje dowodów i uzasadnienia dla twierdzeń, że uznanie wyników przeprowadzonego egzaminu powoduje z konieczności odrzucenie alternatywnego porucznika i kapitana. Zostali niewłaściwie potraktowani odmową awansu, gdyż okazali się w zdecydowanej większości osobami, których się nie uważa za członków mniejszości. Tak tedy sama obawa o wywołanie dyskryminacyjnego efektu nie powinna determinować działań organów administracji. Wyobraźnia potrzebuje odwagi w myśleniu nawet o trudnych, ale zgodnych z prawem skutkach, nie zaś uproszczeń lub ideologizacji skupionych na politycznej poprawności.

Wyrok zapadł różnicą tylko jednego głosu – 5:4. Nieco obszerniejsze od decyzji Sądu zdanie odrębne przedstawiła, wykładając racje całej czwórki, sędzia

14 *Wygant* v. *Jackson Bd. of Ed.*, 476 U. S. 267, 277 (1986); *Richmond* v. *J. A. Croson Co.*, 488 U. S. 469, 500 (1989).

15 *Ricci v. DeStefano*, 129 S.Ct. 2675–2676.

16 *Id.*, at 2678–2681.

Ruth B. Ginsburg. Wyrażając sprzeciw wobec opinii większości, obrała dwa kierunki rozumowania. Przedstawiła przejmującą historię dyskryminacji mniejszości, zwłaszcza w straży pożarnej, oraz efekty trwających całe dziesięciolecia wysiłków na rzecz udostępnienia tam miejsc pracy członkom mniejszości. W latach siedemdziesiątych ubiegłego wieku w New Haven, gdzie stanowili oni 30% populacji, tylko 3,6% strażaków było Afroamerykanami lub Latynoamerykanami. Na początku obecnego stulecia, gdy populacja mniejszości rasowych w tym mieście to 60 (40+20)%, wśród strażaków jest tylko 30% Afroamerykanów i 16% Latynoamerykanów[17]. Pokazując relacje procentowe w korpusie oficerskim, R. Ginsburg wyraziła opinię, że zbyt mało się jeszcze zmieniło i pewne schematy rasowej nierówności niestety nadal pokutują. Drugi kierunek to argumentacja na rzecz tezy, że miasto miało „dobre powody", aby odrzucić wyniki egzaminu kompetencyjnego. Sędzia wskazała, że alternatywnego, równie dobrego testu, który dałby mniej dyskryminacyjne rezultaty, należałoby poszukiwać na przykład po odrzuceniu przyjmowanego tradycyjnie podziału: 60% – egzamin pisemny, 40% – ustny.

Lektura zdania odrębnego: oba, właściwie poboczne wątki oraz polemika ze zdaniem zbieżnym sędziego Samuela A. Alito, każe uznać, że R. Ginsburg właściwie chciała uniknąć konfrontacji z głównymi tezami orzeczenia. Natomiast w świetle obowiązującego prawa większość – z kogokolwiek by się składała – najwyraźniej nie mogła wydać innego orzeczenia. W tej sytuacji mniejszość zyskała okazję zamanifestowania innego poglądu i zdystansowania się do wyników procesu, aby zapewnić o swej wrażliwości na problem dyskryminacji rasowej i – co bardzo ważne – wskazać na wartość historycznej perspektywy dyskutowanych kwestii prawnych.

Przemilczenia zdania odrębnego skłoniły sędziego S. Alito do uzupełnień, jakie zawarł w swym zdaniu zbieżnym z orzeczeniem, za którym głosował. Podkreślił, że sąd podzieliła ocena aspektu obiektywnego, jakim jest legalność konkretnej decyzji pracodawcy, odmawiającego promocji pracownikowi. Sąd odpowiedział inaczej niż mniejszość czworga na pytanie, czy zasadne było powołanie się na tytuł VII *Civil Rights Act of 1964* jako podstawę odrzucenia wyników testu. Zdaniem S. Alito należy baczyć i na aspekt subiektywny, a więc intencje pracodawcy. Nawet mniejszość musi, w jego przekonaniu, przyznać, że przedstawiane przez miasto wyjaśnienia stanowiły tylko pretekst do dyskryminacji strażaków nienależących do mniejszości rasowej. W ocenie adekwatności egzaminu miasto oparło się na zdaniu – jako eksperta – głównego konkurenta prezesa spółki, którą wynajęło do przygotowania i przeprowadzenia kwalifikacji pracowników. Faktem były niewybredne naciski wpływowego w New Haven afroamerykańskiego pastora na burmistrza, który pełniąc swój urząd siódmą kadencję od pewnego czasu cieszył się jego szczerym poparciem. Udowodniono, że jeden z poruczników, starających się o etat kapitański, a przy tym blisko związany z pastorem, dowiedziawszy się, że wynik egzaminu kompetencyjnego nie kwalifikuje go do promocji, umówił się z główną naczelnik administracji miasta na spotkanie w jej biurze, aby przekonywać, że strażacy ściągali na teście. Naczelnik przekazała tę informację Radzie Służby Cywilnej bez weryfikacji. Wreszcie nie ma wątpliwości, że burmistrz J. DeStefano postanowił – korzystając ze swej najwyższej władzy w procesie decyzyjnym – uchylić decyzję Rady, gdyby ta przegłosowała zatwierdzenie wyników egzaminu kompetencyjnego. Wszystko tedy wskazywało, że prawdziwe powody odrzucenia go były bezprawne. Zdaniem S. Alito „chciano udobruchać politycznie ważny elektorat rasowy"[18], kandydaci na stanowisko porucznika i kapitana straży pożarnej zostali przez New Haven po prostu niesprawiedliwie potraktowani.

Strażacy z F. Ricci na czele wnosili swą sprawę nie tylko na podstawie tytułu VII ustawy o prawach obywatelskich z 1964 r. Powoływali się również na klauzulę równej ochrony prawnej z XIV poprawki. Sąd Najwyższy nie zajął się jednak konstytucyjnością, skoro były inne, ustawowe podstawy dla podjęcia decyzji, na jaką liczył skarżący wyrok sądu okręgowego[19]. Sędzia Antonin G. Scalia, zgadzając się z orzeczeniem

17 *Id*., at 2–3 (Ginsburg, J., dissenting).

18 *Id*., at 2684 (Alito, J., concurring).

19 *Ricci v. DeStefano*, 557 U.S. 2672; por. *Atkins* v. *Parker*, 472 U. S. 115, 123 (1985); *Escambia County* v. *McMillan*, 466 U. S. 48, 51 (1984).

Sądu, postanowił dołączyć swe zdanie zbieżne tylko dlatego, aby zauważyć, że nieuchronnie przyjdzie jednak odpowiedzieć na pytanie, czy i w jakim zakresie klauzula *disparate impact* tytułu VII jest zgodna z konstytucyjną gwarancją *equal protection*. Do starcia między nimi dojść musi i lepiej byłoby znaleźć wcześniej sposób ich pogodzenia. Po wydaniu orzeczenia w sprawie *Ricci v. DeStefano* trudność, jego zdaniem, nadal polega na tym, że niezależnie, czy klauzula zakazująca niejednakowego traktowania nie pozwala na działania naprawcze (*remedial*) oparte na kryterium rasowym, gdy i tak nie doszłoby do złamania klauzuli zakazującej dyskryminacji, która polega na niejednakowym wpływie – co do czego sąd właśnie zdecydował – tytuł VII bez wątpienia nie tylko pozwala, lecz pozytywnie wymaga takich działań, gdy naruszenie zakazu niejednakowego wpływu inaczej by powstało. Należy brać pod uwagę wszystkie okoliczności pamiętając nadto, że państwo musi traktować swych obywateli jako konkretne jednostki, a nie tylko część rasowej, religijnej, seksualnej lub narodowej grupy[20].

> *Państwo musi traktować swych obywateli jako konkretne jednostki, a nie tylko część rasowej, religijnej, seksualnej lub narodowej grupy.*

Antydyskryminacyjna inicjatywa kuratoriów

W tym kontekście warto przypomnieć, że kwestionując antydyskryminacyjne praktyki władz lokalnych, na klauzuli *equal protection* skutecznie oparli swą apelację rodzice w sprawie, w której wyrok ogłoszono dwa lata i jeden dzień wcześniej niż w *Ricci v. DeStefano*. Wywołał spore zaskoczenie i falę poważnych sporów, które przetoczyły się przez Stany Zjednoczone, o czym niech świadczy fakt, że cały pierwszy, powakacyjny numer „Harvard Law Review" w 2007 r.[21] poświęcono dyskusji nad treścią i konsekwencjami tego orzeczenia. Sprawa, o której mowa – *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No 1*[22], za przedmiot również miała dyskryminacyjny efekt antydyskryminacyjnych działań, choć nie dotyczył on tylko obywateli zaliczanych do mniejszości. Głosy sędziów Sądu Najwyższego ułożyły się pod względem składu personalnego identycznie, jak w *Ricci v. DeStefano* – większość pięciu i mniejszość czworga.

Przedmiotem oceny Sądu stały się dwa przypadki z odległych krańców USA: z Seattle w stanie Washington i z Louisville w stanie Kentucky. Kuratoria obu miast z własnej inicjatywy przyjęły dla szkół publicznych plany skierowań uczniów, oparte na kryterium przynależności rasowej każdego z nich. Celem alokacji było zapewnienie równowagi rasowej, zakładanej w ramach danego okręgu szkolnego. W Louisville, największym mieście stanu, dokładnie to określono, wyznaczając liczbę przyjęć czarnych uczniów: minimalnie 15%, maksymalnie 50%. Klasyfikacja rasowa polegała tu bowiem na różnicowaniu „czarni" i „inni", w Seattle zaś według kryterium „biali" i „nie-biali". W stanie Washington sprzeciw rodziców wywołały skierowania uczniów dziewiątej klasy, czyli starających się o przyjęcie do szkół średnich, w stanie Kentucky – dzieci idących do zerówki. W Seattle młodzież wybierała dowolną szkołę, wskazując dla siebie ranking następnych. Przyjęcia odbywały się według decyzji uczniów, ale w razie zapełnienia miejsc prowadzono „dogrywkę" w oparciu o trzy, stosowane kolejno kryteria. Pierwszym była

20 *Miller v. Johnson*, 515 U. S. 900, 911 (1995).

21 121 Harv. L. Rev. 4–183 (2007).

22 *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No 1*, 551 U. S. 701 (2007).

szkoła, do której już uczęszczało rodzeństwo; drugim klasyfikacja rasowa, a dopiero trzecim bliskość miejsca zamieszkania. Chłopca z ADHD i dysleksją zakwalifikowano już do zalecanej mu wcześniej ze względu na osobiste predyspozycje szkoły, gdzie jednak nie został przyjęty na skutek reguł „dogrywki". Był biały, a więc *integration positive*, i skierowano go gdzie indziej. W Louisville matka próbowała zapisać sześciolatka do najbliższej szkoły, położonej w odległości mili. Ponieważ miejsce się nie znalazło, kuratorium wskazało inną, tyle że odległą aż o 10 mil. Matka dowiedziała się o wolnych miejscach w innej zerówce milę od domu. Tam jednak odmówiono przyjęcia, gdyż czarny chłopiec potrzebny był właśnie w odległej placówce, aby zapewnić równowagę rasową. Rzekomo „przeniesienie miałoby niepożądany skutek dla zgodności z prowadzoną desegregacją"[23].

W hrabstwie Jefferson, na którego terenie leży Louisville, prowadzono w przeszłości akcję afirmacyjną. W 1973 r. sąd federalny ocenił, że utrzymywany tam system szkolny był oparty na segregacji rasowej, dlatego w 1975 r. wszedł w życie sądowy dekret desegregacyjny. W 2000 r. dystryktowy sąd federalny zakończył jego obowiązywanie w konsekwencji stwierdzenia, że osiągnięto jednolitość przez eliminację – na ile to w praktyce możliwe – pozostałości dawnej polityki segregacji. W Seattle natomiast szkoły nigdy nie działały w oparciu o kryterium rasowe ani też nie wydano żadnych nakazów desegregacji. W Stanach Zjednoczonych przez dziesięciolecia akcję afirmacyjną prowadziły sądy i administracja. Dyskutowane w *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No 1* plany desegregacyjne kuratoriów zostały wdrożone dobrowolnie, jako wyraz społecznej wrażliwości na zagrożenie dla obywateli konsekwencjami dysproporcji rasowej. Widać jednak, że w jednym nigdy, w drugiej zaś już nie było uzasadnienia dla podejmowania akcji afirmacyjnej w przyjęciach do szkół. Toteż w wytoczonych sprawach zakwestionowano dobrowolnie przyjętą przez kuratoria klasyfikację rasową, a w szczególności podważano konstytucyjność skutków starań o zapewnienie rasowej równowagi. Podstawą skarg stało się twierdzenie, że oparcie rozmieszczenia uczniów tylko na tym jednym kryterium przynależności narusza zasadę równej ochrony prawnej, gwarantowaną przez XIV poprawkę.

W obu przypadkach apelacyjne sądy okręgowe przyznały rację kuratoriom. Uznano, że – jak wymaga tego wysoki standard badania zgodności z konstytucją (*strict scrutiny*) – władzom oświatowym udało się udowodnić, iż regulacja leży w istotnym interesie państwa (*compelling state interest*) oraz została „skrojona na miarę", tzn. bardzo dokładnie ją przygotowano, aby służyła temu interesowi i pozwalała osiągnąć w zasadzie tylko pożądany cel. Podtrzymując wyrok sądu dystryktowego w Zachodnim Dystrykcie Kentucky, sąd Szóstego Okręgu uznał nawet, że pisemne uzasadnienie „nie służyłoby żadnemu użytecznemu celowi"[24]. Wszystkich tych przekonań nie podzielił Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych.

W sprawie *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No 1* Sąd Najwyższy zauważył, że tak ekstremalne środki, jak przyjęte przez kuratoria, wymagają solidnego wykazania, iż wyłącznie przy ich zastosowaniu daje się osiągnąć pożądany cel, który leży w istotnym interesie państwa. Po pierwsze jednak, rasa nie stanowiła jednego z kryteriów ważenia i oceny, prowadzących do podjęcia decyzji, lecz jedyne kryterium. Stąd i zamierzona różnorodność mogła być jednowymiarowa, a klasyfikacje „biali" – „nie-biali" oraz „czarni" – „inni" stanowiły grube uproszczenie. Po drugie, przeciw kuratoriom przemawiała odpowiedź na pytanie o alternatywne plany skierowań. W Seattle rozważano kilka innych, w których akurat nie proponowano wyraźnej klasyfikacji rasowej, ale wszystkie odrzucono, nie rozpatrując ich zbyt wnikliwie. Co zaś się tyczy hrabstwa Jefferson – w materiale dowodowym nie ma śladu rozważań na temat alternatywnych rozwiązań. W konsekwencji większość pięciu sędziów w łonie Sądu Najwyższego USA połączyła ocena, że władzom oświatowym nie udało się satysfakcjonująco uzasadnić swego postępowania.

Czterech sędziów spośród większości zdecydowało się nawet uznać, że oceniane plany skierowań są nie-

23 *Id.*, at 717.

24 *Id.*, at 718.

konstytucyjne. W ich opinii, dbałość jedynie o równowagę rasową jest bezprawna, gdyż służy demografii rasowej, a nie realizacji jakiejkolwiek pedagogicznej koncepcji poziomów różnorodności, potrzebnych do osiągania oczekiwanych przez kuratoria korzyści edukacyjnych. Zresztą akceptacja, że dążenie do równowagi rasowej stanowi istotny interes państwa, może następnie uzasadniać wprowadzanie proporcjonalności rasowej w całym społeczeństwie amerykańskim. Pisząc w imieniu tej względnej większości (*plurality*), prezes John G. Roberts dokonał także reinterpretacji dziedzictwa *Brown v. Board of Education*. Prezentując właściwie nowe rozumienie orzeczenia z 1954 r., stwierdził, że jego rdzeniem jest zakaz klasyfikacji, a w konsekwencji odmiennego traktowania na podstawie kryterium rasowego[25]. Krytyka takiej wykładni pochodziła już od kolegów z ławy Sądu Najwyższego. Sędzia Stephen G. Breyer w zdaniu odrębnym, do którego przyłączyła się trójka sędziów, głosujących za utrzymaniem wyroków sądów apelacyjnych, nie szczędził ostrych słów, sugerując, że większość odeszła od dorobku „długiej historii i moralnej wizji"[26] XIV poprawki, co staje się zagrożeniem dla „nadziei i obietnicy ze strony orzeczenia w sprawie *Brown*"[27]. Jednak wydaje się, że zdaniem prezesa – po przeszło 50 latach i wielu zmianach, do jakich już doszło – czas na inne, dojrzalsze spojrzenie na orzeczenie z 1954 r. Po jego wydaniu należało podjąć starania o przeciwdziałanie segregacji. Dziś, gdy kontekst społeczny uległ istotnym przemianom[28], należy się raczej strzec, aby stosowane środki nie stawały się źródłem segregacji. Segregacja odwrotna, a więc skierowana przeciw tym, którzy nie należą do mniejszości, jeśli w ogóle jest dopuszczalna, stanowi wyjątek, a nie regułę. Jej zasadność obarczona jest bardzo trudnym dowodem i podlega wysokiemu standardowi oceny konstytucyjności. I gdy czyta się oba wyroki, powstaje wrażenie, że jej czas właściwie już minął. Nie tylko dlatego, że inny jest teraz skład Sądu Najwyższego. Sędzia John P. Stevens kończy swe zdanie odrębne dramatycznym wyznaniem: „jest moim głębokim przekonaniem, że żaden z członków Sądu, do którego dołączyłem w 1975 r., nie zgodziłby się z dzisiejszą decyzją"[29]. Skład może podlegać zmianom jeszcze w wielu kierunkach. Przede wszystkim jednak inne są okoliczności, w których przychodzi stosować konstytucję.

Sędzia Anthony M. Kennedy wydaje się ostrożniejszy niż reszta kolegów z grupy tworzącej większość w orzeczeniu w sprawie *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No 1*. Podziela ich przekonanie, że plany skierowań stwarzają zagrożenie, gdyż nie zostały „skrojone na miarę", aby realizować istotny interes państwa. Toteż mogą prowadzić do efektów przeciwnych niż słusznie zamierzone. Nie jest również w stanie zrozumieć, jak tępy dwójpodział: „biali" – „nie-biali" oraz „czarni" i „inni" miałby przybliżać realizację jakichkolwiek celów oświatowych. Nie może natomiast ulec nieugiętym dążeniom – zarzuca je kolegom z grupy, stanowiącej większość – aby uznać, iż rasa nie może stanowić kryterium tam, gdzie w istocie mogłyby być brana pod uwagę. Jeśli bowiem władze oświatowe obawiają się, że rasowy skład szkół grozi nierównością w dostępie do edukacji, mogą podejmować działania, kierując się między innymi kryterium rasowym. Tak np. przy wyborze miejsca do założenia nowej szkoły czy przy rejonizacji szkolnej ze świadomością lokalnego układu demograficznego, przy rozdysponowaniu środków na programy specjalne, przy rekrutacji uczniów i nauczycieli, przy prowadzeniu statystyk. Czynnik rasowy może być bowiem, zgodnie z prawem, brany pod uwagę jako jeden z argumentów przy podejmowaniu decyzji[30]. Podobnie obok środków rasowo neutralnych pod względem treści, które służą osiąganiu celów edukacyjnych, uważa za dopuszczalną

25 *Id*., at 743. Por. np. A. Ancheta, *A Constitutional Analysis of Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No 1and Voluntary School Integration Policies*, s. 11, przygotowana we wrześniu 2007 r. dla Charles Hamilton Houston Institute for Race and Justice, Harvard Law School, dostępna: http://www.charleshamiltonhouston.org/assets/documents/publications/Ancheta%20-%20Constitution%20Analysis%20of%20PICS.pdf.

26 *Id*., at 866 (Breyer, J., dissenting).

27 *Id*., at 867.

28 Por. *Grutter v. Bollinger*, 539 U. S. 306, 343 (2003).

29 *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No 1*, 551 U.S. 803 (Stevens, J., dissenting), choć sam opowiedział się za neutralnością rasową w swym zdaniu odrębnym do sprawy *Fullilove v. Klutznick*, 448 U. S. 448, 532 (1980) (Stevens, J., dissenting).

30 *Id*., at 788–789 (Kennedy, J., concurring).

– jeśli to konieczne – bardziej subtelną, indywidualną ocenę potrzeb szkoły oraz cech studentów, która mogłaby zawierać rasę jako komponent[31].W istocie więc głos A. Kennedy'ego oznacza, że stworzył z czwórką, stanowiącą mniejszość i podpisaną pod dwoma zdaniami odrębnymi, większość, która podziela zdanie sądów niższych instancji, że unikanie rasowej izolacji oraz promowanie różnorodności leży w istotnym interesie państwa. I nie narusza klauzuli *equal protection* posługiwanie się w polityce edukacyjnej kryteriami, które biorą pod uwagę przynależność rasową.

Niepraktyczne rozróżnienie?

Sędzia A. Kennedy oddał w sprawie *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No 1* głos decydujący. Trzymał się nieco z boku konserwatywnej czwórki, choć zapewnił jej sukces[32]. W sprawie *Ricci v. DeStefano* to on napisał wyrok i zgodził się być liderem grupy. Jak zaznaczono, trudno jednak było spodziewać się innego orzeczenia. Tak tedy chyba nie doszło do istotnej zmiany w stanowisku A. Kennedy'ego. W obu sprawach zaznacza się jego konsekwentny sprzeciw wobec odwrotnej dyskryminacji. Czasem się mówi, że bardzo mu odpowiada rola języczka u wagi. Odgrywa ją z jeszcze większym powodzeniem po przejściu na emeryturę Sandry D. O'Connor, dotąd najbliższej mu pod względem zapatrywań. Podobno nie ignoruje uwagi mediów, a nawet lubi, gdy o nim głośno – złośliwości płyną z obu stron. Liberałowie mają mu za złe głosowanie ze skrzydłem konserwatywnym, konserwatyści nie darzą zaufaniem, nie mogąc zapomnieć zwłaszcza orzeczenia *Lawrence v. Teras*[33]. Pisał tam w imieniu sądu wyrok w sprawie dobrowolnej sodomii dokonanej w miejscu prywatnym. Samemu A. Kennedy'emu wydaje się odpowiadać rola personifikacji umiarkowania. I trzeba przyznać, że służy amerykańskiemu porządkowi prawnemu. Co więc oznacza jego uwaga w zdaniu zbieżnym *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No 1* o nieugiętym, nieustępliwym dążeniu względnej większości, żeby uznać, iż rasa nie może stanowić kryterium oceny? Czyżby to ostrzeżenie przed aktywizmem sędziowskim? Uwaga ta, jak i wszystkie dość zachowawcze głosowania, to przynajmniej wyraz niechęci wobec pomysłów przeprowadzania – przez każdą z czwórek – własnych projektów moralnych, ideologicznych lub politycznych.

Na okoliczność własnych sędziowskich wizji przesłuchiwała strażaków Senacka Komisja Sądownictwa. W procedurze zatwierdzania nominacji S. Sotomayor zeznawali F. Ricci oraz Ben Vargas – jedyny latynoamerykański kandydat, zakwalifikowany na podstawie egzaminu kompetencyjnego. Ostro krytykowali zdawkowe orzeczenie sądu apelacyjnego dla Drugiego Okręgu, w którego składzie orzekała. Sprawa mogła dostarczyć Senatowi dowodów polityki rasowej, uprawianej przez sądy. Wiele bowiem wskazywało, że konsekwencją wyroku, wydanego przez skład z udziałem S. Sotomayor, będzie przyzwolenie pracodawcom na stosowanie preferencji i kwot rasowych na szeroką skalę. Sędzia federalnego sądu apelacyjnego, mianowana dożywotnio[34], mogła nie spodziewać się szczegółowych

> ***Unikanie rasowej izolacji oraz promowanie różnorodności leży w istotnym interesie państwa.***

31 *Id.*, at 790.

32 J. Harvie Wilkinson III, *The Seattle and Louisville School Cases: There is no Other Way*, 121 Harv. L. Rev. 158, 171 (2007), widzi istotne podobieństwo z postawą sędziego Lewisa F. Powella w sprawie *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U. S. 265 (1978).

33 *Lawrence v. Teras*, 539 U. S. 558 (2003). Por. M. Tushnet, *A Court Divided. The Renquist Court and the Future of Constitutional Law*, New York – London 2005, s. 156–179.

34 Art. III Konstytucji Stanów Zjednoczonych. Por. np. A. Ludwikowska, R. Ludwikowski, *Sądy w Stanach Zjednoczonych. Struktura i jurysdykcja*, Toruń 2008, s. 37–39.

badań jej zachowań, wyborów, a przede wszystkim motywacji. Nową nominację otrzymała na miesiąc przed wyrokiem Sądu Najwyższego *Ricci v. DeStefano*. Jego brzmienie uczyniło ze strażaków ważnych świadków w sprawie jej domniemanego aktywizmu.

Gdy śledzi się kolejne przesłuchania przed Senacką Komisją Sądownictwa – od nominacji w 1987 r., następnie niezatwierdzonego, sędziego Roberta Borka – widać, że kolejni kandydaci starają się odpowiadać jak najgrzeczniej i unikają wyczerpujących wypowiedzi. Zresztą Senat wyraźnie im na to pozwala. Czy jednak dla poznania poglądów trzeba ich dopiero dopuścić dożywotnio do sądzenia? O Davidzie H. Souterze, którego miejsce zajęła S. Sotomayor, niewiele wiedziano. Z drugiej strony proces polityczny ma swoje uwarunkowania. Prezydent mianuje sędziów w nadziei, że większość, jaką ma jego partia w Senacie, gwarantuje potwierdzenie decyzji. Senatorowie nie są wszelako funkcjonariuszami organizacji, lecz sojusznikami i partnerami lidera – dość niezależnymi. To ułatwia jawne wypracowywanie lepszych dla kraju rozwiązań na wypadek, gdyby prezydent się pomylił, jak George W. Bush mianując w październiku 2005 r. inną kobietę – Harriet E. Miers. Z uwagi na brak doświadczenia na stanowisku sędziowskim i obawy o zbytni liberalizm odmówili jej poparcia niektórzy członkowie republikańskiej większości w Senacie.

Przesłuchania mogłyby się stać okazją do przybliżania, wyjaśniania roli sędziego, który jest także nauczycielem prawa. Dlaczego takim nauczycielem nie mógłby być nominat, tłumaczący przed Senatem całemu Narodowi, że niełatwo uchwycić różnicę między tworzeniem a stosowaniem prawa przez sędziego, który w konkretnym stanie faktycznym dokonuje wykładni żywego dokumentu, jakim jest konstytucja? Rozróżnienie *judicial activism – judicial restraint* celnie opisuje dwa aspekty jego działalności w amerykańskim wymiarze sprawiedliwości. Patrząc na nią z perspektywy angielskiego *common law*, Herbert L.A. Hart posłużył się metaforami koszmaru i szlachetnego snu. Społeczeństwu się zdaje, że sędzia stosuje prawo, ale go nie tworzy. W rzeczywistości w toku wykładni przyjmuje rozwiązania, co do których nie ma gwarancji, że nie zostały zdecydowane w oparciu o kryteria polityczne. Z drugiej strony powstaje wrażenie, że sądy – nawet zmieniając swe wcześniejsze rozstrzygnięcia – zawsze szukają prawa i mówią, jakie ono jest, ale go w tym procesie nie tworzą[35]. Podzielił zdanie Alexisa de Tocqueville, że w Stanach Zjednoczonych „nie ma właściwie wydarzeń politycznych, w których władza sędziowska nie odgrywałaby jakiejś roli"[36]. Ocena francuskiego myśliciela jest nawet bardziej trafna dziś niż wtedy, gdy ją formułował. W procesie zatwierdzenia mianowanego sędziego opinia publiczna pyta przede wszystkim o stosunek do najbardziej wrażliwych społecznie i politycznie kwestii: aborcję, związki osób tej samej płci, modlitwę w szkole publicznej. O ile jednak rozróżnienie *judicial activism – judicial restraint* świetnie służy opisowi, o tyle nie musi się sprawdzać w samym procesie podejmowania sędziowskiej decyzji. Sędzia musi ogłosić obowiązujące prawo w konkretnej sytuacji na podstawie nie tylko norm, ale i zasad oraz wartości – także konstytucyjnych. Rola tych ostatnich jest szczególnie ważna, a przy tym eksponowana, podczas wyrokowania przez sąd najwyższy lub konstytucyjny. Wynik pracy sędziego czy wypadkowa pracy sędziów, którzy na podstawie przedstawionych w materiale dowodowym faktów mają szukać prawa, może czasem budzić zdziwienie. Raczej nie zaskakuje prawnika, że możliwe jest zastosowanie przez judykaturę różnych metod wykładni, uzasadnionych względami na daną

> ***Nic nie jest w prawie Stanów Zjednoczonych oczywiste poza konstytucją.***

35 H.L.A. Hart, *Essays In Jurisprudence and Philosophy*, Oxford 1983, s. 123–144.

36 A. de Tocqueville, *O demokracji w Ameryce*, przeł. M. Król, Warszawa 1976, s. 93.

sytuację. Zwykła praktyka prawnicza nie wyznacza granic stosowania prawa. Wydanie wyroku przynosi ostatecznie to jedno rozwiązanie, w przypadku wyższych instancji sądowych – niewzruszalne. Dlatego może służyć rozwojowi prawa czy raczej lepszemu rozumieniu go w danych czasach, okolicznościach i określonym miejscu.

Nic nie jest w prawie Stanów Zjednoczonych oczywiste poza konstytucją. Niczego jednak nie można uznać za ostatecznie ustalone, gdyż nawet ona podlega interpretacji. Jeśli więc szukać stałego punktu odniesienia, pozostaje sędzia, na którego ustach spoczywa wzrok całego kraju. Czasem to jeden sędzia, który z mniejszości czterech czyni większość pięciu. Nie chce on tworzyć prawa[37], chociaż tworzy nowe reguły w określonych sytuacjach i jest również po to, aby nie uznać określonych rozwiązań za podyktowane obowiązującym prawem. Wydaje się stać znacznie bliżej dylematów społecznych i politycznych obywateli, dlatego może być przez nich postrzegany jako ważniejszy od uczestnika procesu legislacyjnego. Nauczyliśmy się już, że w demokratycznych wyborach liczy się każdy głos. Warto, by społeczeństwo oswajało się z myślą, że i w Polsce nie mniej ważna jest każda sędziowska nominacja.

37 L. Morawski, *Wykładnia w orzecznictwie sądów*, Toruń 2002, s. 16–17.

Bolesław Banaszkiewicz

Uwagi o „Zasadach z Yogyakarty”

(The Yogyakarta Principles: Principles on the Application of International Human Rights Law in Relation to Sexual Orientation and Gender Identity)

Bolesław Banaszkiewicz

Dr nauk prawnych; w latach 2002–2006 dyrektor Zespołu Orzecznictwa i Studiów w Biurze Trybunału Konstytucyjnego, w latach 2006–2007 wiceprzewodniczący Rady Legislacyjnej przy Prezesie Rady Ministrów i redaktor naczelny kwartalnika „Przegląd Legislacyjny”.

Comments on the paper „The Yogyakarta Principles: Principles of Application of International Human Rights Law in Relation to Sexual Orientation and Gender Identity”

The author delivers a polemic with the paper published in 2007 by an unofficial international group of experts. The group's aim is to send a message to all countries indicating extensive consequences of general guarantees provided by international human rights law, especially for the purpose of individual's protection against sexual and gender discrimination.

The author does not deny an individual right to define his/her private life without interference from the state or private parties. However he criticizes the group for its demand – made in a spirit of a modern interpretation of traditional human rights – for affirmation and the so called equality of individual's decisions regarding sexuality in the areas where the state is obliged to guarantee „institutional space” or „institutional infrastructure” for privacy and the right to procreate. For instance, this relates to legal definition of a family.

The author claims that definitions of „sexual orientation” and „gender identity” are not commonly recognized and understood in the same way. This thesis relates to the attributes of a private life which are impossible, or hardly possible, to be measured on the basis of external indications or declarations, the ones which individuals should be entitled not to disclose to the state or anyone else.

Repeating the phrase „regardless of sexual orientation or gender identification” in the text of the paper implies public and political importance of these attributes. Whereas the author wonders whether the Yogyakarta Principles amount to a form of discrimination and improper political campaign using the individual's private life details without their consent.

*W 2006 r. w indonezyjskim mieście Yogyakarta grupa 29 ekspertów w dziedzinie praw człowieka z różnych krajów, wspierana przez organizacje i inicjatywy pozarządowe, pracowała nad zaleceniami, które w intencji autorów mają służyć przezwyciężeniu różnych form dyskryminacji ze względu na „orientację seksualną" (**sexual orientation**) i „tożsamość płciową" (**gender identity**). Sprawozdawcą i koordynatorem jej prac był Irlandczyk prof. Michael O'Flaherty, obecnie członek Komitetu Praw Człowieka, w przeszłości katolicki duchowny, wykładowca teologii i filozofii na Papieskim Uniwersytecie Gregoriańskim w Rzymie. Z Polski w pracach tych uczestniczył prof. Roman Wieruszewski, kierownik Poznańskiego Centrum Praw Człowieka INP PAN.*

Ogłoszony w marcu 2007 r., we wszystkich sześciu oficjalnych językach ONZ, dokument „Zasady z Yogyakarty" jest dostępny na stronie www.yogyakartaprinciples.org oraz w formie broszury. Autorzy deklarują, że stanowi on „uniwersalny przewodnik po prawach człowieka potwierdzający obowiązujące standardy prawa międzynarodowego, których muszą przestrzegać wszystkie państwa".

W listopadzie 2007 r. odbyło się na Uniwersytecie Warszawskim otwarte dla publiczności seminarium, na którym dyskutowano o dokumencie z Yogyakarty. Poniższy tekst jest przygotowanym do druku zapisem mojego głosu w dyskusji. Ponieważ od zamiaru wydania materiałów z seminarium odstąpiono, swój tekst udostępniam redakcji „Forum Prawniczego" – B.B.

Nie jestem seksuologiem i nie chciałbym się wypowiadać w sprawie adekwatności użytych w dokumencie z Yogyakarty terminów odnoszących się do sfery życia płciowego czy ich definicji podanych w przypisach. Tu zresztą chciałbym zauważyć, że autorzy uznali za celowe wyjaśnić dwa kluczowe dla dokumentu terminy – *sexual orientation* i *gender indetity* – jakby zakładając, że chodzi o pojęcia stosunkowo nowe, a w każdym razie takie, których sens nie jest ugruntowany w powszechnej świadomości. W tekście mającym charakter deklaracji praw człowieka jest to poniekąd osobliwe, gdyż takie dokumenty zazwyczaj operują językiem powszechnie zrozumiałym, odwołując się do świata pojęć i wartościowania wspólnego ludziom dobrej woli bez względu na ich polityczne czy ideologiczne preferencje. Z tego spostrzeżenia nie chciałbym jednak czynić głównego zarzutu.

Nie jestem seksuologiem, natomiast zabieram głos jako osoba, która, jak sądzę, ma pewne pojęcie o faktycznych i możliwych funkcjach państwa. To ono właśnie jest bezpośrednim adresatem „Zasad z Yogyakarty". Struktura dokumentu jest mianowicie taka, że w 29 punktach przypomina się „klasyczne" gwarancje praw człowieka (widoczne są treściowe nawiązania do Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka z 1948 r. i późniejszych dokumentów), jednocześnie specyfikując, że gwarancje te odnoszą się także do kategorii osób wyróżnionych w dokumencie. Następnie, każdorazowo poprzedzając formułą *States shall*, wskazuje się obowiązki, jakie z owych gwarancji mają wynikać dla wszystkich państw. Zwieńczeniem dokumentu są „Dodatkowe zalecenia".

Punktem wyjścia dla autorów jest oczywiste – chciałoby się powiedzieć: staroświeckie – stwierdzenie, że „Wszystkie istoty ludzkie są wolne i równe w godności i prawach". Poza dyskusją jest, że odmawianie komuś praw człowieka albo ich ograniczanie z powodu jakkolwiek rozumianych skłonności i praktyk seksualnych czy poczucia tożsamości jest sprzeczne z przyrodzonym, uniwersalnym i niepodzielnym charakterem tych praw. Do tego momentu pełna zgoda.

Gdzie widzę problemy?

Autorzy dokumentu już w jego podtytule sugerują, że nie chcą odkrywać czy formułować żadnych nowych praw człowieka dla kategorii osób przez nich wyróżnionych. Chodzi im raczej, jak rozumiem, o ogólny, z reguły niekazuistyczny komentarz do już zapisanych w pozytywnym prawie międzynarodowym gwarancji praw człowieka z punktu widzenia ich stosowania do wyróżnionych kategorii osób (*principles on the application*). Przesłanie dokumentu jest zatem takie: do katalogu uznanych przez cywilizowaną społeczność międzynarodową praw człowieka nie chcemy niczego dodawać, nie zamierzamy też niczego zeń wyjmować, chcemy natomiast pokazać, jakie specyficzne problemy, tj. zagrożenia bądź naruszania praw człowieka, pojawiają się w przypadku – tu posłużę się niewartościującym skrótem myślowym – mniejszości

seksualnych. I w jaki sposób państwa powinny, czy wręcz obowiązane są, rozwiązywać te problemy ze względu na swoje związanie prawnomiędzynarodowymi gwarancjami praw człowieka.

Czy jednak rzeczywiście treść dokumentu z Yogyakarty jest tak skromna i bezdyskusyjna dla każdego, kto respektuje i afirmuje prawo międzynarodowe dotyczące praw człowieka? Czy postulowane przez autorów zmiany polityczno-instytucjonalne zawsze i bez reszty są prostą konkretyzacją istniejących prawnopozytywnych gwarancji praw człowieka do wyróżnionych kategorii sytuacji faktycznych? Czy nie dokonuje się głębokiej reinterpretacji „staroświeckich" gwarancji praw człowieka w celu stworzenia argumentacyjno-perswazyjnej podbudowy pewnego modernistycznego projektu społeczno-cywilizacyjnego?

Zauważmy, że argumenty wywodzone z gwarancji praw człowieka, ze względu na uniwersalną moc wiążącą tychże, są w sferze decyzji politycznych i politycznej edukacji bardziej „nośne" niż argumenty celowościowe czy utylitarne, a nawet argumenty moralne, odwołujące się do wierności sumieniu. Po co bowiem otwierać szerokie pole dyskusji, jeżeli cały problem można sprowadzić do wierności zobowiązaniu prawnemu, której brak nie tylko dyskredytuje moralnie, lecz także pociąga za sobą określone kłopoty w relacjach międzynarodowych.

Na jeszcze jedną kwestię chciałbym w związku z tym zwrócić uwagę: na swoisty prymat praw człowieka przed demokracją. Prawa człowieka, nawet jeśli zostają potwierdzone przez prawo pozytywne w postaci gwarancji traktatowych czy konstytucyjnych, istnieją obiektywnie przed takimi gwarancjami, a wykładnia tychże musi uwzględniać obiektywny charakter owych praw. Uznanie, że postulaty ruchu, który na swych sztandarach wypisuje swoiście rozumianą równość „orientacji seksualnych" i podobne hasła, są implikacją praw człowieka, a nie jednym z wielu „partyjnych" stanowisk prezentowanych w ramach debaty publicznej, w pewnym sensie czyni te postulaty imperatywem wyjętym spod demokratycznej dyskusji. Oczywiście treść praw człowieka też jest przedmiotem dyskusji, ale wówczas dyskusja ma w istocie charakter egzegetyczny i decydujące znaczenie mają w niej argumenty mędrców czy fachowców; nie jest to właściwa demokracji dyskusja w sprawie wyboru celów i preferencji, którą rozstrzyga się większością głosów. Zabieg, o którym mowa, można więc oceniać jako rodzaj – na razie tylko intelektualnej – uzurpacji lekceważącej demokrację.

Nie twierdzę, że dokument z Yogyakarty w całości jest planem reformy pod pozorem „oczywistej" interpretacji już istniejących gwarancji praw człowieka. Nie widzę na przykład istotnych merytorycznych kontrowersji, jeśli chodzi o prawa człowieka o charakterze wolnościowym, czyli tzw. prawa defensywne (prawo do życia, do prywatności, do wolności i nietykalności osobistej itp.), których korelatem jest obowiązek władzy publicznej powstrzymywania się od ingerencji i przeciwdziałania ingerencjom ze strony podmiotów prywatnych. Nie pojmuję jednak, dlaczego tak bardzo akcentowana jest specyfika ochrony takich praw przed naruszeniami dokonywanymi ze względu na „orientację seksualną" czy „tożsamość płciową". Zabijanie, torturowanie, wtrącanie do więzienia czy psychiczne znęcanie się nad człowiekiem jest równie odrażające wtedy, gdy powodem jest nieakceptowany przez większość lub rządzących sposób życia intymnego, jak wtedy, gdy powodem są wypowiadane poglądy polityczne czy manifestowane przekonania religijne lub światopoglądowe.

Większe problemy pojawiają się przy interpretacji ogólnego zakazu dyskryminacji, który jako taki jest poza dyskusją. Na poziomie abstrakcyjnym przez dyskryminację rozumie się *ex definitione* nie każde różnicowanie podmiotów, lecz takie, które opiera się na kryteriach niemających żadnego racjonalnego uzasadnienia albo zupełnie nieadekwatnych do sytuacji. Zgodzę się więc na przykład z tezą, że w świetle dzisiejszego polskiego prawa urzędnikiem stanu cywilnego rejestrującym małżeństwa, rozumiane wyłącznie jako związek kobiety i mężczyzny, może być każdy, kto potrafi rzetelnie stosować przepisy i dbać o porządek w dokumentach, zatem dyskryminacją byłoby jakiekolwiek utrudnianie pełnienia takiej funkcji np. znanym działaczom ruchu homoseksualnego. Natomiast jeżeli w programie szkół publicznych jest przysposobienie do życia w rodzinie, które afirmuje monogamiczny i heteroseksualny charakter małżeństwa i opartej na nim rodziny, to dobieranie nauczycieli takiego przedmiotu z uwzględnieniem

minimalnego wymagania, aby ich manifestowane poglądy i zachowania nie były istotnie sprzeczne z programem nauczania, wydaje się całkiem na miejscu ze względów merytorycznych. Nikomu nie powinno chyba zależeć na zmuszaniu zdeklarowanych przedstawicieli mniejszości seksualnych do uczestniczenia w sytuacjach zgoła schizofrenicznych. Być może sami zainteresowani powiedzieliby w tym miejscu, że dyskryminujący jest nie sam fakt ich niezatrudniania w charakterze nauczycieli „konserwatywnych" wartości, lecz to, że dopuszcza się programy szkolne, w których afirmuje się określony paradygmat seksualności i więzi intymnych. Zarzut taki zakłada jednak, że prawa człowieka domagają się nie tylko tolerowania przez władze publiczne różnorodnych skłonności seksualnych i opartych na nich wyborów życia intymnego, lecz więcej – domagają się ich afirmacji i promowania przez państwo.

Dokument z Yogyakarty nie zadowala się tym, że wyróżnione w nim sposoby bycia są przez liberalne państwo tolerowane w aspekcie negatywnym – prawniczo rozumiane wolności osób wybierających takie sposoby bycia są przez władze publiczne respektowane jako część prywatności i jako takie efektywnie chronione przed naruszeniami dokonywanymi przez podmioty prywatne. Autorzy idą o wiele dalej, domagając się także – w imię praw człowieka – afirmacji i swoiście rozumianego równouprawnienia sposobów przeżywania własnej seksualności przez jednostkę w tych dziedzinach, w których zadania państwa polegają na tworzeniu czegoś w rodzaju instytucjonalnej „przestrzeni" czy „infrastruktury" dla określonych form osobowo-intymnych więzi między ludźmi oraz dla prokreacji. Najwyraźniej nie przyjmują oni do wiadomości, że ta „staroświecka" selektywność zainteresowań i aktywności państwa nie wynika z afirmacji hedonistycznej heteroseksualności ani z irracjonalnej pogardy dla innych form bycia w sferze seksualnej, tylko z uznania wkładu, jaki małżeństwo i oparta na nim rodzina wnoszą do wspólnego dobra.

Dochodzi więc do nieporozumień już na poziomie semantycznym. Do starej, dobrze nam znanej gwarancji „Każdy ma prawo do założenia rodziny" dokument z Yogyakarty w punkcie 24 dopisuje swój „sakramentalny" komentarz: *regardless of sexual orientation or gender identity*. W tak rozwiniętym zdaniu widzę *contradictio in adiecto*. Tymczasem dla autorów z Yogyakarty cytowane dopowiedzenie to tylko egzemplifikacja tezy ogólnej, bo – jak czytamy – *Families exist in diverse forms*. Z tego zaś, ich zdaniem, mają wynikać obowiązki pozytywnego działania państwa w sferze ustawodawstwa i administracji.

> ***Chociaż ewolucja ochrony praw człowieka polega często na poszerzaniu zasięgu ochrony, to nie może polegać na zniekształcaniu znaczenia kluczowych pojęć leżących u jej podstaw.***

Takiemu podejściu można zarzucić, po pierwsze, że jest rażąco ahistoryczne. W czasie gdy w prawie pozytywnym dokonywano potwierdzenia prawa człowieka do założenia rodziny, państwa nie tylko nie miały na myśli rejestrowanych związków homoseksualnych, lecz nawet wiele z nich, i to także tych mających ustrój demokratyczny, penalizowało zachowania homoseksualne między dorosłymi osobami. Chociaż ewolucja ochrony praw człowieka polega często na poszerzaniu zasięgu ochrony, to przecież nie może polegać na zniekształcaniu znaczenia kluczowych pojęć leżących u jej podstaw. Nie dziwmy się

więc, że dziś wielu ludzi dobrej woli alergicznie reaguje na próby tworzenia nowych oficjalnych dokumentów zawierających gwarancje praw człowieka, nawet jeśli o „orientacji seksualnej" mówi się tam mniej i bardziej oględnie niż w nieoficjalnym dokumencie z Yogyakarty.

W związku z powyższym jego autorom można także zarzucić, po drugie, manipulowanie językiem w celach perswazyjnych. Ponieważ nazwa „rodzina" tradycyjnie ma dodatnie konotacje wartościujące i emocjonalne, próbuje się tak zmodyfikować jej zakres, aby konotacje te można było odnieść także do zjawisk, które z rodziną w normalnym znaczeniu tego słowa nie mają nic wspólnego. Sztuczność tego zabiegu jest szczególnie widoczna na gruncie języka polskiego i języków pokrewnych, gdzie słowa „rodzina", „rodzice" i „rodzić" mają ten sam rdzeń.

Zastąpmy w cytowanym wyżej angielskim zdaniu rzeczownik „rodziny" rzeczownikiem „uniwersytety": *Universities exist in diverse forms*. Może więc i szkoła tańca jest rodzajem uniwersytetu, niech więc będzie – *dance universities*. W następnym kroku – czemu nie? – można postulować zapewnienie „uniwersytetom tańca" autonomii oraz pomocy ze strony państwa takiej, z jakiej korzystają uniwersytety w tradycyjnym znaczeniu tego słowa. Kto zaś będzie zgłaszać jakieś konserwatywne obiekcje, ten opowie się przeciwko wolności nauki.

Za niektórymi postulatami dołączonymi – po sakramentalnych słowach *States shall:* – do punktu 24 dokumentu z Yogyakarty („Prawo do założenia rodziny") kryje się hedonistyczna wizja rodziny i koncepcja roli państwa, którą współczesny hiszpański filozof prawa Andrés Ollero określa w swoim języku mianem *buenismo*, nazywając tak schlebianie (dosłownie: „robienie dobrze") różnym grupom przez polityków. W tej wizji np. adopcja nie jest instytucją wspomagającą wysiłek na rzecz stworzenia sierocie warunków możliwie podobnych do życia w naturalnej rodzinie, stawiającą w centrum zainteresowania władz publicznych dobro dziecka, jest natomiast formą zaspokajania pragnień czy potwierdzenia własnej wartości adoptującego. Jeżeli więc dwaj panowie albo dwie panie pragną adoptować dziecko, aby nie czuć się dyskryminowanymi w stosunku do par heteroseksualnych, to jakim prawem państwo miałoby im tego nie umożliwić – zdają się rozumować autorzy z Yogyakarty.

Według podobnego rozumowania społecznie pożądany akt prokreacji nie musi być aktem odpowiedzialnej miłości dwojga ludzi zdolnych założyć, jak kiedyś mówiono z pewnym patosem, podstawową komórkę społeczeństwa, decydującą o jego stabilności, rozwoju i trwaniu z pokolenia na pokolenie. W równym stopniu państwo powinno tworzyć warunki sprzyjające powoływaniu do życia nowych istnień ludzkich, jeżeli komuś, bez względu na „orientację seksualną" lub „tożsamość płciową", jest to subiektywnie potrzebne do autorealizacji. Postuluje się więc nie tylko adopcję praktycznie przez każdego, lecz także *assisted procreation (including donor insemination), without discrimination on the basis of sexual orientation or gender identity*. Nie jestem lekarzem ani bioetykiem i nie chciałbym wypowiadać się w sposób nieprecyzyjny. Pozwolę sobie tylko zauważyć, że obiekcje wielu bioetyków wobec tego typu zabiegów, rozrywających organiczny związek między aktem prokreacji a aktem miłości, odwołują się do fundamentalnych uzasadnień ze sfery godności człowieka, dlatego jakakolwiek próba interpretowania tych obiekcji jako dyskryminacji mniejszości seksualnych jest co najmniej rażącym spłyceniem naprawdę dramatycznego dylematu, przed jakim staje współczesny człowiek.

Podobnych perswazji jest w omawianym dokumencie więcej. Jeżeli czytamy na przykład, że problem dyskryminacji osób, o których mowa w dokumencie, polega zarówno na tym, że w niektórych częściach świata bez sądu skazuje się człowieka na okrutną śmierć (np. przez publiczne ukamienowanie), i to nawet tylko na podstawie podejrzenia o skłonności homoseksualne, albo odmawia się ludziom o takich skłonnościach dostępu do wody pitnej (!), jak i na tym, że w innych państwach nie ma... zrównania rejestrowanych związków partnerskich jednopłciowych z heteroseksualnymi czy instytucji renty rodzinnej dla żyjącego partnera po śmierci drugiego partnera tej samej płci, to można zapytać, czy łączenie tych spraw nie sprowadza rzeczywistych problemów do propagandowego banału. O co tu właściwie chodzi: o przekonanie promotorów opresji w systemach fundamentalistycznych, aby się opamiętali, bo najbardziej „postępowa" część

ludzkości zaszła tak daleko, że nie czyni już żadnego rozróżnienia między związkami homo- i heteroseksualnymi itd., czy też o swego rodzaju moralny szantaż wobec konserwatywnych „hamulcowych" w krajach dobrobytu i hedonizmu, którzy w postulatach „rewolucji homoseksualnej" skłonni są widzieć przejaw dekadencji naszej cywilizacji?

W sprawie „rejestrowanych związków partnerskich" chciałbym powiedzieć jeszcze tylko tyle, że autorzy dokumentu z Yogyakarty są niezwykle oszczędni w mówieniu o nich wprost. Hasło *registered partnerships* pojawia się dopiero w punkcie 24 („Prawo do założenia rodziny"), i to tylko w zaleceniu o charakterze warunkowym: jeżeli dane państwo uznaje „małżeństwa tej samej płci lub rejestrowane związki partnerskie", to powinno zapewnić ich równoprawność. Wynikałoby z tego, że brak w jakimś państwie prawnej instytucjonalizacji związków partnerskich problemem nie jest (na razie?), natomiast jest problemem sytuacja, w której dopuszczono rejestrowane związki partnerskie, ale nie nadano im takiego samego statusu prawnego jak małżeństwom w tradycyjnym znaczeniu. Ta dziwna niekonsekwencja nie ma tu chyba charakteru strategicznego; jestem skłonny widzieć w tym raczej taktykę stopniowego dozowania elementów wspomnianego wyżej projektu społeczno-cywilizacyjnego.

Wyrażenie „orientacja seksualna lub tożsamość płciowa" powtarza się w dokumencie chyba kilkaset razy. A przecież chodzi tu o cechy w zasadzie należące do sfery intymnej człowieka, niestwierdzalne albo trudno stwierdzalne na podstawie znamion zewnętrznych czy deklaracji, takie, co do których jednostka powinna mieć prawo milczenia wobec państwa i innych jednostek, o które wręcz nie należy jej pytać. Tymczasem natrętne powtarzanie formuły *regardless of sexual orientation or gender identity* sugeruje publiczną, polityczną doniosłość owych cech. Czy w ten sposób, niezależnie od intencji autorów, nie dochodzi do instrumentalizowania dyskomfortu niektórych ludzi związanego z ich innością do celów politycznych, z którymi osoby doświadczające tego dyskomfortu mogą się nie utożsamiać? Czy nie dochodzi do swoistego narzucania im roli publicznej, której pełnienia wielu z nich sobie nie życzy? Mam na myśli rolę forpoczty, tarana czy choćby tylko sztandaru w walce ideologicznej z „konserwatywnym" fundamentem XX-wiecznego państwa liberalnego. Fundamentem tym jest niepełny wprawdzie, ale jednak daleko idący konsensus między chrześcijańską a oświeceniową wizją praw człowieka oraz roli państwa w tej dziedzinie. Państwo respektujące taki konsensus, jeżeli należycie wypełnia swe zadania, zapewnia osobom zaliczanym do mniejszości seksualnych, jakkolwiek nazywanych i definiowanych, całkowitą ochronę prywatności w dziedzinie ich intymnych wyborów. Czy wśród tych ludzi na pewno nie ma wielu takich, którzy nad dokumentem z Yogyakarty wzdychają: „Boże, broń nas przed takimi obrońcami!"?

Roman Kwiecień

Wartości i prawo a kreatywność porządku prawnego

Corruptissima re publica plurimae leges

Roman Kwiecień

Absolwent prawa i filozofii, dr hab. nauk prawnych, profesor Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie; specjalizuje się w prawie międzynarodowym, publikuje również w zakresie prawa europejskiego i filozofii prawa.

Law, values and creativity of legal order (summary)

The article discusses an issue of legal order creativity in the context of relation between legal norms and values. There are two different solutions of this issue in legal philosophy: one elaborated by legal positivism and the other supported by schools of natural law. The former underlines freedom of lawmaker to create legal norms whereas the latter speaks of obligations of lawmaker to protect some moral values. Lack of any restraints in shaping the content of legal norms seems to be a great weakness of legal positivism. As a result, there is a risk of a lawmaker dictatorship, *that is an overcreativity in contemporary legal systems, including democratic states. On account of multilaterality of a lawmaking process, international legal order seems to be better safeguarded against this risk. On the other hand, natural-law standpoint suffers from ambiguity of a moral core which should be protected by legal order. That is why the Author argues that each of these doctrines requires improvements. According to the Author, creativity of legal order can only be justified by protecting axiological identity of society. Consequently, a good lawmaker should posses both knowledge of social problems and axiological wisdom.*

Uwagi wprowadzające

Kreacja to tworzenie, stwarzanie, *spiritus movens* zmian, cecha główna ewoluujących systemów, układów i obiektów. Układ, system czy podmiot kreatywny jest bytem mobilnym, zdolnym sprostać nowym okolicznościom i twórczo kształtować rzeczywistość pozostającą w kręgu jego oddziaływania. Jako taki stanowi on przeciwieństwo układu statycznego. W rzeczywistości społecznej i przyrodniczej kreatywność jest nie tylko empirycznie weryfikowalną własnością, którą można przypisywać występującym w niej obiektom, lecz również cechą o wartościującym znaczeniu. Mówimy więc, że ja-

kaś grupa społeczna, konkretny człowiek czy obiekt fizyczny, który odznacza się kreatywnością, jest wartościowy, ponieważ jest elastyczny i twórczy. Z drugiej strony krytykujemy nieraz zbytnią kreatywność, tzn. kreatywność przekraczającą granice wyznaczające tożsamość danego podmiotu, jak i brak kreatywności. Często intuicyjnie zakreślamy zakres kreatywności postrzeganej jako wartościową, zaś odstępstwa od tego poziomu uznajemy za stany niepożądane.

Kreatywność porządku prawnego i jej ocena to zagadnienie stale aktualne ze względu na oczywistą okoliczność, jaką jest zmienność prawa na skutek działalności prawodawczej uprawnionych do niej organów. Wciąż powstają nowe przepisy prawne, co w wielu dziedzinach prowadzi do widocznej – nawet dla nie-prawników – inflacji norm prawnych. Stwierdzenie tego faktu pociąga za sobą niemal automatycznie ocenę negatywną, tzn. mówiąc o zbyt dużej ilości norm prawnych podaje się tym samym, przynajmniej pośrednio, krytyce nadmierną kreatywność porządku prawnego. Naturalnie, taka krytyka zakłada istnienie intersubiektywnego kryterium pożądanego stopnia kreatywności porządku prawnego i tym samym zakresu i szybkości zachodzących w nim zmian. Formułując problem inaczej, można zapytać, czy prawo może być dowolnie kreowane przez legitymowany podmiot (ustawodawcę), czy też winno jedynie odtwarzać niezależny od jego woli stan rzeczy. Zagadnienie to prowadzi nas z kolei do problemu aksjologicznej podstawy porządku prawnego i pytania o stosunek wartości moralnych wyrażających pewien ideał ładu społecznego do norm prawa stanowionego. Ten klasyczny problem filozofii prawa dotyka wprost kwestii kreatywności porządku prawnego, a w szczególności granic autonomii ustawodawcy w kształtowaniu treści norm prawnych.

Zagadnienie kreacji w porządku prawnym nie sprowadza się jednak tylko do tego problemu. Dotyczy ono również celowości procesu prawotwórczego w kontekście jego znaczenia dla kształtu rdzenia porządku prawnego, czyli norm prawnych powszechnie obowiązujących w danej społeczności politycznej. Zmiany w obrębie tego rdzenia mają niewątpliwy i bezpośredni wpływ na zachowania podmiotów prawa i tym samym na całokształt porządku prawnego. Jeśli uwzględnimy znaczącą rolę porządku prawnego jako jednego z głównych porządków normatywnych obowiązujących zarówno w społecznościach państwowych, jak i w społeczności międzynarodowej, to oczywistym okazuje się wniosek, iż zmiany porządku prawnego kształtują również bezpośrednio stosunki społeczne. Kreatywność porządku prawnego może więc kształtować określony ład społeczny i przyczyniać się do jego umacniania, albo – przeciwnie – działać nań destrukcyjnie.

W sferze doktrynalnej kryterium postrzegania roli i zadań prawodawcy oraz możliwości aksjologicznego ugruntowania porządku prawnego jest stosunek do tzw. tezy o rozdziale (separacji prawa i wartości moralnych). Teza ta wyznacza swoistą linię demarkacyjną między pozytywizmem prawniczym i innymi nurtami jurysprudencji, zwłaszcza szkołami prawa naturalnego. Konceptualizacja sporu między nimi dokonała się na dobre po wyraźnym wyeksponowaniu przez XIX- wieczny pozytywizm twierdzenia o braku ontycznych związków między prawem a wartościami[1]. Krytycy pozytywistycznego stanowiska podnoszący istnienie związków koniecznych między wartościami moralnymi a prawem skłaniają się ku tezie: „niesprawiedliwe prawo w ogóle nie jest prawem". Pozostaje ona oczywiście związana z tradycyjnymi teoriami

1 Warto jednak podkreślić ewolucję pozytywizmu, jak i zresztą innych doktryn, w tym zakresie prowadzącą do zmniejszania występujących niegdyś między nimi różnic. Wystarczy choćby porównać poglądy dwóch klasyków pozytywizmu – J. Austina i H.L.A. Harta, o czym niżej. Krytycznie o pozytywistycznej tezie o rozdziale zob. np. L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, wyd. 4, LexisNexis, Warszawa 2005, s. 36–40; tenże, *Pozytywizm „twardy", pozytywizm „miękki" i pozytywizm martwy*, „Ius et Lex", 2003, nr 1, s. 319–345; R. Alexy, *W obronie niepozytywistycznej koncepcji prawa*, „Państwo i Prawo" 1993, nr 11–12, s. 34–49; tenże, *The Argument from justice. A Reply to legal positivism*, Oxford University Press, Oxford 2002, *passim*. Szerzej o pozytywizmie zob. np. J. Potrzeszcz, *Pozytywistyczna a niepozytywistyczna koncepcja prawa*, „Roczniki Nauk Prawnych" 2005, t. XV, nr 2, s. 7–37; R. Sarkowicz, J. Stelmach, *Filozofia prawa XIX i XX wieku*, wyd. 2. Wydawnictwo Uniwersytetu Jagielońskiego, Kraków 1999, s. 21–59; A. Marmor, *Exclusive legal positivism*, [w:] *The Oxford handbook of jurisprudence & philosophy of law*, ed. by J. Coleman, S. Shapiro, Oxford University Press, Oxford 2004, s. 104–124; K.E. Himma, *Inclusive Legal Positivism*, [w:] *The Oxford Handbook…*, dz. cyt., s. 125–165.

prawa naturalnego. Na pierwszy rzut oka twierdzenie to wydaje się paradoksalne, ponieważ – jak zauważa David Lyons – głosi, że „coś, co *jest* prawem, czyli prawo niesprawiedliwe, w rzeczywistości nim *nie* jest”[2]. Jeśli jednak uzna się – argumentują zwolennicy doktryny prawa naturalnego – że niesprawiedliwe prawo do tego stopnia fałszuje ideę prawa, że za prawo uchodzić nie może, wówczas wskazany paradoks okazuje się pozorny. Zauważmy jednak, iż w tej konfiguracji należy założyć jakieś aksjologiczne kryterium prawa „prawdziwego”, czy wręcz jego aksjologiczny archetyp. Rodzi to pytanie o ontologię wartości leżących u podstaw prawa stanowionego, co – jak pokazuje historia filozofii prawa i współczesny dyskurs filozoficznoprawny – nie znajduje jednoznacznego rozstrzygnięcia. Pozytywiści przeczący istnieniu koniecznych związków ontycznych między prawem stanowionym i moralnością kwestionują wręcz możliwość jego sensownego, intersubiektywnego rozstrzygnięcia. Problem jest nie tylko intelektualnie atrakcyjny. Posiada również praktycznie doniosły wymiar z powodu bezdyskusyjnego wpływu stanowionego i stosowanego prawa na kształt ładu społecznego w państwie, jak i w stosunkach międzynarodowych.

Stwarzanie czy odtwarzanie prawa? Spór między pozytywizmem prawniczym a tzw. stanowiskami prawnonaturalnymi

Kontrowersja między pozytywistycznym postrzeganiem prawa a opozycyjnymi względem niego zapatrywaniami na naturę i funkcję prawa stanowionego cechuje od samego początku refleksję nad prawem. Szczegółowa prezentacja najważniejszych stanowisk obecnych w różnych nurtach jurysprudencji wymagałaby odrębnego obszernego opracowania monograficznego i jako taka wychodziłaby poza ramy niniejszego artykułu. W kontekście problemu kreatywności porządku prawnego wskazane jest natomiast modelowe przedstawienie poglądów konstytuujących tożsamość adwersarzy sporu dotyczącego tzw. tezy o rozdziale.

Możemy wyróżnić cztery główne modele przedstawiające wzajemną zależność wartości i norm prawnych w ramach porządku prawnego[3]:

1. Wedle statycznych lub materialnych, w tym religijnych, wersji prawa naturalnego wartości jednostronnie kształtują treść wszystkich norm i zachowań porządku prawnego. Normy prawne pozostają w tym schemacie wyraźne wtórne wobec wartości, wobec czego konflikt między uznanymi wartościami a treścią norm prawnych rozstrzygany jest zawsze na korzyść tych pierwszych.
2. W świetle bardziej umiarkowanych koncepcji prawa naturalnego porządek prawny służyć ma realizacji pewnych wartości podstawowych, które pozostają równoważne i tym samym przekładalne na określone normy regulujące zachowania normotwórcze (cechy tych zachowań). Stanowisko to oparte jest na założeniu, zgodnie z którym powinność realizacji wartości podstawowej możliwa jest do osiągnięcia poprzez przestrzeganie wymogu normy regulującej zachowania normotwórcze, np. wartość wolności może być realizowana pod warunkiem przestrzegania reguły powszechności. Reguła powszechności określa tu cechy zachowań normotwórczych poprzez określenie ich skutku w normach merytorycznych. W rezultacie faktyczne zachowania podmiotów prawa realizują założoną wartość podstawową. Prawu w tym paradygmacie nie stawia się bezpośrednio żadnych wymagań treściowych, wobec czego określany jest jako wariant aksjologicznej neutralności prawa. W modelu tym dominują normy proceduralne, wobec czego propagowany jest on przez tzw. proceduralne teorie prawa naturalnego. Polityczne uzasadnienie stanowisko to znajduje przede wszystkim w ramach doktryny liberalizmu.
3. Według umiarkowanych wersji pozytywizmu prawniczego normy składające się na porządek

2 D. Lyons, *Etyka i rządy prawa*, tłum. P. Maciejko, Dom Wydawniczy ABC, Warszawa 2000, s. 60.

3 Korzystam w tym względzie z ujęcia tej problematyki zawartego w opracowaniu A. Batora i K. Kucharskiego *Wartości absolutne a pojęcie praworządności*, [w:] *Demokratyczne państwo prawne (aksjologia, struktura, funkcje). Studia i szkice*, pod red. H. Rota, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 1994, s. 85–88. Por. również omówienie stanowisk w sprawie stosunku prawa i wartości I. Mclead, *Legal theory*, 4 th ed., Palgrave Mccmillan 2007, s. 18–41, 189–240.

prawny i wartości traktowane są jako niezależne treściowo od siebie porządki normatywne, które mogą na siebie nawzajem wpływać i tym samym, w pewnym przynajmniej zakresie, uzupełniać. Prawo nie jest tu wtórne wobec wartości, które jednak pełnią rolę kryterium jego aksjologicznej oceny. Wpływ ocen aksjologicznych ma charakter pośredni, tzn. dokonuje się poprzez uwzględnianie postulatów *de lege ferenda* lub stosowanie prawa w ramach uznanych sposobów usuwania luk, sprzeczności, dyrektyw interpretacyjnych itp. Wartości w każdym razie nie mają znaczenia rozstrzygającego w sporach prawnych. W tym paradygmacie prawo może pełnić również kreatywną rolę wobec wartości. W szczególności samo przestrzeganie prawa (legalizm) jest uznawane za wartość i uchodzi za synonim praworządności.

4. W skrajnych wariatach pozytywizmu prawniczego, np. w normatywizmie wartości są wyraźnie pochodne wobec norm prawnych. Prawo po prostu kreuje wartości, które sprowadzane są do określonego stosunku między zachowaniami podmiotów prawa a normami prawnymi.

W ramach modelu 1. i 2. wartości, poprzez wpływ na charakter materialny i proceduralny porządku prawnego, kształtują ład społeczny. Wspólnota wartości tworzy warunek i podstawę istnienia społeczności politycznej, zaś funkcją prawa okazuje się proceduralne i instytucjonalne ochranianie tych wartości. Właściwe wypełnianie tej funkcji czyni zadość postulatowi praworządności. Zwolennicy modeli 3. i 4., deklarując aksjologiczną neutralność prawa, odmawiają natomiast wartościom funkcji ładotwórczej.

Dodajmy, przechodząc na grunt metaetyki, że odmienności między modelami 1.–2. oraz 3.–4. widoczne są również w zakresie bytowego i poznawczego statusu wartości oraz logicznego znaczenia wypowiedzi wartościujących. Dwa pierwsze modele zaliczamy w tym zakresie do kognitywizmu, ponieważ utrzymują, że wartości istnieją przedmiotowo, są poznawalne, zaś wypowiedzi wartościujące to zdania w sensie logicznym lub empirycznym i dlatego są rozstrzygalne. Modele 3.–4. zaliczymy do akognitywizmu, bądź w łagodniejszej wersji do semikognitywizmu. Przyjmują bowiem, że wartości przedmiotowo nie istnieją, względnie zajmują w tym zakresie postawę agnostyczną. Wartości wobec tego nie mogą być poznawane, zaś wypowiedzi wartościujące nie mają statusu zdań. Są jedynie środkami wyrażania emocji i jako takie nie mogą być poznawczo i logicznie rozstrzygalne.

Wskazane wydaje się bliższe rozpatrzenie argumentów składających się na wymienione modelowe ujęcia stosunku prawa stanowionego i wartości. Zacznijmy od doktryny prawa naturalnego.

Tzw. stanowisko prawnonaturalne nie jest bynajmniej jednorodne. Jego skrajnym wyrazem były niektóre opinie wyrażane w trakcie debaty konstytucyjnej poprzedzającej referendum konstytucyjne w 1997 r. w Polsce. Jedna z bardziej negatywnych ocen obowiązującej dziś ustawy zasadniczej pochodziła ze strony Kościoła Katolickiego. „Stanowisko" Rady Stałej Episkopatu Polski z 13 lutego 1997 r. odnosząc się do postanowienia projektu uznającego konstytucję za najwyższe prawo Rzeczpospolitej Polskiej, głosiło: „Skutki takiego zapisu są bardzo groźne, zdają się bowiem zezwalać ustawodawcy na stanowienie każdego prawa, nawet jeżeli stoi ono w wyraźnej sprzeczności z naturą i godnością człowieka"[4]. Równie negatywna opinia wyrażona została w trakcie 288 zebrania plenarnego Konferencji Episkopatu Polski (30 kwiecień – 2 maj 1997 r.). Przewodniczący Zespołu Episkopatu ds. Konstytucji stwierdził wówczas: „Konstytucja ta wykreśla Boże prawo, a na miejsce Bożego prawa stawia prawo ludzkie. Nie można milczeć, kiedy się detronizuje Boga i chce się postawić stwierdzenie, że najwyższym prawem w Polsce jest Konstytucja. Nie! Nigdy! Najwyższym prawem w Polsce i na całym świecie – w każdym uczciwym narodzie – jest prawo Boże. Św. Tomasz przypomniał tę zasadę w swojej *Sumie Teologicznej*: prawo ludzkie, które nie jest zgodne z prawem Bożym, które z niego nie wynika, które nie jest jego interpretacją, jest prawem, które nie obowiązuje w sumieniu"[5]. Przytoczone opinie są niewątpli-

4 *Biskupi polscy w sprawie konstytucji Rzeczypospolitej*, „Biuletyn KAI" nr 7 (257) z 18 lutego 1997 r., s. 29.

5 *Konferencja Episkopatu Polski wypowiedziała się w sprawie konstytucji*, „Biuletyn KAI" 18 (268) z 6 maja 1997 r., s. 1 oraz *Komunikat z 288 Zebrania Plenarnego Konferencji Episkopatu Polski*, „L'Osservatore Romano" (wydanie polskie) 6 (193)/1997, s. 57.

wie radykalnym wyrazem przekonania o odtwórczej roli ustawodawcy w porządku prawnym państwa. Dla przeciwwagi przytoczmy bardziej umiarkowany pogląd, który we współczesnej filozofii prawa uchodzi za najbardziej znaną i uznaną próbę uzasadnienia stanowiska podważającego pełną autonomię ustawodawcy w zakresie treści tworzonego prawa. Mowa o pochodzącej z 1946 r., i powstałej na tle oceny ustawodawstwa nazistowskiego „formule Radbrucha", która w wyważony sposób usiłowała wskazać na etyczne powinności ustawodawcy. Głosi ona: „Konflikt między sprawiedliwością i bezpieczeństwem prawnym należałoby rozwiązać w ten sposób, ażeby prawo pozytywne zagwarantowane przez ustawodawstwo i władzę państwową miało pierwszeństwo również i wtedy, gdy treściowo jest niesprawiedliwe i niecelowe, chyba że sprzeczność ustawy pozytywnej ze sprawiedliwością osiąga taki stopień, że ustawa jako prawo <niesprawiedliwe> powinna ustąpić sprawiedliwości"[6]. Zauważmy, że i to umiarkowane stanowisko nie pozostaje wolne od trudności charakterystycznych dla różnych szkół prawa natury. Któż bowiem miałby orzekać o tym, co sprawiedliwe, a więc i derogować ustawy „niesprawiedliwe"? Sąd? Jeśli tak, to jego orzeczenie posiadać będzie przymiot decyzji stosowania prawa pozytywnego, w którym tym samym tkwić będzie kryterium sprawiedliwości. W rezultacie konflikt między prawem pozytywnym a tzw. prawem naturalnym okazuje się tu pozorny. Jeśli zaś o „sprawiedliwości" aktów prawnych rozstrzygać miałby podmiot usytuowany poza systemem organów ochrony prawnej, pojawia się ryzyko arbitralności, czy wręcz koniunkturalności tego organu z uwagi choćby na możliwość jego „aksjologicznej ślepoty" czy ideologicznego spaczenia. Taka sytuacja stanowi oczywiście bardzo duże zagrożenie dla pewności obrotu prawnego (bezpieczeństwa prawnego) i podważa zaufanie do prawa.

Wedle niepozytywistycznej jurysprudencji prawo stanowione ma odzwierciedlać zasady, reguły, wartości (szkoły prawnonaturalne), lub/i konieczności procesu historycznego (szkoły historyczna) czy trwałe związki i powinności społeczne (solidaryzm) ontycznie pierwotne wobec norm prawnych. Racjonalnym i pożądanym ustawodawcą w tej perspektywie pozostaje jedynie ustawodawca, którego działalność nastawiona jest na rozpoznanie owych wartości, konieczności i prawidłowości; prawodawca, który dąży do odkrycia pewnych niewzruszalnych punktów odniesienia tkwiących czy to w naturze rzeczy, czy w prawidłowościach i prawach życia społecznego kształtujących tożsamość danej społeczności, czy też w naturze człowieka. Argument prawnonaturalny pozostaje ontycznie oparty na uzasadnieniu aksjologicznym, ponieważ bazuje na przekonaniu, że przed i ponad prawem pozytywnym istnieje wartość podstawowa, którą stanowione normy prawne winny urzeczywistniać[7]. W skrajnym ujęciu autonomia twórcza prawodawcy sprowadza się w tej perspektywie zasadniczo tylko do redakcji technicznej aktów prawnych. W piśmiennictwie podkreśla się, że wizja takiego ustawodawcy w czasach współczesnych nie jest zbyt adekwatna i dlatego nie posiada zbyt wielu zwolenników[8]. Należy jednak mieć na uwadze, że choć w wielu nowych dziedzinach, w których trudno mówić o tradycji czy utrwalonym porządku rzeczy, prawo jest kreowane niemal od podstaw (np. niektóre działy prawa handlowego i administracyjnego czy tzw. e-prawo), to ciągle żywe i mocno akcentowane pozostają powinności prawodawcy w odniesieniu do legislacyjnych rozwiązań problemów społecznie i etycznie nośnych, by wymienić choćby problematykę eutanazji, aborcji, kary śmierci, bioetyki czy związków homoseksualnych.

Teorie prawnonaturalne, bazując na aksjologicznym ugruntowaniu prawa, nie są bezproblematycz-

6 G. Radbruch, *Ustawowe bezprawie i ponadustawowe prawo*, [w:] tenże, *Filozofia prawa*, tłum. E. Nowak, PWN Warszawa 2009, s. 250. Obszernie tezę Radbrucha analizuje J. Zajadło, *Formuła Radbrucha. Filozofia prawa na granicy pozytywizmu prawniczego i prawa natury*, Arche, Gdańsk 2001, *passim*.

7 Por. np. argumentację A. Kościa, *Znaczenie idei prawa dla tworzenia dobrego prawa*, „Studia i Materiały Fundacji Naukowej im. Pawła Włodkowica", nr 1, Lublin 2003, *passim*. Przegląd głównych współczesnych stanowisk prawnonaturalnych dają np. M. Zirk-Sadowski, *Wprowadzenie do filozofii prawa*, Kraków 2000, s. 148–173; B.H. Bix, *Natural law: the modern tradition*, [w:] J. Coleman, S. Shapiro (eds.), *The Oxford handbook of jurisprudence & philosophy of law*, Oxford University Press 2002, s. 61–103; I. Mcclead, *Legal theory*, dz. cyt., s. 106–122.

8 Zob. np. R. Sarkowicz, J. Stelmach, *Teoria prawa*, Kraków 1996, s. 119.

ne. Uzasadnianie wagi i sensowności prawa stanowionego zasadami tzw. prawa naturalnego prowadzi, co trafnie zauważył Hans Kelsen[9], do odbierania temu pierwszemu prawu jego autonomicznej ważności. Z takiego uzasadnienia wynika bowiem obowiązek dawania posłuchu przez podmioty prawa nie normom prawa pozytywnego, lecz tzw. prawu naturalnemu. W rezultacie uzasadnia się tu ważność prawa naturalnego, a nie prawa stanowionego. Na pytanie zaś, dlaczego winno się dawać posłuch prawu naturalnemu, przedstawiciele szkół prawa natury dają różne, czasami sprzeczne odpowiedzi, co wynika z zajmowania odmiennych pozycji metafizycznych i poznawczych.

U podstaw krytycznego stanowiska Kelsena leży oczywiście przekonanie o braku koniecznego ontycznego i tym samym definicyjnego związku między prawem pozytywnym, czyli wynikającym z ustanowienia a wszelkimi czynnikami zewnętrznymi. Tym samym jednak naraża się ono na poważny zarzut, ponieważ jego konsekwencję stanowi możliwość przypisania prawu pozytywnemu zupełnie dowolnej treści. Tymczasem żaden system prawa pozytywnego nie jest w stanie uzasadnić swej ważności *per se*, ponieważ nie jest bytem samoistnym, lecz porządkiem normatywnym istniejącym w celu ochrony ważnych dla danej wspólnoty wartości. Toteż jego podstawowe zasady nie mogą mieć zupełnie dowolnej treści. Niemal natychmiastowy sprzeciw budziłoby np. przyjęcie za normę podstawową prawa międzynarodowego normy „wolno wszczynać wojny, zagarniać terytorium pokonanego i zabijać jeńców", czy umieszczenie w konstytucji państwa przepisu przyznającego pełnię praw obywatelskich jedynie osobom pochodzącym ze związków małżeńskich. Znaczenie zasady *dura lex sed lex* pozostaje w kontekście tych przykładów niewątpliwie ograniczone. Sam twórca normatywizmu świadom był kłopotliwości pewnych tez swej teorii i dlatego zrelatywizował swe pierwotne stanowisko głoszące, że każda dowolna treść może tworzyć prawo materialne. W rezultacie do jego w założeniu nieaksjologicznego uzasadnienia ważności prawa wkradły się elementy wartościujące, co pod znakiem zapytania postawiło spójność koncepcji. Tym niemniej, zmuszony był przyznać, że uzasadnienie istnienia w systemie prawa *Grundnorm* wymaga odwołania się do „minimum prawa naturalnego"[10].

Wyrażone uwagi nie świadczą, przynajmniej bezpośrednio, o przewadze niepozytywistycznego pojmowania prawa nad pozytywizmem. Mają jedynie na celu pokazanie płynności granicy między obszarami legalności i szeroko rozumianej moralności. Przekonująco pokazał to już w swej filozofii prawa Immanuel Kant. Filozof z Królewca jest pozytywistą wówczas, gdy broni idei prawa ustanowionego i znajdującego racjonalne uzasadnienie, którego ludzie winni przestrzegać bez względu na ich moralne przekonania. Nie można go zaś za pozytywistę uznawać wtedy, gdy wyraźnie podkreśla pozajurydyczne korzenie powszechnego pryncypium prawa, jakim okazuje się konieczność ochrony wolności. Na gruncie filozofii Kata nie występuje konflikt między *Moralität* a *Legalität*, skoro prawo, jego zdaniem, czerpie swą ważność z uzasadniającego je pozaprawnego imperatywu, zaś jego przestrzeganie okazuje się w ostateczności wymogiem etycznym[11]. Nie powinniśmy wobec tego z góry zakładać konfliktu między umiarkowanymi teoriami pozytywizmu i prawa natury. Nie oznacza to jednak, że oba nurty oferują równie dobre wyjaśnienie wzajemnych związków między prawem i wartościami.

9 H. Kelsen, *What is the reason for the validity of law?*,[w:] *Grundprobleme des Internationalen Rechts. Festschrift für Jean Spiropoulos*, Bonn 1957, s. 257, 259. W tym duchu również w kontekście prawa międzynarodowego J.L. Kunz, *Natural-law thinking in the modern science of international law*, AJIL, t. 55 (1961) nr 4, s. 951, zwł. 957–958. Kunz podkreśla, że tzw. prawo naturalne nie jest prawem, lecz etyką i jako takie nie stanowi przedmiotu nauki prawa, lecz filozofii. Krytycznie o tym podziale w artykule polemicznym A.P. Rubin, *De jure naturae et gentium*, AJIL, t. 56 (1962) nr 2, s. 514–517. Zob. też A.P. Rubin, *Ethics and authority in international law*, Cambridge University Press, Cambridge 1997, s. 35–69.

10 H. Kelsen: *General theory of law and state*, Cambridge Massachusess 1945, s. 437.

11 Zob. I. Kant, *Metafizyczne elementy teorii prawa*, tłum. E. Nowak,[w:] tenże, *Metafizyka moralności*, PWN, Warszawa 2005, s. 18, 24–27. Współcześnie problem związków między legalnością a moralnością jest coraz szerzej poruszany w odniesieniu do prawa międzynarodowego. Zob. np. A. Buchanan, *Justice, legitimacy, and self-determination. Moral foundations for international law*, Oxford University Press, New York 2004, *passim*, zwł. s. 1–70, gdzie autor obszernie prezentuje założenia swej koncepcji; A.P. Rubin, dz. cyt., *passim*.

Wracając do podniesionych wyżej trudności prawnonaturalnego (aksjologicznego) uzasadnienia prawa, zauważmy, że natura jako rzeczywistość pozaspołeczna nie zawiera żadnych normatywnych nakazów i zakazów – jest aetyczna. Prawa występujące w przyrodzie są bowiem określonymi, obiektywnie istniejącymi regułami i procesami fizycznymi, chemicznymi i biologicznymi i jako takie opisują jedynie to, co jest. Świat społeczny w dużej mierze jest natomiast wytworem kultury i jako taki pozostaje kształtowany przez powinności religijne, etyczne bądź jurydyczne, czyli wynikające z nakazów lub zakazów obecnych w normach ustanowionych przez legitymowany podmiot. Jeśli odrzucimy pozytywistyczne spojrzenie na stosunek wartości i prawa i będziemy próbowali aksjologicznie uzasadniać jego podstawy staniemy wobec konieczności budowy określonej ontologii wartości – swego rodzaju kodeksu etyczego. Pojawi się wówczas problem intersubiektywności i powszechności jego norm, czego konsekwencją będzie pytanie o podmiot uprawniony do wiążącego rozstrzygania konfliktu między normami prawnymi i wartościami. Jeśli o spełnianiu przez normy prawne kryteriów „sprawiedliwości" i „słuszności" rozstrzygać miałby sąd, pojawia się wątpliwość, czy jego niezawisłość stanowi wystarczającą gwarancję uniknięcia ryzyka arbitralności, czy wręcz koniunkturalności orzeczeń. Z jednej bowiem strony zachodzi wspomniane wyżej niebezpieczeństwo kierowania się przez sąd subiektywnymi kryteriami wartościowania, z drugiej strony natomiast trzeba liczyć się z możliwością niewłaściwego rozpoznania przez sąd wartości branych pod uwagę jako kryterium oceny obowiązującego prawa. Takie sytuacje w oczywisty sposób stwarzają zagrożenie dla ważnej „wewnętrznej" wartości porządku prawnego, jaką jest bezpieczeństwo prawne. W konsekwencji mogą podważać społeczne zaufanie do stanowionego i stosowanego prawa.

Na przyczyny poważnych wątpliwości dotyczących aksjologicznego uzasadnienia prawa trafnie wskazuje Ernst-Wolfgang Böckenförde. Myślenie aksjologiczne w swym punkcie wyjścia – głosi Böckenförde – nie było pomyślane jako uzasadnienie prawa, lecz jako uzasadnienie indywidualnego działania etycznego w ramach porządku prawnego. Brakuje mu w związku z tym racjonalnych, dyskursywnych podstaw, jakie okazują się niezbędne dla wszelkich prób ontycznego uzasadnienia prawa jako pokojowego porządku normatywnego. I wreszcie trzeci, najdonioślejszy zarzut, korespondujący z tym, o czym była już mowa wyżej. Otóż, zwrot w praktyce prawnej ku wartościom jako podstawie prawa otwiera, wobec trudności w ich racjonalnym i w tym znaczeniu obiektywnym uza-

> *Znamię prawa w ujęciu ortodoksyjnego pozytywizmu nosi tylko to, co zostało ustanowione przez władzę państwową.*

sadnieniu, możliwość wywierania wpływu zarówno przez niekontrolowane metodycznie subiektywne mniemania i poglądy sędziów i teoretyków prawa, jak i przez dominujące w danym czasie w społeczeństwie wartości i wartościowania na wykładnię, stosowanie i kształtowanie prawa[12].

Przeciwieństwo zaprezentowanego pokrótce prawnonaturalnego podejścia do zadań prawodawcy stanowią tezy ortodoksyjnego pozytywizmu prawniczego przypisujące prawodawcy całkowitą wręcz omnipotencję w zakresie treści tworzonego, właściwiej byłoby powiedzieć – stwarzanego, prawa. Antycypację klasycznego, XIX-wiecznego pozytywizmu znajdujemy już w starożytności. Grecy znali i stosowali rozróż-

12 E.-W. Böckenförde, *Prawo i wartości*,[w:] tenże: *Wolność-państwo-Kościół*, tłum. P. Kaczorowski, Znak, Kraków 1994, s. 122, 137, 146–148.

nienie *mos* i *dike* (prawa ustanowionego i sprawiedliwości). Akceptowali tym samym rangę prawa tego, co przez uprawnioną władzę zostało ustanowione niezależnie od stopnia zbliżenia normy prawnej do ideału prawości czy sprawiedliwości. W Grecji starożytnej ugruntowany był pogląd, że władza państwowa stanowiąca prawo korzysta z uprawnienia do egzekwowania jego przestrzegania bez względu na treść prawa. I choć teza ta kojarzona jest głównie z sofistami[13] znaleźć ją możemy również u Arystotelesa. Stagiryta przypisuje „prawu właściwie ujętemu" rolę czynnika decydującego w państwie. Jednakże jedną sprawą jest dlań istnienie prawa, a inną to, jakie winny być prawa „właściwie ujęte". Innymi słowy, Arystoteles odróżnia istnienie prawa od jego oceny etycznej[14].

W czasach nowożytnych pozytywistyczne myślenie o prawie wyraźnie cechuje poglądy J. Bodina i T. Hobbesa. Bodin w kreowaniu norm prawnych widział znamię suwerenności władzy państwowej – suweren jest dlań miernikiem tego, co legalne i bezprawne[15]. Również Hobbes w swobodnym kształtowaniu prawa upatrywał znamienia suwerenności władzy. Co więcej, sam suweren, będąc jedynym sędzią prawomocności w państwie, nie podlega stanowionemu przez siebie prawu[16].

Powstanie modelowych podstaw pozytywizmu w kontekście problemu separacji norm prawnych i wartości dokonało się dwa wieki później w angielskiej nauce prawa. Uchodzący za twórcę utylitaryzmu Jeremy Bentham wyraźnie odróżniał prawo obowiązujące od prawa, które powinno obowiązywać. Według Benthama, choć cel etyki i prawa pozostaje zbieżny – zwiększanie szczęścia społeczeństwa, nie są to tożsame porządki normatywne. Ich cel realizowany jest bowiem innymi środkami. W szczególności, w określonych dziedzinach prawodawca nie powinien wpływać na postępowanie członków społeczeństwa. Pamiętajmy również o istotnym podziale nauki prawa dokonanym przez Benthama na jurysprudencję objaśniającą (*expository jurisprudence*) i jurysprudencję krytyczną (*censorial jurisprudence*), zwaną również przez Benthama sztuką legislacji (*art of legislation*). Pierwsze ustala, czym jest prawo, drugie natomiast mówi, czym prawo być powinno[17]. J. Austin, uchodzący za czołowego przedstawiciela pozytywizmu prawniczego, wyrażał to jeszcze dosadniej, głosząc, że prawem właściwym są nakazy i zakazy ustanowione przez politycznego suwerena. Prawo, innymi słowy, to rozkaz ustawodawcy. Znamię prawa w ujęciu ortodoksyjnego pozytywizmu nosi tylko to, co zostało ustanowione przez władzę państwową; to, co wynika z *gesetzt*[18]. Kreatywność ustawodawcza stanowi tu nie tylko cechę porządku prawnego, ale i samej władzy. Rdzeń tradycyjnego pozytywizmu prawniczego można więc w kontekście tzw. tezy o rozdziale krótko scharakteryzować stwierdzeniem: *authoritas, non veritas, facit legem*. Modelowy, pozytywistyczny ustawodawca nie szuka inspiracji w „porządku i naturze rzeczy", w historycznym doświadczeniu społeczności politycznej, w zasadach życia społecznego czy wartościach etycznych. Odrzuca tezę, że związany pozostaje – jako ustawodawca – obiektywnymi kryteriami treści norm prawnych istniejącymi niezależnie od jego woli i po-

13 Zob. np. Platon, *Protagoras*, 326d, tłum. L. Ragner, PWN, Warszawa 1995, s. 31–32.

14 Arystoteles, *Polityka*, 1282b, tłum. L. Piotrowicz, PWN, Warszawa 2004, s. 92.

15 Zob. J. Bodin, *Sześć ksiąg o rzeczpospolitej*, tłum. zbiorowe, PWN, Warszawa 1958, s. 103, 118–119, 147–148.

16 Zob. T. Hobbes, *Lewiatan, czyli materia, forma i władza państwa kościelnego i świeckiego*, tłum. Cz. Znamierowski, Warszawa 1954, s. 147, 151–154.

17 J. Bentham, *A fragment on government and an introduction to the principles of morals and legislation*, ed. by W. Harrison, Basil Blackwell, Oxford 1948, s. 281, 414–423, 424.

18 W swej głównej pracy *The Province of Jurisprudence Determined* [1832] (Cambridge University Press 1995, lecture I, s. 18) Austin twierdził: „A law, in the most general and comprehensive acceptation in which the term, in its literal meaning, is employed, may be said to be a rule laid down for the guidance of an intelligent being by an intelligent being having power over him". Tożsamość między tym, co zostało ustanowione przez ustawodawcę a normą prawną podkreślana była często przez niemiecką pozytywistyczną naukę prawa. Znaleźć to możemy już u Hegla (zob. *Zasady filozofii prawa*, tłum. A. Landman, PWN, Warszawa 1969, §§ 3, 332, s. 25, 322–323), dobitnie zaś podkreślił to później K. Bergbohm, głosząc: „Alles Recht ist positiv, alles Recht ist «gesetzt», und nur positives Recht ist Recht» (*Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, Duncker&Humblot Berlin 1892, s. 52). Z powodu braku „ustanowienia" wielu pierwotnych pozytywistów, np. sam Austin, odmawiało prawu międzynarodowemu charakteru prawa „prawdziwego" i traktowało je jako „pozytywną moralność".

siadającymi ogólnie ważny charakter, zaś jego powinnością jest ich odkrywanie i nadawanie im formy przepisów prawa stanowionego, czyli pozytywnego. Skrajny pozytywizm prawniczy przyznaje ustawodawcy rolę wręcz boskiego legislatora. W rezultacie taki prawodawca nie kieruje się racjonalnością metafizyczną, dzięki której usiłuje odkryć sens rzeczywistości społecznej, w jakiej działa prawo, i utrzymać w niej ład dzięki prawu właśnie. Właściwa jest mu raczej racjonalność instrumentalna traktująca prawo jako środek socjotechniczny służący osiąganiu założonych przez ustawodawcę celów[19]. Taki prawodawca po prostu władczo steruje społeczeństwem, zaś tworzone przezeń prawo to mniej lub bardziej doskonałe narzędzie realizacji wyznaczonych celów.

Zaprezentowany pozytywistyczny model prawa jest oczywiście modelem skrajnym i nie oznacza, że konsekwencję pozytywistycznego wyjaśniania prawa stanowi zawsze aksjologiczny indyferentyzm. Przemawiają za tym następujące względy. Po pierwsze, pozytywizm prawniczy zaprzecza jedynie definicyjnemu (koniecznemu) związkowi między prawem a wartościami, uznaje natomiast możliwość istnienia między nimi rozmaitych związków faktycznych. Dla pozytywisty prawo stanowione nie musi się opierać na wartościach, lecz może na nich bazować i je urzeczywistniać w życiu społecznym. Innymi słowy, istnienie systemu prawa jako ustanowionego zespołu norm prawnych należy odróżniać od jego moralnej oceny[20]. Po drugie, współczesny, zreformowany pozytywizm prawniczy zwany „miękkim" pozytywizmem[21] przyjmuje pewne pozaprawne założenia jako kryterium minimalnej treści norm prawnych. Przykładem jest choćby myśl Herberta L.A. Harta. Ten najwybitniejszy przedstawiciel analitycznego pozytywizmu pierwotnie odrzucał istnienie jakichkolwiek związków koniecznych między prawem a wartościami[22]. Później jednak, m.in. za sprawą polemiki z Lonem L. Fullerem, Hart przyjął w tej mierze koncepcję „minimum prawa natury" opierającą się na obserwacjach natury człowieka i jego miejsca w świecie. Jeśli gatunek ludzki ma przetrwać – głosił – prawo musi akceptować takie fakty, jak ograniczoną siłę fizyczną ludzi, ich przybliżoną naturalną równość, ograniczony altruizm, ograniczoną wolę i zdolność rozumienia czy ograniczone zasoby naturalne. Prawo winno więc chronić wszystko, co sprzyja zachowaniu zdrowia i życia ludzkiego[23].

Istnieje wreszcie trzeci argument nie pozwalający na całkowite odrzucenie dziedzictwa pozytywizmu prawniczego. Otóż, żaden faktycznie działający ustawodawca nie działa w sposób zupełnie nieskrępowany w zakresie treści tworzonego przez siebie prawa. Każdy zabiega nie tylko o legalizm, ale i legitymację swych działań. Niewątpliwie większy zakres swobody organ prawodawczy mieć będzie w państwach, w których prawo pozbawione jest efektywnej kontroli sądu konstytucyjnego. Nie oznacza to jednak, że porządki prawne istniejące w państwach ugruntowanej demokracji konstytucyjnej pozbawione są wad przypisywanych pozytywizmowi. To właśnie w tych państwach obserwujemy dziś wspomniane na wstępie zjawisko inflacji przepisów prawnych, co słusznie skądinąd poczytuje się za wadę główną współczesnego prawodawstwa[24]. Nie jest w związku z tym bezpodstawna diagnoza głosząca, że również w państwach demokratycznych możemy mówić o dyktaturze ustawodawcy[25]. Dzieje się tak dlatego, ponieważ współczesne systemy prawne bazując na formalnej demokratycznej legitymacji zmierzają nierzadko do zniewolenia w imieniu prawa utożsamiając rządy prawa z rządami ustawodawcy. Ale i taki ustawodawca podlega kontroli. Obok

19 Por. R. Sarkowicz, J. Stelmach, dz. cyt., s. 116–120.

20 J. Woleński: *O pozytywizmie prawniczym*, [w:] *Etyka a prawo i praworządność*, red. J. Pawlica, Kraków 1998, s. 15. Zob. też w tym kontekście polemikę Josepha Raza z Robertem Alexym, J. Raz, *The Authority of Law*, 2 wyd., Oxford University Press, Oxford 2009, s. 313–335.

21 Pozostawiam na boku kwestię, czy właściwe mówienie jest o „twardym" i „miękkim" pozytywizmie. Zob. krytycznie w tym względzie L. Morawski, dz. cyt., s. 20 i n. Te przymiotniki wydają się o tyle zasadne, o ile wskazują na ewolucję pozytywizmu prawniczego.

22 Zob. H.L.A. Hart, *Pozytywizm i oddzielenie prawa od moralności*, tłum. J. Woleński,[w:] tenże, *Eseje z filozofii prawa*, Dom Wydawniczy ABC, Warszawa 2001, s. 49 i n.

23 Zob. H.L.A. Hart, *Pojęcie prawa*, tłum. J. Woleński, PWN, Warszawa 1998, s. 251–285.

24 A. Redelbach, S. Wronkowska, Z. Ziembiński, *Zarys teorii państwa i prawa*, PWN, Warszawa 1994, s. 164–166.

25 G. Sartori, *Teoria demokracji*, tłum. P. Amsterdamski, D. Grinberg, PWN, Warszawa 1998, s. 402.

sądownictwa konstytucyjnego znaczącą rolę odgrywa tu również opinia publiczna.

Stanowisko umiarkowanego pozytywizmu w zakresie stosunku wartości i norm prawnych można scharakteryzować następująco: choć nie istnieją między prawem a wartościami związki definicyjne (konieczne), to występują między nimi liczne związki faktyczne, które ustawodawca winien brać pod uwagę. Umiarkowany pozytywista ma świadomość zakorzenienia prawa w świecie wartości. I choć same wartości nie tworzą jego podstaw, to dzięki prawu można urzeczywistniać je w życiu społeczności państwowej i międzynarodowej. W każdym razie istnienie prawa jako ustanowionego zespołu norm prawnych należy odróżniać od jego moralnej oceny. Kwalifikacja prawa jako prawa nie należy bowiem do dziedziny moralności – nie jest to zagadnienie moralne, lecz prawnicze. Moralna ocena prawa to pochodna moralności i jako taka nie wpływa na obowiązywanie norm prawnych. W związku z tym pozbawiona jest podstaw krytyka pozytywizmu prawniczego polegająca na wyprowadzeniu wniosku o dowolnej treści prawa z przesłanki głoszącej, że prawo może mieć dowolną treść[26].

Stanowisko umiarkowanego pozytywizmu, wobec trudności w uzasadnieniu aksjologicznych podstaw prawa, wydaje się być dobrym punktem wyjścia do rozważenia znaczenia wartości w porządku prawnym. Stanowisko to zakłada istnienie jedynie możliwych związków między prawem a wartościami. Dla obowiązywania prawa czynnikiem przesądzającym pozostaje fakt jego ustanowienia przez legitymowany podmiot/podmioty (tzw. test pochodzenia normy). Prawo może i podlega ocenom moralnym, jednak niespełnianie przezeń określonych – zdaniem oceniającego – standardów moralnych nie pozbawia go automatycznie waloru jurydyczności. Brak koniecznych, definicyjnych związków między prawem a wartościami nie kwestionuje złożoności związków faktycznych między nimi. System prawny bowiem współtworzy i wyraża zarazem ideową tożsamość społeczności, w jakiej działa, i dlatego *volens nolens* zakorzeniony pozostaje w świecie wartości obowiązujących w danej społeczności. Treść obowiązującego prawa stanowi więc swoisty miernik wartości podzielanych przez poszczególne społeczności państwowe, jak i przez społeczność międzynarodową.

> ***Prawo międzynarodowe jawi się jako statyczny i zachowawczy porządek prawny właśnie z uwagi na mozolność procesu tworzenia nowych norm prawnych.***

Kreatywność systemu prawnego jako funkcja ideowej tożsamości wspólnoty politycznej

Czy wobec wspomnianego zjawiska dyktatury prawodawcy kreacja rozumiana jako ustawodawcza wszechwładza stanowi jedną z cech głównych współczesnych porządków prawnych? Czy może jednak istnieją pozaprawne kryteria wyznaczające jej granice? Udzielając odpowiedzi na postawione pytania trzeba mieć świadomość ufundowania tożsamość każdej społeczności politycznej, czy to międzynarodowej, czy zorganizowanej w państwo na pewnym zbiorze idei pozostających ze sobą w mniej lub bardziej spójnych związkach. Racjonalnym prawodawcą, tzn. prawodawcą działającym celowo a nie arbitralnie, będzie taka władza ustawodawcza, która stanowi

26 J. Woleński, dz. cyt., s. 15; tenże: *Wprowadzenie*,[w:] H.L.A. Hart, dz. cyt., s. XXII-XXIV. Por. jednak odmienny pogląd L. Morawskiego, *Główne problemy...*, s. 38–39.

prawo urzeczywistniające podzielane przez daną społeczność polityczną idee i wartości[27]. Normy prawne nie są prostym odbiciem istniejących stosunków faktycznych. W gruncie rzeczy to idee wspólne danej społeczności kształtują treść prawa i w konsekwencji stosunki społeczne, w jakich prawo działa[28]. Racjonalny prawodawca nie jest więc kreatywny w znaczeniu posiadania pełnej samowoli w zakresie treści obowiązujących przepisów prawnych. Prawodawcza samowola prowadzi do rozdźwięku między tworzonym prawem a *ethosem* społeczności, w której prawo działa. Jest to niewątpliwie niepożądany stan rzeczy.

Uwzględniając proces powstawania norm prawnych, międzynarodowy porządek prawny zdaje się być bardziej odporny na wystąpienie tego stanu rzeczy. Prawo międzynarodowe jawi się jako statyczny i zachowawczy porządek prawny właśnie z uwagi na mozolność procesu tworzenia nowych norm prawnych. Formalnie przesądza o tym tryb wielostronnego tworzenia prawa w stosunkach międzynarodowych, zaś materialnie brak koherentnego zbioru idei podzielanych powszechnie przez państwa tworzące społeczność międzynarodową. Osnową tej społeczności jest pluralizm *ethosów* właściwych poszczególnym państwom, czy grupom państw; *ethosów*, które nierzadko się wykluczają, a w najlepszym wypadku pozostają wobec siebie neutralne. Prawo międzynarodowe to przede wszystkim prawo międzypaństwowe i dlatego jego zasady, czyli normy powszechnie obowiązujące, powstają na mocy konsensusu wszystkich bądź prawie wszystkich państw. Głośne medialnie problemy prawne w stosunkach międzynarodowych pokazują, jak często trudno o taką zgodę począwszy od np. sprawy ograniczeń emisji gazów cieplarnianych, a skończywszy na zagadnieniu wojny prewencyjnej. Z tego punktu widzenia prawo międzynarodowe, które często nie jest w stanie od razu reagować na „nowe wyzwania", wydaje się mało kreatywnym porządkiem prawnym. Ale ta mała kreatywność tworzy tamę przeciwko rozdźwiękowi treści norm prawnych i idei przyświecających społeczności międzynarodowej. W obrębie państwa, gdzie prawo niemal całkowicie jest jednostronnie stanowione, powstaje ono oczywiście szybciej, ale tym samym pozostaje bardziej podatne na wystąpienie owego rozdźwięku.

Prawo państwowe, które bazuje na często długotrwale kształtowanych wartościach podzielanych przez daną społeczność, cieszy się społeczną akceptacją stanowiącą jeden z głównych warunków jego skuteczności. Prawo natomiast aksjologicznie obce danej społeczności politycznej odbierane jest przez nią jako gorset krępujący jej tożsamość. Dowodzą tego próby recepcji rozwiązań prawnych do państw o odmiennej konstrukcji kulturowej i społecznej, np. wprowadzanie ustawodawstwa komunistycznego do Polski i innych państw Europy Środkowej i Wschodniej po II wojnie światowej. Świadomość nieskuteczności tego typu działań była zapewne udziałem rządu Stanów Zjednoczonych, który, pomimo swej pozycji w Iraku po interwencji z 2003 r., pozostawił w gestii przedstawicieli społeczeństwa irackiego tworzenie nowej konstytucji tego państwa.

Porządek prawny to wyraz ideowej tożsamości społeczności politycznej. Nie sposób więc budować go na zasadach oderwanych od doświadczenia historycznego i wartości podzielanych przez daną społeczność. Prawa, nawet obiektywnie najdoskonalsze, lecz nie odzwierciedlające *ethosu* wspólnoty państwowej, stanowią potencjalny zaczyn jej rozpadu. Są one bowiem czymś sztucznym wobec wartości podzielanych przez społeczność i dlatego ich stosowanie w praktyce pro-

27 Już Arystoteles dostrzegał komplementarność między prawami a cechami społeczności, w jakich one obowiązują. W *Polityce* czytamy: „jest jasne, że prawa winny być dostosowane do ustroju. Jeśli zaś tak, to oczywistą jest rzeczą, że prawa dostosowane do właściwego ustroju będą z konieczności sprawiedliwe, a przystosowane do zwyrodniałego ustroju niesprawiedliwe" (*Polityka*, 1282b, *dz. cyt.*, s. 93). Podkreślał to również wyraźnie nowożytny klasyk konstytucjonalizmu Monteskiusz, *O duchu praw*, tłum. T. Boy-Żeleński, DeAgostini, Warszawa 2002, zwł. s. 19–21. Myśl tę podjął i twórczo rozwinął później Hegel w swej koncepcji *Sittlichkeit*.

28 W odniesieniu do sprawy stosunku idei do praktyki społecznej por. Ch. Taylor, *Teoria społeczna jako praktyka*, tłum. D. Lachowska, [w:] Z. Krasnodębski (red.): *Świat przeżywany. Fenomenologia i nauki społeczne*, PIW, Warszawa 1993, s. 347, 357. Por. też stanowisko P. Wincha, który twierdzi: „stosunki społeczne tak naprawdę istnieją tylko w rozpowszechnionych w społeczeństwie ideach i przez te idee albo, mówiąc inaczej, stosunki społeczne należą do tej samej kategorii logicznej co stosunki między ideami" (P. Winch, *Idea nauki o społeczeństwie i jej związki z filozofią*, tłum. B. Chwedeńczuk, Oficyna Naukowa, Warszawa 1995, s. 133).

wadzi do rozdźwięku nakazów normatywnych i faktycznych zachowań ludzi. „Rozkład państwa – mówił już Hegel – najlepiej poznaje się po tym, że wszystko toczy się inaczej, niż mówią ustawy”[29]. Państwo, którego władza w zakresie tworzonego prawa uważa się za niezwiązaną podzielanymi przez społeczeństwo wartościami, jest państwem słabym, czego przyczyna tkwi w tożsamej z samowolą kreatywności ustawodawcy. Oddajmy raz jeszcze głos Heglowi: „(...) uznajemy (...) za bezgranicznie silną taką władzę państwową, którą może wspierać wolny i nie poddany pedanterii duch jej narodu. (...) To moc prawa sprawia, że władza – choć jest potęgą największą w państwie – jednostek nie przygniata”[30]. Prawo aksjologicznie nieakceptowane odbierane będzie zawsze jako prawo obce, zaś system prawny składający się z tego rodzaju przepisów jest wewnętrzne kruchy i podatny na gwałtowne i nieprzewidywalne zmiany. Niekwestionowany przykład stanowi tu zbiór praw Polski Ludowej, którego odrzucenie i zastąpienie porządkiem prawnym opartym na zasadach rządów prawa, pluralizmu politycznego i gospodarki rynkowej zyskało na przełomie lat 80. i 90. XX w. dużą społeczną akceptację. Taką akceptację zaskarbia sobie wszelka działalność prawodawcza, której celem jest ugruntowanie w systemie prawnym najważniejszych dla wspólnoty państwowej wartości: sprawiedliwości, solidarności, równości czy wolności, by wymienić te tylko, którym współczesne konstytucje przypisują najważniejsze znaczenie.

Jakie wnioski wynikają z dotychczasowych uwag? Przede wszystkim ten, że tworzenie prawa oderwanego od aksjologicznego rdzenia danej społeczności politycznej stanowi istotną wadę porządku prawnego, ponieważ mija się z jego *ratio essendi*, którym jest ustanawianie i ochranianie ładu w obrębie społeczności. Międzynarodowy porządek prawny, z uwagi na właściwy mu wielostronny mechanizm powstawania prawa, jest lepiej zabezpieczony przed arbitralną kreatywnością prawodawczą. W każdym razie występujące w nim przejawy hegemonialnych aspiracji będące potencjalnym zarzewiem anarchizmu w stosunkach międzynarodowych są szeroko kontestowane. Kreatywność stanowić może zaletę systemu prawnego wówczas, gdy za jej sprawą dochodzić będzie w państwie, jak i w stosunkach międzynarodowych do umacniania pożądanego przez podmioty porządku prawnego ideału aksjologicznego. Pozytywną kreatywnością jest więc kreatywność, której nie sposób utożsamiać z samowolą ustawodawczą, czyli taka kreatywność, której granice moderowane pozostają przez ów ideał i społeczne oczekiwania artykułowane w ramach rzeczywistego dialogu. Jedynie wówczas możliwe będzie budowanie społeczeństwa obywatelskiego, w którym ugruntowanie znajdzie główna idea republikanizmu – „nic o nas bez nas”.

Porządek prawny między stabilnością a elastycznością

W debatach politycznych i prawniczych często pojawia się pytanie o zasadność i rację zmiany prawa. W obrębie tego problemu spotykamy dwa skrajne stanowiska. Pierwsze utrzymuje, że prawa, zwłaszcza praw podstawowych, co do zasady nie należy zmieniać. Drugie zaś podkreśla zakorzeniony w naturze prawa jego procesualny, dynamiczny charakter. W innym sformułowaniu zarysowaną opozycję można przedstawić jako konflikt dwóch wartości przypisywanych systemowi prawnemu, a mianowicie jego stabilności i elastyczności.

Czy prawo więc winno być trwałe, odporne na zmiany, czy może – wychodząc naprzeciw „nowym wyzwaniom” społecznym, politycznym, kulturowym – elastyczne? Stabilność daje pewność i zaufanie do prawa. Trafne pozostaje niewątpliwie przekonanie, iż dobrym porządkiem prawnym jest porządek gwarantujący jego podmiotom przewidywalność sytuacji prawnej, czyli porządek, który unika częstych i radykalnych zmian; porządek, w którym podmioty stosunków prawnych planują swoje działania zakładając, że nie utracą uprawnień legalnie i uczciwie nabytych; porządek wreszcie, w którym oszczędnie i z namysłem stosuje się zasadę *lex retro agit*, zakazując bezwzględnie w niektórych dziedzinach jej działania. Zbyt częste zmiany prawa będące skutkiem nadkreatywności ustawodawcy podważają jego racjonalność i osłabiają tym samym autorytet prawa. Rola prawa jako strażnika ładu społecznego zostaje wówczas poważnie nadwerężona.

29 G.W.F. Hegel, *Ustrój Niemiec*, tłum. A. Ochocki, [w:] tenże, *Ustrój Niemiec i inne pisma polityczne*, Aletheia, Warszawa 1997, s. 133.

30 Tamże, s. 149, 171.

Co z kolei może przemawiać za elastycznością porządku prawnego? To przede wszystkim, że nie stanowi on „bytu w sobie i dla siebie". Jest jednym z normatywnych porządków w stosunkach społecznych ustanowionym dla ochrony w nich ładu opartego na pewnym ideale aksjologicznym. Z tego względu działalność prawodawcza winna być działalnością celową, tzn. działalnością nastawioną na ochronę ideału, który tworzy tożsamość wspólnoty politycznej. „Cel jest twórcą całego prawa" – podkreślał nie bez racji Rudolf von Ihering już pod koniec XIX stulecia[31]. Właśnie celowość nadaje tworzeniu prawa przymiot racjonalności i stanowi jeden z warunków jego legitymacji. Z uwagi na zmiany zachodzące w stosunkach społecznych, pojawianie się wcześniej nie występujących zjawisk, jak również ze względu na rozwój ludzkiego poznania zmiany prawa są pożądane. Co więcej, w sytuacjach zasadniczych przeobrażeń społecznych i politycznych zmiany są wręcz konieczne i społecznie akceptowane, czego dowodzi choćby tzw. transformacja ustrojowa w Polsce i innych europejskich byłych państwach komunistycznych.

Uzasadnienie kreatywności systemu prawnego trwa jednak dopóty, dopóki stanowione normy prawne przyczyniają się do zachowania dobra wspólnego danej społeczności, bądź zabezpieczają przed wystąpieniem poważnych szkód społecznych. O ile szkody takie nie pojawiają się, o ile tworzone prawo nie prowadzi do społecznych patologii, o tyle elastyczność prawa wynikającą z kreatywności ustawodawczej można poczytywać za pozytywną cechę porządku prawnego. Jednak tak rozumiana elastyczność zawiera w sobie pewne zagrożenie. Otóż zmiany prawa uzasadnianie nowymi „problemami i wyzwaniami", jakie niesie współczesność prowadzić mogą do sytuacji wypaczającej rolę systemu prawnego jako istotnego czynnika ładu społecznego. Chodzi o sytuację, gdzie system prawny przestaje, początkowo niezauważalnie, pełnić rolę systemu normującego – w najlepszym znaczeniu tego słowa – życie społeczne, a staje się środkiem sterującym społeczeństwem. Rodzi się wtedy w państwie podział na „my" i „oni" (rządzonych i rządzących). Ma to miejsce wówczas, gdy prawo nie szanuje, a w skrajnych, choć wcale nierzadkich, przypadkach, gwałci podstawową wartość danej społeczności politycznej, niezależnie od tego, czy będzie nią wolność, równość, sprawiedliwość czy solidarność.

Wskazana jest tu dygresja o międzynarodowym porządku prawnym. Trudniej w nim niż w porządku krajowym o zmianę prawa; ba, często jest pomawiany o statyczność, zachowawczość i konserwatyzm. Dzięki temu jednak pozostaje lepiej przygotowany na odpór patologii instrumentalizacji prawa przez prawodawcę, choć i on do pewnego stopnia pozostaje areną walki między zasadami stabilności i elastyczności. W szczególności i w obrębie międzynarodowego porządku prawnego napotykamy ostatnio coraz częściej postulaty sprostania przezeń „nowym wyzwaniom" współczesności. Z powodu jednak braku w prawie międzynarodowym organu ustawodawczego władnego jednostronnie stanowić prawo występuje w nim stosunkowo nieduże ryzyko zaistnienia zjawiska „dyktatury ustawodawcy", tzn. sytuacji, w której legalnie umocowany podmiot tworzący prawo kreuje normy, których treść nie jest aprobowana, a w najlepszym razie rozumiana, przez większość adresatów. Jednak i w tym prawie takie ryzyko występuje. Jego spektakularnym przejawem są hegemonialne aspiracje niektórych państw. W ich ramach światowe bezpieczeństwo usiłuje się uzależniać od zachowań jednego bądź kilku mocarstw marginalizujących znaczenie ograniczeń wynikających z zobowiązań prawych i zinstytucjonalizowanej dyplomacji wielostronnej. Przejawem hegemonializmu jest nie tylko narzucanie przez państwa lub grupę państw rozwiązań działających w ich interesie, lecz również wysuwanie aspiracji do traktowania partykularnych stanowisk i propozycji jako uniwersalnych, czyli jakoby wyrażających preferencje i interesy całej społeczności międzynarodowej. W przeszłości prowadziło to często do zjawiska „fałszywego uniwersalizmu", którego skrajnym wyrazem było w XIX w. *ius publicum Europeum*. Tym niemniej, tam, gdzie prawo tworzone jest wielostronnie, powstaje ono z reguły wolniej i z tego punktu widzenia ustawodawca jest niewątpliwie mniej kreatywny. W rezultacie, zmiany w prawie są trwalsze, a porządek prawny jawi się jako pewniejszy i tym samym budzi większe zaufanie. Głębszy i dłuższy dialog w procesie powstawania prawa oraz pluralizm tego procesu spo-

31 „Der Zweck ist der Schöpfer des Ganzen Rechts" (R. von Ihering, *Der Zweck im Recht*, t. 1, Leipzig 1893).

walniają kreatywność, lecz niosą ze sobą stabilizację zdolną głębiej zakorzenić ład społeczny w stosunkach, w jakich prawo działa. Toteż pluralizm stanowi tę cechę procesu prawotwórczego w stosunkach międzynarodowych, która w czasie mocno w ostatnich latach akcentowanych hegemonialnych aspiracji niektórych państw pozostaje godna obrony.

Uwagi końcowe

Ortodoksyjnie pozytywistyczne postrzeganie roli ustawodawcy jako nieograniczonego kreatora norm prawnych zapoznaje ideał prawa jako istotnego czynnika ładotwórczego w stosunkach społecznych oraz gwaranta chroniącego rdzeń aksjologiczny społeczności politycznej. Kreacja w systemie prawnym jest o tyle uzasadniona, o ile za jej sprawą dochodzi do powstawania norm prawnych podtrzymujących tożsamość tej społeczności. Kreatywność ustawodawcy spotyka się ze społeczną legitymacją wówczas, gdy nie prowadzi do poważnych rozbieżności między normatywnymi nakazami i zakazami a faktycznymi zachowaniami podmiotów prawnych. Kryterium oceny kreatywności porządku prawnego pozostaje więc skuteczność obowiązujących w nim przepisów prawnych; skuteczność wynikająca nie tylko z tzw. tetycznego uzasadnienia obowiązywania prawa, tj. pochodzenia przepisów od uprawnionego organu, który wydał je w odpowiedniej formie i przy zachowaniu odpowiedniej procedury, lecz przede wszystkim z jego przestrzegania będącego następstwem faktu konserwowania przez system prawny najważniejszych dla danej społeczności wartości. Prawodawca nie posiadający stosowanego rozeznania aksjologicznego czynić może ze swej potencjalnej kreatywności niedobry użytek. Trudno mu bowiem z jednej strony przewidywać, czy i w jakim zakresie zmieniać prawo, z drugiej zaś strony cechować go może nadkreatywność, której wynikiem będzie obejmowanie regulacją prawną sfer życia społecznego, które tego nie wymagają. W społecznym odbiorze takie nakazy i zakazy traktowane będą jako czynnik obcy i w rezultacie pełnić będą jedynie pozornie funkcję regulacyjną. Dochodzi wówczas do rozdźwięku między tym, co legalne i legitymizowane. Koegzystencja tych dwóch sfer funkcjonowania porządku prawnego to jedno z najważniejszych zadań prawodawcy i zarazem kryterium jego pożądanej kreatywności.

Ewa Kabza

Problem stosowania analogii w prawie cywilnym

There is no word, (…) which is used more loosely,
or in a greater variety of senses, than Analogy.
J. S. Mill, A System of Logic, *t. II, Londyn 1868, s. 86*

Mgr Ewa Kabza

Doktorantka w Katedrze Prawa Cywilnego i Rodzinnego na Wydziale Prawa i Administracji UMK w Toruniu. Uczestniczka kursu z zakresu prawa angielskiego (Certificate in an Introduction to English Law and the Law of the European Union). Absolwentka studiów administracyjnych na WPiA UMK (2008 r.). Ukończyła także Europejskie Studia Specjalne w Centrum Studiów Europejskich im. Jeana Monneta w Toruniu (2006 r.), Europejską Akademię Dyplomacji w Warszawie (2008 r.) oraz Comparative Law Course na UMK (2007 r.). Zajęła II miejsce w konkursie na najlepsze prace dyplomowe na WPiA (2008 r.). Opublikowała trzy artykuły: Utrata szansy wyleczenia w prawie angielskim *(„Prawo i Medycyna" 2010, nr 38);* Wybrane problemy upadłości konsumenckiej w świetle nowej regulacji *(*Studia Iuridica Toruniensia *2009, t. V); LIFE+ na lata 2007–2013 („Prawo i Środowisko 2007", nr 4).*

Problem of reasoning per analogiam *in civil law*

The article deals with a problem of using reasoning per analogiam *in Polish civil law. Nevertheless, at first, it was essential to make some general remarks on this most frequently used technique of legal argument. The paper discusses not only the concept of lacuna and the problem of „relevant" similarity as two necessary and sufficient conditions for the analogical argumentation, but also the method of application of analogy in legal reasoning. However, the article shows both theoretical background of reasoning* per analogiam *in Polish civil law (analogy „in book") and analogy „in action". Many cases from the private law application practice serve as an example for a careful examination of a question under discussion. Among them, noteworthy is to mention about the sanction of defective legal act of legal person (society) or about the application of* argumentum *a* simile *in property law. Also some widely held views are challenged in this paper – in the midst of them statement that reasoning by analogy is a tool for petrification of the legal order. It was also the author's aim to emphasize the inconsistency in judicial opinions on various material aspects – the problem of article 656 of Polish civil code is one of the best examples. Finally, it was vital to mention that the winds of change with regard to the meaning of separation of powers are blowing. As far as some distinguished scholars are concerned, it's high time to recognize the lawmaking character of a judicial exposition of the existing law. The practice of creative judicial interpretation which is mainly developed due to reasoning* per analogiam *confirms the abovementioned statement.*

Uwagi wprowadzające

Kodeks, nawet najbardziej kompletny, nigdy nie jest zakończony[1]. Właściwie należałoby powiedzieć, że kodeksy tworzą się samoistnie z biegiem czasu. „Ustawy raz zredagowane pozostają takie, jak zostały napisane; natomiast ludzie nigdy nie stoją w miejscu; stale działają"[2]. Aby prawo raz ustanowione „nadążało" za zachodzącymi w społeczeństwie zmianami, potrzeba Dworkinowskiego „supersędziego", „sędziego-Herkulesa", który orzekając, stawia sobie za cel znalezienie takiego rozwiązania, które najlepiej przystaje do systemu prawnego jako całości oraz znajduje najmocniejsze uzasadnienie w systemie (*dimension of fit* oraz *dimension of justification*)[3]. Orzekanie przez sędziego-Herkulesa jest procesem dynamicznym, opartym nie tylko na przepisach prawa, ale i na kryteriach otwartych oraz innych decyzjach stosowania prawa[4], w którym rzeczywistość odzwierciedlona jest na bieżąco w jego orzeczeniach[5].

Inhibitorem dla nadmiernej normotwórczości sędziego, w opinii niektórych, jest właśnie analogia (co poddane będzie dokładniejszej analizie w dalszej części rozważań). Mówiąc o stosowaniu analogii, trzeba mieć na myśli zabieg polegający na „rozszerzaniu" zakresu istniejącej w prawie pozytywnym normy prawnej (lub zespołu norm) na inne sytuacje, które co prawda nie mieszczą się w zakresie obowiązującej normy (lub ich zespołu), ale są do niej podobne. Skoro rozszerzamy dyspozycję istniejącej normy prawnej na okoliczności nie objęte jej zakresem, poszerzamy w ten sposób spektrum okoliczności, które będą podpadały pod ten sam przepis. A to oznacza w pewnym stopniu petryfikację stanu prawnego. Okoliczności są „nowe", rozwiązania zaś ciągle te same. Dlatego też niektórzy konstatują, że „w ogromnej większości przypadków analogia jest w gruncie rzeczy tylko pewnym pretekstem, jedną z licznych fikcji, którymi operujemy w prawie, chcąc ratować walor pewnych zasad, które praktycznie są nie do utrzymania"[6]. Nie przesądzając w tym miejscu słuszności tego twierdzenia, należy dodać, że dla innych analogia w praktyce stosowania prawa to istny *brainstorm of jurists'-diction*[7], co postaram się wykazać w niniejszym opracowaniu.

> ***Powszechnie przyjmuje się, że granicą oddzielającą wykładnię* sensu stricto *od analogii jest możliwe znaczenie językowe przepisu.***

Miejsce analogii w teorii prawa

Ogólnym zadaniem wykładni jest ustalenie, czy też konstruowanie, rzeczywistego znaczenia norm prawnych[8]. Można nawet zaryzykować twierdzenie, podążając tokiem rozumowania przedstawicieli hermeneutyki, że przed interpretacją nie ma prawa. Dopiero w trakcie rozwiązywania poszczególnych problemów powstaje „konkretne prawo"[9], które będzie uwzględniać w dostatecznym stopniu podlegające ciągłym zmianom otoczenie społeczne. Uwaga ta jest zasadna zwłaszcza na gruncie prawa cywilnego, którego normy konstru-

1 J.M.E. Portalis. Podaję za: J. Bell, S. Boyron, S. Whittaker, *Principles of French law*, Oxford 1998, s. 26.

2 Tamże.

3 Z. Brodecki (red.), *Europa sędziów*, Warszawa 2007, s. 27

4 Tak L. Leszczyński na konferencji międzynarodowej *Aktywizm czy formalizm sędziowski – jaka droga dla polskiego sądownictwa?* Zob. sprawozdanie z konferencji A. Kalisz, M. Stefaniuk, PiP 2007, z. 5, s. 128.

5 Z. Brodecki (red.), *Europa*…, s. 27.

6 A. Stelmachowski, *Zarys teorii prawa cywilnego*, Warszawa 1998, s. 301.

7 S. Brewer, *Exemplary Reasoning: Semantic, Pragmatics, and the Rational Force of Legal Argument by Analogy*, Harvard Law Review 1996, t. 109, s. 926.

8 S. Grzybowski, *System prawa cywilnego*, Wrocław 1985, s. 168. Liczne przykłady określeń wykładni prawa prezentuje J. Woleński, *Logiczne problemy wykładni prawa*, ZNUJ 1972, z. 56, s. 20–26.

9 J. Stelmach, B. Brożek, *Metody prawnicze*, Kraków 2006, s. 190.

owane są na wysokim poziomie abstrakcji, a wielość i zmienność stanów faktycznych, które pod normy te podpadają, jest ogromna.

Wykładnia, „jako *interpretatio*, a więc swego rodzaju «zapośredniczenie» między wypowiedzią normatywną a jej adresatami, odkrywa w *interpretandum* elementy na pierwszy rzut oka niejawne, a więc co prawda niedostępne bezpośredniemu oglądowi, lecz w pewnym sensie już w owej wypowiedzi zawarte”[10]. Wykładnia komplementuje to, co w ustawodawstwie niekompletne, i doskonali to, co niedoskonałe. Tym samym stanowi „funkcjonalny surogat ustawy”[11]. Jest to więc „specyficzna działalność rekonstrukcyjna, usytuowana niejako pomiędzy twórczą konstrukcją prawa a mechaniczną aplikacją jego przepisów”[12].

Powszechnie przyjmuje się, że granicą oddzielającą wykładnię *sensu stricto* od analogii jest możliwe znaczenie językowe przepisu. Podczas gdy wykładnia mieści się w ramach możliwego znaczenia leksykalnego danego zwrotu, analogia wykracza poza to znaczenie (w zgodzie z maksymą *cessante ratione legis, cessat lex ipsa*)[13]. Dlatego też „problematyka stosowania analogii teoretycznie różni się nieco od problematyki stosowania innych środków wykładni”[14]. Przejście od wykładni do analogii powoduje przesunięcie w materiale stanowiącym podstawę decyzji. W przypadku analogii bowiem nie jest to już tekst ustawy (warunkiem koniecznym do zastosowania analogii jest luka w prawie, więc jakiś prawnie relewantny, jednak nieuregulowany prawem pozytywnym stan faktyczny), lecz pewne wielkości normatywne, cele i wartości[15]. Analogia jest instrumentem, który na wzór rzymskiego *ius pretorium*, wspomaga (*adiuvare*), uzupełnia (*supplere*) i koryguje (*corrigere*) *ius civile*.

Nasuwa się w tym miejscu pytanie, czy wnioskowanie *per analogiam* jest w takim razie jeszcze wykładnią, czy już tworzeniem prawa (przynajmniej na potrzeby rozstrzygnięcia konkretnej sprawy[16]). A może jest „czymś trzecim”? SN dostrzega subtelność granicy między kreacją prawa a jego stosowaniem. W jednym z wyroków *expressis verbis* nakazuje zachowanie ostrożności przy stosowaniu analogii. „Skoro sądy w Rzeczypospolitej Polskiej stosują prawo, a nie je tworzą, konieczna jest ostrożność, tak aby analogia mieściła się w granicach wykładni prawa i nie prowadziła do przekroczenia granic władzy, którą Konstytucja powierzyła sędziom i sądom”[17]. W doktrynie natomiast wyrażono pogląd, iż analogia *legis* (*a fortiori* więc analogia *iuris*) to „ewidentny przypadek prawotwórstwa interpretatora, akceptowany pod jednym bardzo rygorystycznym warunkiem: że dotyczy ona jedynie uzupełnienia systemu prawa przez wypełnienie tzw. luk konstrukcyjnych tego systemu”[18]. Wydaje się, że źródłem dualizmu w pojmowaniu roli analogii jest różne podejście do systemu źródeł prawa *per se*. Podczas gdy w przywołanym wyroku SN opowiedział się za tzw. systemem deklarowanym (gdzie wykładnia nie jest traktowana jako źródło prawa wobec konstytucyjnego, zamkniętego katalogu źródeł prawa), doktryna postuluje przyjęcie tzw. systemu realnego[19]. W obliczu kształtowania się *ius commune* bardziej adekwatne wydaje się drugie stanowisko odrzucające w pewnym zakresie „fetysza pozytywizmu prawniczego” (formalny system źródeł prawa)[20]. Trudno lekceważyć w praktyce stosowania prawa osiągnięcia dokonane na gruncie harmonizacji prawa umów (np. PECL, UNIDROIT), czy czynów niedozwolonych (PETL). Należy mieć jednak świadomość, iż uznanie i respektowanie tego „prawa pozbawionego obowiązywania”[21] to rozszerzenie

10 T. Giaro, *Wykładnia bez kodeksu*, streszczenia referatów z konferencji wydziałowej „Wykładnia prawa” odbywającej się 27 lutego 2004 r. w Warszawie, s. 26, http://konferencja.wpia.uw.edu.pl/files/streszczenia.pdf.

11 T. Giaro, *Wykładnia bez kodeksu. Uwagi historyczne o normatywności interpretacji prawniczej* [w:] P. Winczorek (red.), *Teoria i praktyka wykładni prawa*, Warszawa 2005, s. 16.

12 Tamże, s. 14.

13 L. Morawski, *Wstęp do prawoznawstwa*, Toruń 2008, s. 161.

14 J. Wróblewski, *Zagadnienia teorii wykładni prawa ludowego*, Warszawa 1959, s. 312.

15 T. Spyra, *Granice wykładni prawa*, Kraków 2006, s. 51 i cyt. tam literatura.

16 Analogię *legis* jako metodę tworzenia norm konkretno-indywidualnych postrzegał np. W. Siedlecki, *Podstawowe pojęcia prawne*, Kraków 1948, s. 85.

17 Wyrok SN z 25 kwietnia 2007 r., IV CSK 34/07, LEX nr 461601.

18 M. Safjan (red.), *System Prawa Prywatnego. Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2007, s. 432.

19 T. Giaro, *Interpretacja jako źródło prawa – dawniej i dziś*, Studia Prawnoustrojowe 2007, nr 7, s. 244.

20 T. Giaro, *Wykładnia…*, Warszawa 2005, s. 22.

21 N. Jansen, *Dogmtik, Erkenntnis und Theorie im europäischen Privatrecht*, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 2005, nr 13, s. 752 [za:] T. Giaro, *Interpretacja…*, s. 249.

kompetencji prawotwórczej już nie tylko na sądy, ale także na teoretyków prawa. Odnosząc się już *stricte* do zagadnienia analogii, warto zasygnalizować stanowisko Savigny'ego, który w imię pandektystycznej „naukowości" tworzenia prawa chciał wyjąć analogię spod kompetencji sądów, których naukowość była wątpliwa (gdyż rzadko spotykany był „uczony na stolcu sędziowskim"[22]), i zarezerwować możliwość jej stosowania dla dogmatyki uniwersyteckiej[23].

Argumentum a simile (podobnie jak pozostałe reguły logiki prawniczej) wpisuje się w tzw. wykładnię *sensu largo*[24] (techniczne metody wykładni[25]), w odniesieniu do których granica znaczenia językowego nie jest bezwzględnie koniecznym instrumentem metodologicznym[26]. Jak stwierdził SN, „analogia *legis* stanowi jedną z technicznych metod wykładni prawa *sensu largo*"[27]. Inni umieszczają wnioskowanie *per analogiam* w ramach wykładni logicznej, która opiera się na uznaniu za obowiązujące norm prawnych „wywnioskowanych" według reguł wnioskowań sformułowanych przez doktrynę prawniczą (reguły inferencyjne)[28].

W prawie niemieckim wyróżniono wykładnię sensu *stricto* (*Auslegung*) oraz rozwijanie norm (*Rechtsfortbildung*). O ile więc możliwe znaczenie językowe jest w Niemczech granicą wykładni, nie jest już granicą dopuszczalności decyzji stosowania prawa. Poza granicą językową jest jeszcze sądowe prawotwórstwo[29]. Przez teoretyków prawa europejskiego analogia postrzegana jest natomiast jako instrument wykładni systemowej (kontekstualnej), argument *quasi*-logiczny (argument w węższym znaczeniu), gwarantujący autonomiczność, integralność i spójność systemu[30].

Analogia a instytucje podobne

W teorii prawa funkcjonują dwie instytucje, których zakres znaczeniowy w pewnym sensie odpowiada zakresowi terminu „analogia". Są to: wykładnia rozszerzająca oraz odpowiednie stosowanie przepisów. Pokrótce zostaną poniżej przedstawione cechy pozwalające na przyporządkowanie określonej czynności do któregoś z podanych zabiegów interpretacyjnych.

Istnieją co najmniej dwa znaczenia pojęcia „wykładnia rozszerzająca"[31]. Jeśli punktem odniesienia uczynimy wykładnię językową, to każda wykładnia, która daje wynik szerszy od wykładni językowej (od tzw. bezpośredniego rozumienia przepisu), jest wykładnią rozszerzającą[32]. Jeśli modyfikacji ulegnie w pewnym stopniu pojęcie „językowego znaczenia przepisu" i nie zostanie ograniczone tylko do „bezpośredniego rozumienia przepisu"[33], wówczas pod pojęciem wykładni rozszerzającej trzeba rozumieć taką wykładnię, która rozciąga znaczenie przepisu do granic możliwego znaczenia językowego, obejmując nim również przypadki nienależące do pozytywnych kandydatów predykatu[34]. Gdy natomiast badamy relację między wykładnią językową a wykładnią intencjonalną (czyli wykładnią przepisów zgodną z wolą i intencjami prawodawcy), z wykładnią rozszerzającą mamy do czynienia wtedy, gdy przyjmujemy znaczenie przepisu szersze od znaczenia językowego, bo normodawca powiedział mniej niż zamierzał (*minus dixit quam voluit*)[35]. Dlatego też, mimo iż określony przypadek nie należy do „rdzenia znaczeniowego" (P. Heck i H. Hart powiedzieliby „do jądra" pojęcia), należy do budzącej wątpliwości „sfery przejściowej" („płaszcza" pojęcia)[36].

Wśród teoretyków prawa brak jednolitego stanowiska co do kryteriów odróżniających *interpretatio*

22 F. C. von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, t. I, Berlin 1840, s. 89 [za:] T. Giaro, *Wykładnia…*, s. 19.

23 Tak T. Giaro, *Wykładnia…*, s. 27.

24 Tak L. Morawski, *Wstęp…*, s. 159; M. Zieliński, Z. Radwański, *Wykładnia prawa cywilnego*, Studia Prawa Prywatnego 2006, nr 1, s. 13.

25 S. Grzybowski (red.), *System…*, s. 168.

26 T. Spyra, *Granice…*, s. 78.

27 Uchwała SN z 22 września 1995 r., III CZP 119/95, OSNC 1995/12/180.

28 T.A. Filipiak, J. Mojak, M. Nazar, E. Niezbecka, *Zarys prawa cywilnego*, Lublin 2008, s. 68.

29 T. Spyra, *Granice…*, s. 267.

30 D. de Búrca, J.H.H. Weiler (red.), *The European Court of Justice*, Oxford 2001, s. 58. Podobnie H.G. Schermers, M. Waelbroeck, *Judicial protection in the European Union*, Hague 2002, s. 18. Por. także J. Stelmach, B. Brożek, *Metody prawnicze*, Kraków 2006, s. 187.

31 L. Morawski, *Wstęp…*, s. 139.

32 Tamże.

33 S. Grzybowski (red.), *System…*, s. 175.

34 Tak K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin 1991, s. 354 [za:] T. Spyra, *Granice…*, s. 106.

35 Podobnie E. Waśkowski, *Teoria wykładni prawa cywilnego*, Warszawa 1936, s. 169.

36 J. Wróblewski, *Interpretatio extensiva*, RPEiS 1965, nr 1, s. 116.

extensiva od analogii[37]. Wyrażono np. w doktrynie pogląd, zgodnie z którym „wykładnia z analogii *legis* tym różni się od wykładni rozszerzającej, że w przypadku wykładni rozszerzającej tekst jest językowo jasny, a ów jasny sens nie zostaje uznany mimo to za miarodajny, podczas gdy przy analogii *legis* powstaje niejasność co do ograniczania zakresu stosowania i zakresu normowania jedynie do elementów wyraźnie zaznaczonych"[38]. Inni proponują trzy sposoby rozstrzygnięcia tego sporu[39]. Po pierwsze, można analogię postrzegać jako swoiste „koło ratunkowe" dla podmiotów stosujących prawo, gdy luka istnieje mimo zastosowania wykładni. Inni postulują zatarcie granicy między wykładnią rozszerzającą a analogią. Trzecia koncepcja wprowadza natomiast dualizm samego pojęcia analogia. W rezultacie, można byłoby mówić o analogii w wykładni prawa i analogii w stosowaniu prawa, przy czym koncepcja ta ma walor jedynie teoretyczny. W praktyce bowiem irrelewantny jest fakt, czy uznamy, iż znaczenie stosowanej normy zostało ustalone *per analogiam*, czy też że normę ustaloną nie *per analogiam* zastosowano *per analogiam* do szerszego zakresu faktów[40].

Odnosząc się natomiast do drugiego pojęcia, które należy odróżnić od analogii, a mianowicie do odpowiedniego stosowania przepisów, wskazać trzeba, że polega ono na „najnormalniejszym stosowaniu określonych przepisów do drugiego zakresu odniesienia, z tym jednak, że całkowicie nie mają zastosowania, bądź też w pewnej części swej treści ulegają zmianie te pośród nich, które ze względu na treść swych postanowień są bezprzedmiotowe lub sprzeczne z przepisami normującymi już dane stosunki, do których mają być zastosowane"[41]. Przeniesienie określonej normy „poza macierzysty zakres regulacji odbywa się z założonym przez ustawodawcę dopasowaniem do drugiego zakresu odniesienia, dopuszczonym formułą «odpowiedniego» stosowania przepisu. Przy ustalaniu sposobu dostosowania normy w drugim zakresie odniesienia niezbędne staje się wykorzystanie zasad wykładni systemowej i funkcjonalnej. Te zaś skłaniają do przyjęcia, że stosowanie normy w drugim zakresie odniesienia, chociaż «odpowiednie», powinno nastąpić w sposób najbardziej zbliżony do tego, w jakim funkcjonuje ona w pierwszym zakresie"[42].

Proces odpowiedniego stosowania opiera się na podobieństwie między przepisami. Dlatego też w oczywisty sposób można zaklasyfikować go jako rodzaj analogii[43]. Oceny tej nie podzielił SN w uchwale w składzie siedmiu sędziów z dnia 29 września 2009 r., twierdząc, że „czym innym jest (…) odpowiednie stosowanie określonych przepisów, wynikające z odesłania do pewnej regulacji odrębnej, podyktowanego techniką legislacyjną (zredukowanie konieczności powtórzeń) i koniecznością modyfikacji tej regulacji ze względu na odmienną istotę przedmiotu tej regulacji, a czym innym stosowanie takich przepisów w drodze analogii, którą uzasadnia właśnie brak odpowiedniej regulacji"[44]. Podobne rozróżnienie poczynił SN w uchwale z 18 października 2006 r.: „(…) istnieje zasadnicza różnica pomiędzy odpowiednim stosowaniem a analogią z przepisu ustawy. «Odpowiednie stosowanie» następuje bowiem z woli ustawodawcy, zawartej w przepisie odsyłającym (…) przy czym wymóg «odpowiedniości» oznacza, że przepis odnoszący się do innej, wyraźnie uregulowanej sytuacji wymaga dostosowania (a więc w pewnym sensie modyfikacji) ze względu na różnice zachodzące pomiędzy dwoma abstrakcyjnie, hipotetycznie określonymi stanami faktycznymi. Natomiast analogia z ustawy (analogia *legis*) jest instytucją nie-

37 W praktyce natomiast odróżnienie wykładni rozszerzającej od wnioskowania *per analogiam* często natrafia na poważne przeszkody – zwłaszcza gdy nie można ustalić, czy norma prawna jest nieściśle sformułowana, czy też zamierzeniem ustawodawcy było pominięcie niektórych aspektów (por. E. Waśkowski, *Teoria wykładni…*, s. 169, przypis 18). Z pomocą wówczas przychodzi wykładnia systemowa i zakaz wykładni prowadzącej do luk.

38 S. Wronkowska (red.), *Z teorii i filozofii Zygmunta Ziembińskiego*, Wolters Kluwer 2007, s. 210. Podobnie S. Wronkowska, Z. Ziembiński, *Zarys teorii prawa*, Poznań 1997, s. 168.

39 J. Wróblewski, *Interpretatio…*, s. 129–130.

40 Tak J. Wróblewski, *Sądowe stosowanie prawa*, Warszawa 1972, s. 291–292.

41 J. Nowacki, *„Odpowiednie" stosowanie przepisów prawa*, PiP 1964, z. 3, s. 372.

42 Uchwała SN z 30 stycznia 2001 r., I KZP 50/00, OSNKW 2001/3–4/16.

43 L. Morawski, *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2006, s. 215; J. Nowacki, *Analogia legis*, Warszawa 1966, s. 154.

44 Uchwała SN (7) z 29 września 2009 r., III CZP 41/09, LEX nr 518164.

uregulowaną żadnym przepisem i oznacza, że organ stosujący prawo uzupełnia, na podstawie istniejących przepisów, lukę, którą ustawodawca pozostawił, choć mógł i powinien był ją «zapełnić» odpowiednią regulacją prawną. Założeniem analogii jest podobieństwo pomiędzy hipotetycznym stanem faktycznym, który został wyraźnie uregulowany, a podobną sytuacją nieuregulowaną"[45].

W literaturze przedmiotu kwalifikuje się przepisy nakazujące odpowiednie stosowanie przepisów jako przepisy odsyłające[46], które mogą np. przyczynić się do osiągnięcia skrótowości tekstu i zapewniają spójność regulowanych instytucji prawnych[47].

Aby odpowiednie stosowanie przepisów było dopuszczalne, musi znajdować podstawę prawną w konkretnym przepisie[48]. Jest ono bowiem legitymowane przez samego ustawodawcę, którego wolą było podobne (o ile nie identyczne) ukształtowanie dwóch odrębnych instytucji prawnych. Przykładem podobnego ukształtowania trzech sytuacji jest kaskadowe odesłanie z art. 46 k.r.o.[49], w którym ustawodawca w sprawach nieunormowanych w przepisach o ustawowym ustroju majątkowym, od chwili ustania współwłasności ustawowej do majątku, który był nią objęty, jak również do podziału tego majątku każe stosować odpowiednio przepisy o wspólności majątku spadkowego i o dziale spadku (art. 1035–1046 k.c.[50]). Natomiast zgodnie z art. 1035 k.c., do wspólności majątku spadkowego oraz do działu spadku stosuje się odpowiednio przepisy o współwłasności w częściach ułamkowych (art. 195 i nn. k.c.).

Bogate orzecznictwo, traktujące o odpowiednim stosowaniu przepisów, dotyczy normy art. 656 k.c., na mocy której do skutków opóźnienia się przez wykonawcę z rozpoczęciem robót lub wykończeniem obiektu albo wykonywania przez wykonawcę robót w sposób wadliwy lub sprzeczny z umową, do rękojmi za wady wykonanego obiektu, jak również do uprawnienia inwestora do odstąpienia od umowy przed ukończeniem obiektu stosuje się odpowiednio przepisy o umowie o dzieło. Problem pojawił się, czy katalog odesłań z art. 656 k.c. ma charakter zamknięty i czy dopuszczalne jest odesłanie milczące. Wątpliwości dotyczą zwłaszcza możliwości sądowego ustalenia wynagrodzenia ryczałtowego (art. 632 § 2 k.c.) i kwestia ta jest sporna zarówno w orzecznictwie, jak i w doktrynie. Prezentowane są w związku z tym dwa rozbieżne stanowiska. Zwolennicy pierwszego z nich argumentują, że z uwagi właśnie na zamknięty katalog odesłań z art. 656 k.c. (choć ustawodawca nie posłużył się charakterystycznymi sformułowaniami przesądzającymi o taksatywnym wyliczeniu) oraz na autonomiczny (wobec umowy o dzieło) charakter umowy o roboty budowlane, wykluczona jest możliwość wprowadzenia modyfikacji postanowień umowy o roboty budowlane i ustalenia wysokości wynagrodzenia ryczałtowego wykonawcy na podstawie art. 632 § 2 k.c.[51]. Zarysował się też pogląd

> *Aby odpowiednie stosowanie przepisów było dopuszczalne, musi znajdować podstawę prawną w konkretnym przepisie.*

45 Uchwała SN z 18 października 2006 r., II CSK 121/06, LEX nr 278679.

46 J. Nowacki, *„Odpowiednie" …*, s. 375 i cyt. tamże literatura.

47 § 156 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 20 czerwca 2002 r. w sprawie Zasad techniki prawodawczej, Dz.U. z 2002 r. Nr 100, poz. 908.

48 Uchwała SN z 7 kwietnia 2006 r., III CZP 24/06, OSNC 2007/2/24.

49 Ustawa z 25 lutego 1964 r. Kodeks rodzinny i opiekuńczy, Dz.U. z 1964 r. Nr 9, poz. 59 ze zm.

50 Ustawa z 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny, Dz.U. z 1964 r. Nr 16, poz. 93 ze zm.

51 Wyrok SN z 26 października 2000 r., II CKN 417/00, LEX nr 52620, wyrok SN z dnia 6 maja 2004 r., II CK 315/03, OSP 2005/5/60. Por. J. Frąckowiak, *O konieczności dalszych zmian prawa cywilnego szczególnie w odniesieniu do podmio-*

przeciwny, dopuszczający w drodze ostrożnej analogii, stosowanie art. 632 § 2 k.c.[52], bowiem „brak w art. 656 § 1 k.c. odesłania do odpowiedniego stosowania art. 629 i 632 § 2 k.c. do umowy o roboty budowlane otwiera (...) możliwość uznania, że w tym zakresie istnieje luka prawna. Może wskazywać na nią już sam brak dostatecznej regulacji dotyczącej wynagrodzenia wykonawcy robót budowlanych"[53] (argumentacja sprzeczna, jak się wydaje, z zakazem wykładni prowadzącej do luk). Przeważa stanowisko, zgodnie z którym „jeżeli strony w umowie o roboty budowlane zastosowały jeden z systemów wynagrodzenia uregulowanych w przepisach Kodeksu cywilnego dotyczących umowy o dzieło (ryczałtowy lub kosztorysowy), to w drodze analogii należy stosować właściwe przepisy dotyczące tej umowy"[54]. Uzasadnieniem takiego rozwiązania jest, w opinii SN, tak duże podobieństwo obecnego kształtu prawnego umowy o roboty budowlane do umowy o dzieło (spełniona przesłanka podobieństwa), że niejednokrotnie powstają trudności w subsumcji zawartego kontraktu pod właściwe przepisy[55]. SN powołuje się *expressis verbis* w swoich uzasadnieniach również na istnienie luki. Art. 656 § 1 k.c. nie zawiera stosownego odesłania do przepisów o umowie o dzieło w zakresie wynagrodzenia przyjmującego zamówienie tylko dlatego, że założeniem przy uchwalaniu przepisów kodeksu cywilnego o umowie o roboty budowlane było regulowanie wynagrodzenia wykonawcy robót budowlanych przez przepisy szczególne (nieobowiązujący już art. 648 § 3 k.c., art. 650 k.c. oraz uchwała nr 11 Rady Ministrów z dnia 11 lutego 1983 r. w sprawie ogólnych warunków umów o prace projektowe w budownictwie oraz o wykonywanie inwestycji, robót i remontów budowlanych[56])[57].

SN w uchwale w składzie siedmiu sędziów z 2002 r. stwierdził: „skoro więc dopuszczalność sięgania do odpowiedniego stosowania przepisów o umowie o dzieło została wyraźnie ograniczona do (...) czterech, taksatywnie określonych w art. 656 § 1 k.c. sytuacji, oznacza to, że taka właśnie była wola ustawodawcy, której nie można naruszać drogą rozszerzającej wykładni, ze szkodą dla spójności systemu prawnego"[58]. Natomiast w uchwale z 2009 r., również w składzie siedmiu sędziów, SN orzekł odmiennie i dopuścił stosowanie *per analogiam* przepisów art. 629 i 632 § 2 k.c. do umów o roboty budowlane[59].

Schemat stosowania analogii

Dokonanie szczegółowej analizy *ex tunc* obowiązującego prawa pozytywnego, w której wyniku organ prawo stosujący stwierdzi istnienie w aktualnym stanie prawnym luki konstrukcyjnej, otwiera drogę do poszukiwania rozwiązania dla konkretnej, prawnie relewantnej, lecz nieunormowanej, sytuacji.

Stosowanie przepisów w drodze *analogiae legis* ma miejsce wówczas, gdy „dyrektywy językowe i systemowe jednoznacznie nie wskazują, że określony przepis dotyczy wyłącznie stanu faktycznego w nim wyznaczonego (*argumentum a contrario*), a równocześnie argumentacja funkcjonalna pozwala przyjąć, że zawarta w przepisie prawnym regulacja odnosi się także do okoliczności podobnych do opisanej w tym

tów i umów w obrocie gospodarczym, PPH 1999, nr 3, s. 7 i nn; P. Sokal, *Glosa do uchwały SN z dnia 11 stycznia 2002 r., III CZP 63/01*, Prawo Spółek 2003, nr 12, s. 54 i nn; K. Kołakowski [w:] *Komentarz do Kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania, t.* 2, Warszawa 2009, s. 332.

52 Wyrok SN z 20 listopada 2008 r., III CSK 184/08, LEX nr 479317; uchwała SN z 21 lipca 2006 r., III CZP 54/06, OSNC 2007/5/66; wyrok SN z 20 listopada 1998 r., II CKN 913/97, LEX nr 138655; wyrok SN z 28 czerwca 2000 r., IV CKN 70/00, OSNC 2001/1/9; wyrok SN z 18 października 2006 r., LEX nr 278679. Wyjątkowo SN w wyroku z 15 czerwca 2007 r., V CSK 63/07, LEX nr 325619, opowiedział się za stosowaniem analogii w sposób zdecydowany. Zob. też: B. Lackoroński, *Glosa do wyroku SN z dnia 16 maja 2007 r., III CSK 452/06*, OSP 2009/2/19; J.A. Strzępka, *Glosa do uchwały SN z dnia 11 stycznia 2002 r., III CZP 63/01*, OSP 2002/10/125; Tenże, *Z problematyki prawnej umowy o roboty budowlane*, PPH 2002, nr 12, s. 13.

53 Uchwała SN (7) z 29 września 2009 r., III CZP 41/09, LEX nr 518164.

54 Wyrok SN z 20 listopada 2008 r., III CSK 184/08, LEX nr 479317.

55 Wyrok SN z 15 czerwca 2007 r., V CSK 63/07, LEX nr 325619; wyrok SN z 25 marca 1998 r., II CKN 653/97, OSNC 1998/12/207.

56 M.P. Nr 8, poz. 47 ze zm.

57 Wyrok SN z dnia 15 czerwca 2007 r., V CSK 63/07, LEX nr 325619.

58 Uchwała SN (7) z 11 stycznia 2002 r., III CZP 63/01, OSNC 2002/9/106. Analogiczne stwierdzenie zawiera wyrok SN z 6 maja 2004 r., II CK 315/03, OSP 2005/5/60.

59 Uchwała SN (7) z 29 września 2009 r., III CZP 41/09, LEX nr 518164.

przepisie”[60]. Aprioryczne trzeba także założyć konsekwencję prawodawcy w formułowaniu ocen (*legislator non preasumitur sibi ipsi contrarius*) i jego racjonalność aksjologiczną.

Modus procedendi stosowania analogii *legis* obejmuje cztery etapy[61]. Przede wszystkim należy stwierdzić, że dana sytuacja nie jest prawnie irrelewantna, ale wykładnia literalna nie umożliwia sformułowania oceny prawnej. Po wtóre, trzeba wyszukać kontekst językowy dotyczący podobnej sytuacji faktycznej, hipotezę obejmującą analogiczną sytuację. Różnice między obydwoma stanami faktycznymi nie powinny być istotne z punktu widzenia celu (*ratio legis*) normy (jej dyspozycji), która ma być stosowana w trybie analogii[62]. Następnie trzeba wykluczyć istniejące, a wynikające z kontekstu językowego, zakazy stosowania analogii. Wreszcie dopuszczalne jest zastosowanie dyspozycji związanej z badaną hipotezą, odpowiednio do sytuacji będącej przedmiotem oceny („zapożyczenie” podstawy normatywnej[63]).

Sięgając do analogii *iuris*, nie rozporządza się żadnym przepisem prawa, który by wskazywał na określoną dyspozycję. Mówi się bowiem, iż brak jest normy, która nadawałaby się do analogicznego zastosowania[64]. Zastosowanie analogii z prawa łączy się z dokonaniem wykładni całego porządku prawnego[65]. Chodzi bowiem o „harmonijne” uzupełnienie systemu obowiązującego prawa, który czerpie z zasad będących podstawą całego szeregu przepisów, a nawet całego obowiązującego prawa (duch prawa)[66]. Jednocześnie należy zauważyć, że zawsze wtedy, gdy sędzia wywodzi jakąś normę z całokształtu prawa, *de facto* zajmuje miejsce ustawodawcy, „rozszerza” podstawę normatywną na potrzeby procesu decyzyjnego[67]. Tym samym rozstrzyga, jak postąpiłby organ legislacyjny, gdyby miał uregulować tę problematykę (*verba* art. 1 ust. 2 szwajcarskiego kodeksu cywilnego z 1912 r.: „według reguły, jaką ustanowiłby, sam będąc prawodawcą”). Nie zmienia tego faktu okoliczność, iż warunkiem *sine qua non* zastosowania wnioskowania *per analogiam iuris* jest stwierdzenie, iż „ustawodawcy można przypisać takie oceny i preferencje (znajdujące wyraz w wielu różnych przepisach i zasadach systemu prawa), jakie, zważywszy na aksjologiczną, logiczną i prakseologiczną konsekwencję racjonalnego prawodawcy, uzasadniają zrekonstruowanie normy o określonej treści, która wypełni stwierdzoną lukę w prawie”[68].

> *Zawsze wtedy, gdy sędzia wywodzi jakąś normę z całokształtu prawa,* de facto *zajmuje miejsce ustawodawcy.*

Spoczywająca na sędziach odpowiedzialność w przypadku stosowania *analogii iuris* jest ogromna. Nie można bowiem nie dostrzec, że *de facto* „nie jest to żadna analogia, lecz po prostu sposób subsydiarnego tworzenia prawa dla potrzeb rozstrzygnięcia konkretnego przypadku”[69] (o ile nie tworzenia norm

60 Uchwała SN z 15 września 2004 r., III CZP 46/04, OSNC 2005/9/152.

61 S. Grzybowski (red.), *System* …, s. 167.

62 T.A. Filipiak, J. Mojak, M. Nazar, E. Niezbecka, *Zarys*…, s. 70. Ciekawe przykłady z *common law*, odnoszące się do istotnych podobieństw i różnic dwóch stanów faktycznych – zob. np. *Rylands v Fletcher*, 3 L.R.-E. & I. App. 330 (H.L. 1868), *Brown v Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954).

63 L. Leszczyński, *Zagadnienia teorii stosowania prawa. Doktryna i tezy orzecznictwa*, Kraków 2004, s. 249.

64 Tak A. Wolter, *Problemy wykładni prawa*, PiP 1960, z. 7, s. 93.

65 S. Grzybowski, *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 1985, s. 85.

66 F. Zoll, *Prawo cywilne*, t. I, Poznań 1931, s. 81.

67 L. Leszczyński, *Zagadnienia*…, s. 249.

68 T.A. Filipiak, J. Mojak, M. Nazar, E. Niezbecka, *Zarys*…, s. 71.

69 K. Opałek, J. Wróblewski, *Zagadnienia teorii prawa*, Warszawa 1969, s. 110.

generalnych[70]). Dlatego też należy podzielić poglądy zwolenników ostrożnego, wstrzemięźliwego oraz posiłkowego stosowania wnioskowania z prawa[71].

Dopuszczalność stosowania analogii – uwagi ogólne

W codziennym życiu „twórcze przewidywanie na podstawie analogii jest tak powszechne, że nawet go nie zauważamy"[72]. „O konieczności (…) [stosowania analogii – przyp. autorki] tak przekonane są współczesne kodeksy, że wyraźne zaznaczenie uważają za zbyteczne"[73]. Podobnie jest w polskim prawie cywilnym, co niejednokrotnie powtarzał SN. W jednym z wyroków stwierdził: „w prawie cywilnym, ze względu na otwartość i niezupełność regulacji, przyjmuje się generalnie, że analogia jest dopuszczalna"[74].

Rozumowanie przez analogię jest więc uznanym i przyjętym sposobem stosowania prawa cywilnego[75], i to nie tylko w wypadkach wyraźnie wskazanych w przepisach prawnych[76]. Trudno sobie nawet wyobrazić, chociażby ze względu na zasadę swobody umów[77], funkcjonowanie prawa prywatnego bez rozumowania *per analogiam*[78]. Dopuszczalność stosowania analogii przesądził sam TK. W jednym ze swych orzeczeń *expressis verbis* stwierdził, iż „przy usuwaniu luk nie powinno się wykluczać korzystania z analogii, i to zarówno z ustawy, jak i z prawa"[79]. Szybkie zmiany prawa, które są cechą współczesnej kultury prawnej (dokonujące się zwłaszcza na obszarze prawa prywatnego), i jeszcze bardziej dynamiczne i złożone zachowania jednostek niejako wymuszą na sędziach „naprawianie"[80] uchybień ustawodawcy oraz „uaktualnienie" prawa pozytywnego.

W Niemczech w okresie tworzenia kodeksu cywilnego i dominacji tzw. jurysprudencji pojęciowej (*Begriffsjurisprudenz*) jeden z projektów *explicite* przesądzał konieczność zastosowania wnioskowania *per analogiam*, jeśli tylko podmiot stosujący prawo będzie miał do czynienia z przypadkami nieunormowanymi[81]. Tomasz z Akwinu z kolei wywodził uzasadnienie stosowania analogii z faktu, że prawo jest „pierwotnie analogiczne". W związku z tym wszelkie poznanie prawa ma także charakter analogiczny. Przyrodzona „analogiczność" wynika z definicji prawa jako odpowiedniości bytu i powinności. Odpowiedniość zaś to „zgodność za względu na stosunek", co w nomenklaturze Stagiryty oznacza po prostu analogię[82]. Analogiczność prawa pociąga za sobą analogiczność pojęć prawnych.

W odniesieniu do analogii z prawa brak tak jednoznacznego przyzwolenia, z jakim mamy do czynienia w przypadku analogii z ustawy[83]. Ponieważ nie istnieje

70 Zob. np. uchwała SN (7) z 14 września 2007 r., III CZP 31/07, OSNC 2008/2/14, oraz późniejsze orzeczenia uznające jej precedensowy charakter, np.: uchwała SN z 19 grudnia 2008 r., III CZP 122/08, OSNC 2009/7–8/115; wyrok SN z 5 lutego 2009 r., I CSK 297/08, LEX nr 494004.

71 L. Morawski, *Wykładnia w orzecznictwie sądów. Komentarz*, Toruń 2002, s. 302.

72 J. Hawkins, *On intelligence*, Times Books, New York 2004, s. 125.

73 S. Rundstein, *Studia i szkice prawne*, Lwów 1904, s. 47.

74 Wyrok SN z 5 października 2006 r., IV CSK 132/06, OSNC 2007/7–8/111.

75 Uchwała SN(7) z 3 grudnia 1998 r., III CZP 38/98, OSNC 1999/5/98.

76 Wyrok Sądu Antymonopolowego z 23 kwietnia 1992 r., XVII Amr 7/92, Wokanda 1992, nr 9, s. 39. Zob. też: postanowienie SN z 25 maja 2001 r., WA 15/01, OSNKW 2001/9-10/81.

77 A. Stelmachowski, *Klauzule generalne w kodeksie cywilnym*, PiP 1966, z. 3, s. 474. Polemicznie z tym stwierdzeniem J. Nowacki, *Wolność umów a uzasadnienie analogii*, PiP 1966, z. 11, s. 744.

78 E. Smoktunowicz, J. Mieszkowski, *Źródła i wykładnia prawa podatkowego. Podręcznik doradców podatkowych*, Białystok 1998, s. 97.

79 Orzeczenie TK z 8 listopada 1994 r., P 1/94, OTK 1994/2/37.

80 Uchwała SN(7) z 3 grudnia 1998 r., III CZP 38/98, OSNC 1999/5/98.

81 Pierwszy projekt niemieckiego kodeksu cywilnego zawierał przepis, że „do stosunków, do których ustawa nie zawiera przepisu, mają być odpowiednio stosowane przepisy dotyczące prawnie podobnych stosunków; w braku takich stosunków należy kierować się zasadami wypływającymi z ducha porządku prawnego". Por. też § 7 austriackiego kodeksu cywilnego z 1811 r. oraz Can. 19 kodeksu prawa kanonicznego z 1983 r. (w przypadku braku wyraźnych postanowień ustawy albo prawa zwyczajowego należy kierować się – z wyjątkiem spraw karnych – postanowieniami ustaw normujących przypadki podobne, ogólnymi zasadami prawnymi, jurysprudencją, praktyką Kurii Rzymskiej oraz powszechną, stałą opinią uczonych).

82 Tak A. Kaufmann, *Analogie und Natur der Sache*, Karlsruhe 1965, s. 14 [za:] T. Spyra, *Granice*…, s. 117.

83 Większymi sceptykami okazali się teoretycy prawa niż sami cywiliści (A. Stelmachowski, *Zarys teorii*…, s. 301).

jakaś jedna norma, która byłaby podstawą przeprowadzenia rozumowania *per analogiam*, wywnioskowanie określonej normy następuje z całego zespołu norm, co *de facto* oznacza wyposażenie władzy sądowniczej w *quasi*-ustawodawcze kompetencje.

Ciekawym zagadnieniem ogólnym związanym z zagadnieniem dopuszczalności stosowania analogii jest problem wyroków TK w przedmiocie wniosku o zbadanie zgodności ustaw z Konstytucją. TK, jako tzw. ustawodawca negatywny, „dokonuje takich zmian w systemie prawnym, które mają charakter generalny, są zatem aktami prawotwórczymi[84]. Orzeczenie TK, stwierdzające niezgodność z Konstytucją określonych przepisów aktu normatywnego, powoduje, że (…) kwestionowane przepisy zostają w sposób trwały wyeliminowane z obowiązującego w Rzeczypospolitej systemu prawnego. Trybunał nie ma jednak kompetencji do zapełnienia powstałej w ten sposób «luki normatywnej»"[85]. *Ex definitione*, TK jako negatywny prawodawca wyłącznie (re)konstruuje porządek prawny[86]. „Luka" powstała w związku z wyeliminowaniem przepisu z porządku prawnego z powodu niezgodności z Konstytucją lub innym aktem prawnym ma odmienny charakter prawny od luki konstrukcyjnej systemu prawa. „Nie tylko bowiem nie jest ona niezamierzona, lecz wprost przeciwnie, wynika z aktywności orzeczniczej Trybunału jako strażnika spójności i jednolitości systemu prawnego RP"[87]. Ponieważ nie są to luki *eiusdem generis*, niedopuszczalne jest ich wypełnianie w drodze analogii. Dlatego też „częstym motywem odraczania skutków orzeczenia jest dążenie do uniknięcia sytuacji, w której powstałaby luka w prawie, co dotyczy m.in. przypadków, gdy w związku z wadliwością upoważnienia ustawowego traciłyby moc akty wykonawcze, często materialnie niebudzące wątpliwości"[88]. Ponadto, „wszelką «analogię» z przepisów uznanych za niezgodne z Konstytucją w trybie przewidzianym w art. 190 Konstytucji należy zaś uznać za naruszenie art. 178 ust. 1 Ustawy Zasadniczej"[89].

Zasygnalizować należy problem dopuszczalności stosowania *per analogiam* przepisów szczególnych. Jeżeli bowiem u podstaw danego rozstrzygnięcia, a nieuregulowanego prawem pozytywnym, przypadku leży ta sama *ratio iuris*, która spowodowała wydanie przepisu wyjątkowego, dopuszczalne jest analogiczne stosowanie przepisów o charakterze wyjątkowym[90]. Wszelkie reguły wykładni są bowiem wyłącznie pewnymi toposami argumentacyjnymi, nie zaś bezwzględnie obowiązującymi zakazami. W judykaturze dopuszczono stosowanie *per analogiam* przepisu szczególnego, „gdy stan faktyczny nie unormowany

> ***Analogia jest również niedopuszczalna, jeśli w drodze jej zastosowania zawężeniu uległoby rozumienie reguł gwarancyjnych, zasady równości czy osłabiona zostałaby ochrona praw i wolności.***

84 Por. uchwałę SN z 3 lipca 2003 r., III CZP 45/03, OSNC 2004/9/136.

85 Wyrok SN z 25 kwietnia 2007 r., IV CSK 34/07, LEX nr 461601.

86 Co do szczegółów, zob. np. L. Morawski, *Zasada trójpodziału*…, s. 59 i nast.

87 Wyrok SN z 25 kwietnia 2007 r., IV CSK 34/07, LEX nr 461601.

88 Wyrok SN z 20 kwietnia 2006 r., IV CSK 28/06, OSNC 2007/2/31.

89 Wyrok SN z 25 kwietnia 2007 r., IV CSK 34/07, LEX nr 461601.

90 R. Longchamps, *Wstęp do nauki prawa cywilnego*, Lublin 1922, s. 40. Por. też literaturę przywołaną w: J. Nowacki, *Przyczynek*…, s. 760. Niemal identyczne stwierdzenie zawiera uchwała SN(7) z 19 stycznia 2006 r., III CZP 100/05, OSNC 2006/6/95.

odpowiada tym samym warunkom, które uzasadniały wydanie przepisu szczególnego. Analogia jest (…) niedopuszczalna wtedy, gdy przepis wyjątkowy mógłby stanowić podstawę do argumentu *a contrario*"[91].

Analogia jest również niedopuszczalna, jeśli w drodze jej zastosowania zawężeniu uległoby rozumienie reguł gwarancyjnych, zasady równości czy osłabiona zostałaby ochrona praw i wolności[92]. Dlatego też SN zanegował np. taką wykładnię przepisów kodeksu postępowania cywilnego, która w drodze analogii ograniczałaby prawa procesowe strony poprzez wprowadzenie nieistniejących w ustawie ograniczeń czasowych zarzutu braku zapisu na sąd polubowny[93]. Także ograniczenie lub wyłączenie prawa do wniesienia apelacji w wyniku wykładni rozszerzającej przepisu lub w drodze analogii jest niedopuszczalne, bowiem ograniczenie prawa procesowego strony wymaga jednoznacznej regulacji ustawowej[94]. Co ciekawe, w orzecznictwie niemieckim doktryna, zgodnie z którą wszelkie ingerencje w prawa i wolności obywatelskie muszą mieścić się w ramach granicy językowej, nie została zaakceptowana[95].

Czasami stosowanie analogii jest niedopuszczalne z uwagi na konstytucyjną ochronę pewnych wartości – np. rodziny, małżeństwa. Tak jest w przypadku konkubinatu. Niekiedy stwierdza się nawet, iż konkubinat w prawie polskim jest indyferentny[96], a konkubenci *de iure* są względem siebie osobami obcymi z racji braku między nimi stosunku prawnorodzinnego[97]. Taka kwalifikacja konkubinatu wydaje się zbyt surowa. Nie budzi natomiast wątpliwości, iż „przyznanie konkubentom jakichkolwiek praw, jakie wynikają z małżeństwa, prowadziłoby do ich daleko idącego usankcjonowania i wzięcia pod ochronę, tworząc w ten sposób drugi rodzaj związków równolegle występujących do związków małżeńskich z pominięciem (…) aspektów moralnych"[98]. Zrównanie sytuacji konkubentów oraz małżonków nie nastąpi nawet w sytuacji, gdy konkubinat jest trwały oraz gdy istnieje wysokie prawdopodobieństwo, że konkubenci zawrą ze sobą w niedalekiej przyszłości związek małżeński[99]. Warto jednak zasygnalizować, że SN wydał w latach osiemdziesiątych orzeczenie, w którym z uwagi na charakter osobisty stosunków zachodzących między osobami pozostającymi w związku pozamałżeńskim uznał za właściwe stosowanie *per analogiam* do konkubentów przepisów o zawieszeniu biegu terminu przedawnienia co do roszczeń, które przysługują jednemu z małżonków przeciwko drugiemu przez czas trwania małżeństwa[100]. Także „ze względu na konstytucyjną zasadę ochrony małżeństwa oraz brak podstaw do uznania braku regulacji prawnej związków pozamałżeńskich za lukę w prawie, niedopuszczalne jest stosowanie unormowań z zakresu prawa małżeńskiego (w tym wspólności majątkowej i podziału dorobku), nawet w drodze analogii, do innych niż małżeństwo stosunków cechujących się istnieniem więzi osobisto-majątkowych"[101]. „Do stosunków majątkowych osób pozostających w związku pozamałżeńskim nie mogą być stosowane w drodze analogii przepisy (…) o wspólności ustawowej. Związek pozamałżeński sam przez się nie wywołuje żadnych skutków o charakterze prawnomajątkowym między osobami, które w związku takim pozostają. Jeśli powstają między nimi stosunki prawnomajątkowe, prawa i obowiązki stąd wynikające ocenić należy na podstawie przepisów właściwych dla tych stosunków"[102].

91 Uchwała SN z 26 września 1969 r., III CZP 8/69, OSNC 1970/6/97.

92 W. Wróbel, *Wpływ orzecznictwa Sądu Najwyższego na kształtowanie się pojęć i instytucji prawnych* [w:] T. Bąkowski, K. Grajewski, J. Warylewski (red.), *Orzecznictwo w systemie prawa*, Warszawa 2008, s. 84.

93 Uchwała SN z 21 stycznia 2009 r., III CZP 136/08, LEX nr 470716.

94 Postanowienie SN z 12 czerwca 2008 r., III CSK 54/08, LEX nr 424393.

95 T. Spyra, *Granice…*, s. 72.

96 Wyrok SN z 22 czerwca 2007 r., V CSK 114/07, LEX nr 442549.

97 T. Smyczyński, *Prawo rodzinne i opiekuńcze. Analiza i wykładnia*, Warszawa 2001, s. 13. W pewnych okolicznościach jednak SN uznaje konkubentów za rodzinę. Zob. np. wyrok SN z dnia 13 kwietnia 2005 r., IV CK 648/04, OSNC 2006/5/54, wyrok SN z dnia 2 grudnia 1970 r., II CR 541/70, LEX nr 6831.

98 Uchwała SN z 30 stycznia 1986 r., III CZP 79/85, OSNC 1987/1/2.

99 Zob. art. 123 k.r.o. i zapadłe na jego tle postanowienie SN z 25 października 1983 r., III CRN 234/83, OSNC 1984/8/135.

100 Orzeczenie SN z 6 czerwca 1980 r., III CRN 62/80, LEX nr 8241.

101 Wyrok SN z 6 grudnia 2007 r., IV CSK 301/07, OSNC 2009/2/29.

102 Uchwała SN z 2 lipca 1955 r., II CO 7/55, OSNCK 1956/3/72. Judykatura akceptuje kazuistyczną koncepcję rozstrzygania sporów wynikających ze stosunków majątkowych mię-

Luka w prawie[103] *jako warunek konieczny dla stosowania analogii*

„Stosowanie analogii dopuszczalne jest pod warunkiem stwierdzenia luki w ustawie"[104]. *Ex definitione* więc nie stosuje się analogii przy „wyczerpującym uregulowaniu kwestii"[105]. Przez lukę w prawie rozumie się najczęściej taki stan rzeczy, gdy dla konkretnego stosunku społecznego, który nie jest ani prawnie obojętny, ani nie został przez prawodawcę uznany za niepodlegający unormowaniu prawnemu, nie ma normy prawnej czy to wyraźnej, czy to dającej się wyprowadzić w drodze wykładni przepisów[106]. Oznacza to, iż mówiąc o luce w prawie, mamy na myśli taki stan tekstów normatywnych, w których co do pewnych sytuacji będących zdarzeniami prawnymi brak jest przepisów nie tylko w ich wyraźnej, słownej redakcji, ale nawet w ich opartym na wykładni kontekście językowym, określającym skutki prawne[107]. Inni powiedzą natomiast tak: o luce konstrukcyjnej można mówić wtedy, „gdy określona kwestia wymagająca regulacji prawnej nie została w ogóle unormowana"[108]. Nie może natomiast znaleźć aprobaty stanowisko, wedle którego luka istnieje nie tylko wówczas, gdy brak jest w systemie prawa jakiegoś potrzebnego rozstrzygnięcia, ale i gdy istnieje co prawda rozstrzygnięcie, ale nie jest ono jednoznaczne[109]. Oceny, że dany stan nie jest uregulowany przez prawo obowiązujące, choć być powinien, zawsze dokonuje organ prawo stosujący (wyjątkiem w tym względzie są luki swoiste)[110]. Przy dokonywaniu oceny stanu regulacji prawnej sądom nie wolno dokonywać wykładni w sposób prowadzący do luk. „Wykazanie istnienia luki w prawie wymaga przedstawienia jednoznacznych argumentów, gdyż luki takiej nie można domniemywać"[111]. Należy jednak dodać, że w niedawnej uchwale SN w składzie siedmiu sędziów zakwestionowano utrwalony pogląd, że stosowanie analogii jest dopuszczalne tylko w sytuacji istnienia luki w prawie. W uzasadnieniu tej uchwały SN stwierdził: „Istnienie luki instrumentalnej nie jest jednak warunkiem stosowania przepisów w drodze analogii. Może za tym przemawiać także sytuacja, w której rozstrzygnięcie prawnie istotnej kwestii jest wprawdzie możliwe na podstawie przepisów ogólnych, jednakże ich zestawienie z regulacją szczególną zbliżonych kwestii, unormowanych wyraźnie przez ustawodawcę, prowadzi do rezultatów istotnie odmiennych, a nie ma wystarczających racji tę odmienność uzasadniających"[112].

Luka w prawie nie jest pojęciem jednorodnym[113]. Wyróżnia się luki niewłaściwe (aksjologiczne), które występują, gdy co prawda norma prawna daje pozytywne rozstrzygnięcie, jednakże jest ono sprzeczne z oceną interpretatora. „To, że trafność (…) zamierzeń i ich społeczne skutki są przedmiotem krytyki, nie może uzasadniać tezy, że ma (…) miejsce luka prawna, do wypełniania której, w ramach wykładni

dzy konkubentami, sięgając do analogii zwłaszcza z prawa zobowiązań (bezpodstawne wzbogacenie, prowadzenie cudzych spraw bez zlecenia, umowa spółki cywilnej, umowa zlecenia), prawa rzeczowego (zniesienie współwłasności, zastosowanie przepisów o roszczeniach uzupełniających, przewidzianych w art. 224–231 k.c.).

103 Istnienie luk w prawie, mimo pojawiających się głosów, że luk nie ma i być w prawie nie może (Bergbohm, Kelsen, Jellinek), trudno jest negować. Zob. E. Waśkowski, *Teoria wykładni*…, s. 130.

104 Uchwała SN(7) z 20 marca 1969 r., III PZP 2/69, OSNC 1969/9/152.

105 Postanowienie SN z 15 grudnia 1966 r., II PR 495/66, OSPiKA 1967 C 194.

106 A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 2001, s. 104. Podobnie A. Ross, *On Law and Justice*, London 1958, s. 100; S. Szer, *Prawo cywilne. Część ogólna*, Warszawa 1955, s. 64 i nn. Co do określeń opisujących lukę w prawie zob. J. Nowacki, *Normotwórczość*…, s. 91–92.

107 S. Grzybowski, *Prawo cywilne. Zarys*…, s. 84.

108 Uchwała SN z 26 kwietnia 2007 r., III CZP 27/07, OSNC 2008/6/62.

109 A. Stelmachowski, *Klauzule* …, s. 475.

110 J. Wróblewski, *Sądowe stosowanie*…, s. 294.

111 Wyrok SN z 4 czerwca 1993 r., I PRN 58/93, OSNC 1994/2/45.

112 Uchwała SN (7) z 29 września 2009 r., III CZP 41/09, LEX nr 518164.

113 J. Wróblewski, *Interpretatio secundum, praeter et contra legem*, PiP 1961, z. 4–5, s. 619. Inny podział proponuje E. Waśkowski, *Teoria wykładni*…, s. 131–137. Autor mówi m.in. o lukach w znaczeniu ścisłym; lukach dogmatycznych/krytycznych/prawno-politycznych; lukach istniejących w mniemaniu samego organu prawo stosującego, któremu istniejąca norma wydaje się niesłuszna. Cytowany przez E. Waśkowskiego Heck wyróżnia lukę w znaczeniu szerszym i węższym. Ponadto luki pierwotne; powstałe wskutek zmiany stosunków życiowych; zupełne i częściowe; historyczne i poznawcze; alternatywne i kolizyjne.

mieszczącej się w stosowaniu, a nie już w tworzeniu prawa, upoważnione są sądy”[114]. Luki nie można też dopatrywać się na tej postawie, że *de lege ferenda* może się nasuwać jakieś bardziej celowe uregulowanie sprawy[115]. W systemie prawa spotkać można także luki *intra legem* (norma przez zawarte w niej terminy oceniające odsyła do jakichś ocen i norm) oraz luki swoiste (ustawodawca nie wydał przepisów, które powinien był wydać na gruncie norm prawa obowiązującego). Z punktu widzenia przedmiotu naszych rozważań najdonioślejsze znaczenia mają luki konstrukcyjne[116]. Im też należy poświęcić więcej uwagi.

Z luką konstrukcyjną mamy do czynienia, gdy norma prawna reguluje pewną instytucję prawną w sposób niewyczerpujący, pomija jakiś element instytucji, bez którego odpowiednie normy nie mogą być zastosowane. Można w takim przypadku mówić nawet o pewnej „ułomności stanu prawnego”[117] powstałej na skutek „niezamierzonego przeoczenia” ustawodawcy[118]. Wówczas, „dla rozstrzygnięcia konkretnego wypadku konieczne jest znalezienie reguł, które nie są zawarte w prawie obowiązującym”[119]. Zawsze należy jednak pamiętać, iż wykładnia prawa musi opierać się na założeniu racjonalnego i prawidłowego działania ustawodawcy oraz na przyjęciu wewnętrznej spójności aktu prawnego i całego systemu prawa. „Nie jest możliwe przyjęcie, aby ustawodawca popełnił taką dużą omyłkę i w tym samym artykule regulując dwie instytucje prawne ograniczył czasowo funkcjonowanie jednej z nich, pomijając drugą”[120]. W takiej sytuacji, zgodnie z paremią *expressio unius exclusio alterius*, jedyne logiczne i poprawne wytłumaczenie sprowadza się do wniosku, że ustawodawca ograniczył czasowo funkcjonowanie jednej (a konkretnie: prawa do wynagrodzenia za wzór użytkowy), a nie ustanowił takiego ograniczenia drugiej (dla projektu racjonalizatorskiego).

Reprezentatywnym przykładem luki konstrukcyjnej jest brak przepisów intertemporalnych. „Niewątpliwie z faktu braku przepisu przejściowego nie powinien być wyciągany wniosek o regulacji negatywnej”[121]. W takiej sytuacji konieczne jest przyjęcie w toku wykładni, że istnieje luka prawna, która powinna być wypełniona z wykorzystaniem analogii. W doktrynie panuje zgodność co do tego, że w braku regulacji kwestii intertemporalnych w nowej ustawie, trzeba sięgać do analogicznego stosowania przepisów wprowadzających kodeks cywilny (analogia *legis*). W razie dokonania zmiany terminów przedawnienia, analogiczne zastosowanie znajdzie art. XXXV przepisów wprowadzających kodeks cywilny. „W sytuacji, gdy nowa ustawa skraca termin przedawnienia, roszczenie ulegnie przedawnieniu w myśl zasady dalszego stosowania ustawy dawnej albo zgodnie z zasadą bezpośredniego stosowania ustawy nowej, w zależności od tego, który z terminów upływa wcześniej. W razie stosowania ustawy nowej bieg terminu przedawnienia liczony jest od początku, od dnia wejścia w życie tej ustawy”[122]. Jednocześnie pamiętać należy o następującej regule wykładni prawa międzyczasowego – jeżeli stan faktyczny powodujący powstanie, zmianę lub ustanie stosunku prawnego nastąpił pod rządem dawnej ustawy, to do oceny jego skutków prawnych stosuje się ustawę dawną, także po wejściu w życie nowej ustawy[123].

Innym przykładem luki w prawie cywilnym jest brak norm prawnych, które regulowałyby stosunki wspólności innego prawa niż prawo własności rzeczy. Gdyby polski ustawodawca podążył śladem np. niemieckiego (§ 741–§ 764 BGB), który wyraźnie unormował wspólność praw, współwłasność byłaby tylko jednym z wielu (choć pod względem gospodar-

114 Uchwała SN z 18 listopada 1994 r., III CZP 146/94, OSNC 1995/3/48.

115 Zob. B. Dobrzański, *Glosa do orzeczenia SN z dnia 20 marca 1963 r., 3 CR 74/62*, OSNC 1964, nr 7–8, s. 335. Por. wyrok SN z 3 kwietnia 2001 r., I CKN 1405/98, LEX nr 52703.

116 Zwane też lukami właściwymi czy też technicznymi.

117 Uchwała SN(7) z 3 grudnia 1998 r., III CZP 38/98, OSNC 1999/5/88.

118 Wyrok SN z 25 kwietnia 2007 r., IV CSK 34/07, LEX nr 461601.

119 J. Wróblewski, *Zagadnienia teorii…*, s. 301.

120 Wyrok SN z 4 czerwca 1993 r., I PRN 58/93, OSNC 1994/2/45.

121 Wyrok SN z 7 czerwca 2002 r., IV CKN 1157/00, LEX nr 80262. Zob. też wyrok SN z 13 listopada 2000 r., I CKN 1221/00, LEX nr 75290.

122 Uchwała SN z 21 listopada 2006 r., III CZP 102/06, OSNC 2007/7–8/104. Podobnie uchwała SN z 28 lutego 1994 r., III CZP 9/94, OSP 1995/1/3; uchwała SN z 12 czerwca 2002 r., III CZP 35/02, OSNC 2003/6/77.

123 Uchwała SN z 15 marca 1995 r., III CZP 23/95, OSNCP 1995/7–8/105.

czym zapewne najistotniejszym) rodzajów wspólności[124]. We francuskim kodeksie cywilnym rzeczą *per se* (ruchomością) są także prawa majątkowe[125], co powoduje, iż ze współwłasnością *sensu stricto* mamy do czynienia wtedy, gdy własność tej samej rzeczy lub prawa przysługuje kilku osobom. *De lege lata* takich regulacji jednak nie ma w prawie polskim, co skutkuje koniecznością analogicznego stosowania przepisów o współwłasności np. do wspólności masy majątkowej (art. 875 k.c., art. 1035 k.c.), wspólności innych niż własność praw rzeczowych (np. wspólności użytkowania wieczystego[126]), wspólności niektórych praw obligacyjnych (np. najem[127], dzierżawa), wspólności niektórych praw na dobrach niematerialnych należących do kilku osób (np. wspólne prawo autorskie[128], wspólność patentu[129]). Zauważyć trzeba, iż bez znaczenia jest fakt, czy *expresis verbis* ustawodawca odsyła do stosowania przepisów o współwłasności normując wspólność, czy też odesłanie to ma charakter entymematyczny. *De iure* w obu przypadkach znajdą zastosowanie te same przepisy. Gdyby regulacja wspólności masy majątkowej występowałaby w polskim porządku prawnym, odesłanie do odpowiedniego stosowania przepisów o współwłasności w przypadku wspólności byłoby bezpodstawne.

Ponadto, „stosowanie analogii dopuszczalne jest pod warunkiem stwierdzenia luki w ustawie, nie można zaś mówić o luce w ustawie, która zawiera przepisy o środkach prawnych, a nie wspomina o środku nadzwyczajnym. Okoliczności wskazujące na potrzebę takiego nadzwyczajnego środka mogą stanowić jedynie uzasadnienie postulatu uregulowania tej kwestii w drodze ustawy, nie mogą jednak upoważnić sądu do uzupełnienia ustawy przez wprowadzenie instytucji w ustawie nie przewidzianej"[130]. Niemniej jednak SN w kilku orzeczeniach wywiódł, że luka w prawie występuje nie tylko wtedy, gdy dla danego stanu faktycznego brak jest w ogóle uregulowania, ale także wówczas, gdy istnieje uregulowanie ogólne, które można odnieść do tego stanu faktycznego, ale które jest całkowicie nieadekwatne do uzasadnionych potrzeb społecznych[131]. Negatywna ocena przez SN obowiązujących i mających mieć zastosowanie w danej sprawie przepisów odniosła skutek w postaci odmowy ich stosowania (wykładnia *contra legem*). W doktrynie tego rodzaju „zabieg" został nazwany „odmładzaniem" starych przepisów według nowych wzorów[132]. Ze względu na dokonany przez SN wyłom w bezwzględnej niedopuszczalności stosowania analogii do luk aksjologicznych, odnośny fragment jednego z orzeczeń przytoczę *in extenso*: „ogólne uregulowanie (…) jest całkowicie nieadekwatne do zasługujących ze wszech miar na ochronę interesów znacznej części ludności (…) i jako takie nie czyni zadość istotnej potrzebie społecznej. To zaś usprawiedliwia z kolei ocenę, że takie całkowicie nie odpowiadające uzasadnionym potrzebom społecznym uregulowanie jest równoznaczne z omawianego punktu widzenia z brakiem uregulowania, a więc że w takim wypadku występuje także luka w prawie, usprawiedliwiająca zastosowanie analogii"[133]. Ciekawe, iż w niektórych sprawach angielskich (gdzie *de iure* mamy do czynienia z prawem precedensowym, choć obecnie już w mniejszym zakresie), a dokładniej w tych, w których opowiedziano się za tzw. *declaratory theory of case-law*, w analogiczny sposób odniesiono się do zagadnienia „ewentualnego" tworzenia prawa przez sądy. Twierdzono mianowicie, że sędziowie jedynie dostosowują istniejące już reguły

124 Uchwała SN z 15 grudnia 1958 r., 1 CO 22/58, OSPiKA 1960/147. Por. orzeczenie SN z 9 kwietnia 1948 r., I C 55/48, OSNC 1949/1/18; uchwała SN z 16 czerwca 1967 r., III CZP 45/67, OSNC 1968/1/3.

125 Art. 529 francuskiego kodeksu cywilnego.

126 Uchwała SN z 28 marca 1980 r., III CZP 11/80, OSNC 1980/7–8/139.

127 Postanowienie SN z 28 listopada 1997 r., I CKN 317/97, OSNC 1998/5/86.

128 Art. 9 ust. 5 ustawy z 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych, tekst jedn. Dz.U. z 2006 r. Nr 90, poz. 631 ze zm.

129 Art. 72 ust. 3 ustawy z 30 czerwca 2000 r. Prawo własności przemysłowej, tekst jedn. Dz.U. z 2003 r. Nr 119, poz. 1117 ze zm.

130 Uchwała SN(7) z 20 marca 1969 r., III PZP 2/69, OSNC 1969/9/152.

131 Tak: uchwała SN z 19 marca 1996 r., III CZP 19/96, OSNC 1996/7–8/97. Por.: wyrok SN z 23 marca 1999 r., II CKN 24/98, OSNC 1999/11/187; uchwała SN z 26 września 1969 r., III CZP 8/69, OSNC 1970/6/97, orzeczenie SN z 20 marca 1963 r., 3 CR 74/62, OSPKA 1964/7–8/153.

132 F. Schmidt, *Construction of Statutes*, Scandinavian Studies in Law 1957, t. I, s. 198.

133 Uchwała SN z 26 września 1969 r., III CZP 8/69, OSNC 1970/6/97. Podobnie: orzeczenie SN z 20 marca 1963 r., 3 CR 74/62, OSPKA 1964/7–8/153.

i zasady do nowej rzeczywistości[134]. Także w judykaturze Federalnego Sądu Najwyższego Niemiec znaleźć można orzeczenia, w których ze względu na konieczność dostosowania prawa do nieustannie zmieniających się okoliczności społecznych, ekonomicznych itp., w opinii sądu uzasadniona była ostrożna i zgodna z ustalonymi wartościami prawnymi korekta prawa[135]. Uświadomić sobie trzeba bowiem prostą zależność. Im ideologia prawem związanej decyzji sądowej będzie bardziej eksponowana, tym sądy będą śmielej formułowały wypowiedzi o występowaniu luki w prawie. Całkowity zakaz tworzenia prawa przez sądy prowadzi bowiem do liberalizacji wszelkich standardów wykładni – w tym zakazu wykładni prowadzącej do luk – a w rezultacie do „kryptoprawotwórstwa sądowego"[136]. Mimo iż „właściwym sposobem zmiany nietrafnych rozwiązań może być ich korekta, dokonana na – jedynie możliwej w państwie prawa – drodze ustawodawczej"[137], coraz częściej spotkać można orzeczenia, w których dochodzi do nadmiernego uelastycznienia reguł wykładni i tym samym interpretacja przepisu jest objęta władzą dyskrecjonalną podmiotu stosowania prawa.

Podobieństwo – cecha decydująca przy wyborze przepisu stosowanego przez analogię

Analogia *legis* polega na tym, że do danego stosunku prawnego stosuje się normę prawną, której hipoteza dotyczy wprawdzie innego, ale podobnego stanu faktycznego[138]. Ma to być przepis normujący przypadki najbliższe, najbardziej podobne, najbardziej stosowne[139], bardzo zbliżone[140], „najbliższe, podobne do rozstrzyganego przypadku ze względu na istotne cechy"[141]. Ponadto, „podstawową zasadą stosowania *analogiae legis* jest nawiązanie do przepisu pochodzącego z tego samego, a przynajmniej z pokrewnego aktu prawnego"[142]. Chodzi bowiem o to, „aby norma prawna harmonijnie wchodziła do całości prawa stanowionego jako nowy człon powstały z jego organizmu i dzielący jego właściwości, albowiem norma ta wchodziłaby w tę całość, gdyby ta nie zawierała luki"[143]. Dlatego też SN za niedopuszczalne uznał np. ustanowienie kuratora spadku (art. 666 § 1 k.p.c.) w sytuacji, kiedy mimo przeprowadzenia postępowania likwidacyjnego i wykreślenia z rejestru przedsiębiorców spółki z o.o., pozostała po niej nierozdysponowana część majątku (nieruchomość), wpisana w księdze wieczystej jako własność tej spółki, a więc należąca do nieistniejącej osoby prawnej[144]. Między pozycją prawną zmarłej osoby fizycznej a nieistniejącej osoby prawnej nie ma istotnego podobieństwa uzasadniającego stosowanie analogii.

Podobieństwo pomiędzy adresatami norm, okolicznościami oraz czynami zachodzi wówczas, gdy tak to przedstawia się z perspektywy ocen prawodawcy. Nie jest natomiast istotne, że w powszechnej opinii te podmioty, okoliczności i czyny są całkiem podobne[145]. Chodzi wyłącznie o podobieństwo, które znacząco przewyższa występujące różnice[146], podobieństwo

134 Zob. np. *Munster v Lamb* [1883] 11 Q.B.D. 588; *Willis v Baddeley* [1892] 2 QB 324; *Donoghue v Stevenson* [1932] HL; *Duport Steels Ltd v SIRS* (1980) HL. Przeciwne stanowisko (tzn. sądy angielskie tworzą prawo) zajmuje np. Lord Reid, *The Judge as Law Maker*, Journal of the Public Society of Teachers of Law 1972, vol. 12, s. 22 i nn.

135 BGHZ 85, 64, [67f].

136 L. Morawski, *Precedens*..., s. 10.

137 Uchwała SN z 18 listopada 1994 r., III CZP 146/94, OSN 1995/3/48.

138 Por. np. M. P. Golding, *Legal Reasoning*, Broadview Press 2001, s. 44 („Arguments by analogy proceed from certain given or assumed resemblances to an inferred resemblance").

139 J. Nowacki, *Analogia legis a sprawiedliwość legalna. Valeat aequitas*, Katowice 2000, s. 324.

140 Uchwała SN z 20 maja 1978 r., III CZP 39/77, OSNC 1979/3/40.

141 Uchwała SN z 26 kwietnia 2007 r., III CZP 27/07, OSNC 2008/6/62.

142 Uchwała SN z 24 stycznia 2007 r., III CZP 143/06, OSNC 2007/11/166.

143 J.J. Litauer, *O metodzie wypełniania luk w ustawodawstwie*, PiP 1947, z. 7–8, s. 16. Zob. też T. Czeżowski, *Główne zasady nauk filozoficznych*, Wrocław 1959, s. 171.

144 Uchwała SN z 24 stycznia 2007 r., III CZP 143/06, OSNC 2007/11/166.

145 S. Wronkowska (red.), *Z teorii i filozofii*..., s. 210. Por. ciekawy wywód J.J. Thompson, *A Defence of Abortion*, Journal of Philosophy and Public Affairs 1971, nr 1, s. 47–66.

146 J.H. Farrar, *Reasoning by Analogy in the Law*, Bond Law Review 1997, vol. 9, nr 2, s. 149. Por. wywody F. Bacona [w:] K. Fischer, *Francis Bacon of Verulam. Realistic Philosophy and its Age*, London 1857, s. 132–133.

„istotne", „doniosłe", „fundamentalne", najbardziej odpowiadające (zwłaszcza w wymiarze celowościowym)[147], „oczywiste (…) przede wszystkim w zakresie praktycznych skutków"[148]. Inni dodają, iż w powoływanych sytuacjach ma występować „ta sama myśl legislacyjna"[149]. Istotne podobieństwo faktów może wynikać zarówno z ich fizycznego podobieństwa, jak i z porównania celów regulacji (zgodnie z paremią *ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio*)[150]. W doktrynie wyrażono pogląd, iż analogia jest gwarantem poszanowania *volonté générale*[151].

W judykaturze powstał spór, czy między instytucją pełnomocnictwa a organem osoby prawnej istnieje istotne podobieństwo. Jest to problem o dużej doniosłości praktycznej. Uznając bowiem, że organ osoby prawnej oraz jej pełnomocnik to dwie odrębne instytucje prawne, możliwe będzie np. ustanowienie członka zarządu spółki z o.o., uprawnionego umową spółki do jej reprezentacji łącznie z drugim członkiem zarządu, pełnomocnikiem do poszczególnych czynności[152]. Opowiadając się zaś za istnieniem „istotnego podobieństwa" między nimi, SN w składzie siedmiu sędziów dopuścił konwalidację czynności prawnej dokonanej przez zarząd spółdzielni bez wymaganej do jej ważności uchwały walnego zgromadzenia (ewentualnie rady nadzorczej) na podstawie analogicznego stosowania art. 103 k.c., mającego zastosowanie do umów zawieranych przez rzekomego pełnomocnika[153]. Argumentami mającymi świadczyć na rzecz odrębności i niepodobieństwa organu osoby prawnej oraz jej pełnomocnika są zarówno źródło powstania kompetencji do działania (w przypadku organu osoby prawnej – ustawa i umowa spółki; pełnomocnika – czynność prawna dokonana przez osobę prawną), jak i sposób zaliczania skutków działania pełnomocnika i organu. Podczas gdy pełnomocnik działa w imieniu i na rzecz innej osoby w granicach umocowania, działania organu są działaniami samej osoby prawnej (teoria organu). Inni natomiast, negując przypisywanie najdonioślejszego znaczenia tzw. „logicznym konsekwencjom teoretycznych konstrukcji", postulują supremację wykładni funkcjonalnej. „Różnice konstrukcyjne między instytucją pełnomocnictwa a instytucją organu osoby prawej, wyrażające się w odmiennej «technice zaliczania skutków działania osób reprezentujących na rzecz podmiotów reprezentowanych», nie usuwają istotnego podobieństwa między obu tymi instytucjami, polegającego na tym, że zarówno pełnomocnik, jak i osoba pełniąca funkcję organu mają działać w granicach przyznanych im kompetencji, skutki zaś takiego ich działania są przypisywane bezpośrednio – mocodawcy lub osobie prawnej. Funkcja obu tych instytucji jest więc podobna"[154]. Nie przesądzając słuszności żadnego z rozwiązań, wskazać warto, że obydwa orzeczenia spotkały się z niejednolitą opinią glosatorów[155].

W judykaturze powstał spór, czy między instytucją pełnomocnictwa a organem osoby prawnej istnieje istotne podobieństwo.

147 Uchwała SN(7) z 3 grudnia 1998 r., III CZP 38/98, OSNC 1999/5/88.

148 Uchwała SN z 22 września 1995 r., III CZP 119/95, OSNC 1995/12/180.

149 Uchwała SN z 26 września 1969 r., III CZP 8/69, OSNC 1970/6/97.

150 L. Morawski, *Wstęp…*, s. 160.

151 K. Langenbucher, *Argument by Analogy in European Law*, The Cambridge Law Journal 1998, nr 57(3), s. 482.

152 Uchwała SN z 23 sierpnia 2006 r., III CZP 68/06, OSNC 2007/6/82.

153 Uchwała SN (7) z 14 września 2007 r., III CZP 31/07, OSNC 2008/2/14.

154 Tamże.

155 Co do szczegółów zob. np. E. Kabza, *Problem stosowania analogii legis w prawie cywilnym w świetle uchwały SN z dnia 14 września 2007 r., III CZP 31/07* (w przygotowaniu).

Analogia w prawie rzeczowym

Niemal *communis opinio* jest, iż na gruncie prawa rzeczowego, z uwagi na zasadę *numerus clausus* praw rzeczowych, stosowanie wnioskowania *per analogiam* nie jest dozwolone. SN odnosząc się do tego problemu, stwierdził: „trzeba też podkreślić, że wykładając przepisy prawa rzeczowego i inne wywołujące skutki prawnorzeczowe, z zasady należy unikać niektórych rodzajów wykładni, dopuszczonych w innych dziedzinach prawa, w szczególności wykładni, która prowadzi do pozbawienia uprawnionych prawa rzeczowego w drodze analogii”[156]. Jak każda reguła wykładni, jest to jednak tylko pewien topos argumentacyjny. Dlatego też wskazać należy na dwie sytuacje występujące w obszarze prawa rzeczowego, w których dopuszczalne jest wnioskowanie z podobieństwa.

SN dopuścił stosowanie poprzez analogię przepisów o drodze koniecznej do sytuacji objętych w obecnie obowiązującym porządku prawnym mianem służebności przesyłu[157] z uwagi na „społeczno-gospodarcze względy, które leżą u podstaw dyspozycji” przepisu[158]; gdy takie zastosowanie przepisów „umożliwi zaspokojenie istniejących potrzeb gospodarczych, które nie mogą być zaspokojone przy zastosowaniu innych potrzeb”[159]. „Pod rządem prawa rzeczowego dopuszczalne było ustanowienie przez sąd – w drodze analogii do art. 33 prawa rzeczowego [którego odpowiednikiem jest art. 145 obecnie obowiązującego k.c. – przyp. autora] – służebności gruntowej obciążającej nieruchomość mającą bezpośrednią łączność z siecią wodociągową i polegającej na doprowadzeniu od tej sieci przewodów wodociągowych do nieruchomości, która nie jest do sieci przyłączona i nie ma z nią bezpośredniej łączności”[160]. To prawda, że „art. 33 prawa rzeczowego ma niewątpliwie na myśli drogę w dawnym, tradycyjnym znaczeniu. Ale motyw legislacyjny [uzasadniający stosowanie analogii zgodnie z premią *ubi eadem legis ratio, ibi eadem dispositio* – przyp. autora] jest szerszy: streszcza się w zdaniu, że pod pewnymi warunkami sam fakt sąsiedztwa nieruchomości uzasadnia powstanie z mocy ustawy odpowiedniej służebności gruntowej”[161].

Należy pamiętać o równolegle obowiązującym w prawie rzeczowym art. 175, na mocy którego było możliwe ustanowienie służebności na rzecz każdoczesnego właściciela oznaczonego przedsiębiorstwa, do której stosowane były odpowiednio przepisy o służebnościach gruntowych. Świadomy, jak się wydaje, brak recepcji do kodeksu cywilnego z 1964 r. regulacji analogicznej do art. 175 (aż do nowelizacji w 2008 r. wprowadzającej instytucję służebności przesyłu) stanowił przyzwolenie na elastyczne i dynamiczne stosowanie prawa (a raczej prawotwórstwo). Stosowana bowiem pod rządami prawa rzeczowego z 1946 r. metoda ustanawiania przez sąd tzw. służebności drogi koniecznej dla doprowadzenia np. linii elektrycznej do nieruchomości, która nie jest przyłączona do sieci elektrycznej, ograniczona wyłącznie do nieruchomości sąsiednich, została „rozciągnięta” na dwóch płaszczyznach. Po pierwsze, zakresem podmiotowym zostało objęte przedsiębiorstwo (przedsiębiorstwo przesyłowe wg nomenklatury wprowadzonej nowelizacją), bez względu na to, czy jest ono właścicielem nieruchomości i niezależnie od ewentualnego miejsca położenia tejże nieruchomości. Natomiast zgodnie z literą prawa, aby ustanowić służebność drogi koniecznej, niezbędne jest istnienie sąsiedniej nieruchomości władnącej. Po drugie, sieć energetyczna, wodociągowa itp. nie prowadzą do zwiększenia użyteczności nieruchomości władnącej w rozumieniu art. 285 § 2 k.c., gdyż służą one do prowadzenia działalności gospodarczej, są materialnym składnikiem przedsiębiorstwa w znaczeniu przedmiotowym. Mogą tylko zwiększyć użyteczność przedsiębiorstwa w znaczeniu funkcjonalnym, umożliwić prowadzenie przedsiębiorstwa[162]. Błędne jest założenie, że „skoro przedsiębiorstwo stanowi zorganizowany zespół składników, to zwiększenie jego użyteczności jako całości pośrednio obejmuje również wszystkie jego składniki,

156 Uchwała SN z 18 kwietnia 2007 r., III CZP 139/06, LEX nr 244425.

157 Ustawa z 30 maja 2008 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. z 2008 r., Nr 116, poz. 731.

158 Orzeczenie SN z 31 grudnia 1962, II CR 1006/62, OSNiKA 1964/5/91.

159 Uchwała SN z 17 stycznia 2003 r., III CZP 79/02, OSNC 2003/11/142.

160 Uchwała SN z 3 czerwca 1965 r., III CO 34/65, OSNC 1966/7–8/109.

161 A. Szpunar, *Glosa do orzeczenia SN z dnia 31.12.1962, II CR 1006/62*, OSPiKA 1964, nr 5, s. 207.

162 E. Gniewek, *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 17 stycznia 2003 r., III CZP 79/02*, Rejent 2003, nr 5, s. 152.

nie wykluczając nieruchomości wchodzących w skład przedsiębiorstwa”[163]. Przepisy prawa rzeczowego mają charakter kogentny, ustawodawca ogranicza swobodę kształtowania stosunków prawnych przez strony. Naruszenie zaś imperatywnych przepisów powoduje sankcję nieważności czynności prawnej. W omawianym jednak przypadku istniało zdecydowane przyzwolenie ustawodawcy na liberalizm interpretacyjny (prawotwórstwo) w ramach regulacji prawa rzeczowego.

Drugim, wartym uwzględnienia przypadkiem stosowania analogii w prawie rzeczowym jest instytucja użytkowania wieczystego. Konstrukcja ta bowiem została niemal „stworzona” do analogicznego stosowania przepisów.

Użytkowanie wieczyste zostało ukształtowane w kodeksie cywilnym jako prawo pośrednie między prawem własności a prawami rzeczowymi ograniczonymi[164]. Mówi się nawet, iż jest to prawo rzeczowe *sui generis*[165]. Na podstawie wyraźnych odesłań do ustanowienia prawa użytkowania wieczystego (art. 234 k.c.) oraz do jego przeniesienia (art. 237 k.c.) stosuje się odpowiednio przepisy o własności. W pozostałym zakresie „do wypełnienia luki w ustawowej regulacji tego prawa mogą (…) służyć nie tylko zastosowane w drodze analogii przepisy kodeksu cywilnego o własności[166], ale i przepisy dotyczące praw rzeczowych ograniczonych, w zależności od tego, które z nich w pełniejszy sposób będą służyć prawidłowej realizacji celu instytucji użytkowania wieczystego”[167]. Trzeba bowiem pamiętać, iż z jednej strony treść prawa użytkowania wieczystego jest jednak o wiele bliższa treści prawa własności. Z drugiej strony, podobnie jak prawa rzeczowe ograniczone, jest to prawo na rzeczy cudzej. Najdobitniej dualistyczną naturę prawa użytkowania wieczystego oddaje postanowienie SN, w którym została zastosowana „podwójna analogia” w sytuacji zrzeczenia się prawa użytkowania wieczystego[168]. Co do formy zrzeczenia SN uznał, że znajdzie zastosowanie nieobowiązujący już art. 179 § 1 k.c. (forma aktu notarialnego przewidziana dla zrzeczenia się prawa własności nieruchomości), natomiast ze względu na cechy decydujące o podobieństwie do praw rzeczowych ograniczonych, oświadczenie o zrzeczeniu powinno być złożone właścicielowi nieruchomości (analogia z art. 246 § 1 k.c.). Ze względu na trudności, jakie generuje dualistyczna natura użytkowania wieczystego, w projekcie nowego kodeksu cywilnego powołane zostaje do życia, w miejsce użytkowania wieczystego, prawo zabudowy, które jako zdefiniowane prawo rzeczowe ograniczone, miałoby jednoznacznie określone miejsce w strukturze systemu prawnego[169].

Zgłaszane wnioski *de lege ferenda* w kwestii zmiany konstrukcji prawa użytkowania wieczystego zasługują na pełną aprobatę. *De lege lata* jednak jest instytucją generującą wiele trudności. Egzemplifikując tylko, można np. postawić pytanie, czy obciążenia ustanowione na prawie użytkowania wieczystego (m.in. hipoteka) istnieją nadal w sytuacji, gdy umowa o oddanie nieruchomości w użytkowanie wieczyste została uznana prawomocnie za nieważną i na tej podstawie doszło do wykreślenia z księgi wieczystej prawa użytkowania wieczystego[170]. „Istnienie hipoteki na prawie użytkowania wieczystego, które (…) nie powstało w sposób prawnie skuteczny, byłoby sprzeczne z istotą tego obciążenia i w konsekwencji musiałoby być odniesione do prawa własności nieru-

163 Uchwała SN z 17 stycznia 2003 r., III CZP 79/02, OSNC 2003/11/142.

164 SN zajmuje w tej kwestii jednolite stanowisko – zob. np. postanowienie SN z 17 stycznia 1974 r., III CRN 316/73, OSN 1974/11/197.

165 K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz do artykułów 1–449[11]*, Warszawa 2008, s. 729.

166 Uchwała SN z 29 listopada 1972 r., III CZP 82/72, OSNCP 1973/7–8/125, postanowienie SN z 17 stycznia 1974 r., III CRN 316/73, OSNCP 1974/11/197, uchwała SN z 29 maja 1974 r., III CZP 21/74, OSNCP 1975/4/55, wyrok SN z 17 kwietnia 1997 r., I CKU 32/97, Prokuratura i Prawo 1997, nr 10, poz. 35, uchwała SN z 7 maja 1998 r., III CZP 11/98, OSNC 1998/12/199, postanowienie SN z 30 października 2003 r., IV CK 114/02, OSNC 2004/12/201, postanowienie SN z 24 sierpnia 2005 r., II CK 34/05, LEX nr 193837.

167 Postanowienie SN z 24 sierpnia 2005 r., II CK 34/05, OSNC 2006/7–8/125.

168 Postanowienie SN z 24 sierpnia 2005 r., II CK 34/05, OSNC 2006/7–8/125.

169 Z. Radwański (red.), *Zielona Księga. Optymalizacja wizji Kodeksu Cywilnego w Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2006, s. 71. Co do szczegółów zob. K. Zaradkiewicz, *Podstawowe założenia dotyczące propozycji regulacji prawa zabudowy* [w:] Z. Radwański (red.), *Zielona Księga…*, s. 354 i nn.

170 Uchwała SN z 22 września 1995 r., III CZP 119/95, OSNC 1995/12/180.

chomości w sposób naruszający art. 65 ust. 1 ustawy o księgach wieczystych i hipotece[171] i zasadę, że teren oddany w użytkowanie wieczyste po ustaniu tego prawa powraca do właściciela bez żadnych obciążeń. W takiej sytuacji wymaga rozważenia, czy do przypadku, w którym stwierdzona została nieważność umowy o oddaniu nieruchomości w użytkowanie wieczyste, a prawo to zostało obciążone hipoteką (…) nie powinien być zastosowany w drodze analogii art. 241 k.c."[172], normujący skutki wygaśnięcia prawa użytkowania wieczystego. W analizowanej sprawie prawo użytkowania wieczystego, mimo wpisania go do księgi wieczystej, w ogóle nie powstało. Natomiast art. 241 k.c. odnosi się do sytuacji, w której prawo użytkowania wieczystego przestaje istnieć (np. wskutek upływu czasu, na który zostało ustanowione; konfuzji; wywłaszczenia). „Oczywiste jest jednak podobieństwo obu sytuacji, przede wszystkim w zakresie praktycznych skutków wygaśnięcia czy też niepowstania prawa. Dotyczy to w szczególności losu ustanowionych obciążeń tego prawa, między innymi hipoteki, które bez niego nie mogą istnieć. Z tego względu uznać należy za dopuszczalne zastosowanie w drodze analogii do rozważanego przypadku art. 241 k.c.". Nie rozstrzygając o słuszności orzeczenia SN, warto poczynić kilka uwag odnoszących się do zasadności użycia wnioskowania *per analogiam* w danej sprawie. Przede wszystkim w doktrynie sporne jest, czy rzeczywiście możemy mówić o „oczywistym" podobieństwie zachodzącym pomiędzy wygaśnięciem użytkowania wieczystego a stwierdzeniem jego nieważności. Powoływany w uzasadnieniu art. 241 k.c. dotyczy ważnie ustanowionych obciążeń, jednakże wygasających po ustaniu istniejącego początkowo ważnie ustanowionego prawa użytkowania wieczystego. Ustanowienie natomiast hipoteki na gruncie oddanym w użytkowanie wieczyste na podstawie nieważnej umowy nie wygasło, lecz w ogóle jej ustanowienie było bezskuteczne. Nie istniał bowiem przedmiot obciążenia, czyli użytkowanie wieczyste[173]. Oznacza to, że *de facto* nie istniała przesłanka podobieństwa uzasadniająca zastosowanie wnioskowania *per analogiam*. Inni natomiast rozwiązania zawisłej sprawy upatrują w instytucji rękojmi i w wykładni teleologicznej[174]. W komentowanej uchwale sam SN odniósł się krytycznie, jak się wydaje, do utrwalonej linii orzeczniczej, zgodnie z którą „nabycie użytkowania wieczystego w drodze ustanowienia go przez odpowiedni organ państwa co do nieruchomości nie będącej własnością państwową nie jest możliwe, choćby nawet nabywca działał – będąc w dobrej wierze – w zaufaniu do księgi wieczystej"[175]. Tez tych bowiem, jak uzasadnia to SN, „nie można by odnieść do wszystkich wadliwości umowy użytkowania wieczystego, nawet wówczas gdy polegają one na naruszeniu bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa i nieważności". Taka konstatacja uzasadniałaby prowadzenie przez skład orzekający wywodu zmierzającego do ostatecznego przyznania ochrony wierzycielowi hipotecznemu, działającemu w zaufaniu do księgi wieczystej. Co więcej, stosowanie analogii byłoby nieuzasadnione z powodu braku spełnienia przesłanki istnienia luki prawnej. Luka prawna nie zachodzi, gdyż sytuację, w której została stwierdzona nieważność umowy o oddanie nieruchomości w użytkowanie wieczyste, a prawo to uprzednio zostało obciążone hipoteką, normują przepisy o rękojmi. *Lege non distinguente* – nie mają znaczenia przyczyny niezgodności między stanem prawnym nieruchomości ujawnionym w księdze wieczystej a rzeczywistym stanem prawnym. Tym samym przyczyną niezgodności może być to, że wpis użytkownika wieczystego został dokonany bez ważnej podstawy prawnej. SN dokonał jednak zwrotu od logicznych konsekwencji wcześniejszych wywodów stwierdzając, iż „istnienie hipoteki na prawie użytkowania wieczystego, które – jak się

171 Ustawa z 6 lipca 1982 r. o księgach wieczystych i hipotece, tekst jedn. Dz.U. z 2001 r. Nr 124, poz. 1361 ze zm. Art. 65 ust. 1 „W celu zabezpieczenia oznaczonej wierzytelności można nieruchomość obciążyć prawem, na mocy którego wierzyciel może dochodzić zaspokojenia z nieruchomości bez względu na to, czyją stała się własnością, i z pierwszeństwem przed wierzycielami osobistymi właściciela nieruchomości (hipoteka)".

172 Uchwała SN z 22 września 1995 r., III CZP 119/95, OSNC 1995/12/180.

173 S. Rudnicki, *Glosa do uchwały SN z dnia 22.9.1995 r., III CZP 119/95*, PS 1996, nr 2, s. 60 oraz E. Gniewek, *Glosa do uchwały SN z dnia 22 września 1995 r., III CZP 119/95*, OSP 1996/3/56, s. 139, 140.

174 A. Szpunar, *Glosa do uchwały SN z dnia 22 września 1995 r., III CZP 119/95*, OSP 1996/7–8/137, s. 357; tenże, *Uwagi o hipotece na użytkowaniu wieczystym*, Rejent 1996, nr 12.

175 Zob. np. orzeczenie SN z 21 czerwca 1968 r., OSNCP 1969/93.

okazało – nie powstało w sposób prawnie skuteczny, byłoby sprzeczne z istotą tego obciążenia".

Analogia a prawotwórstwo

Trudności w akceptacji dopuszczalności stosowania analogii w prawie cywilnym zaczynają się piętrzyć, gdy umieścimy problematykę wnioskowania *per analogiam* (zwłaszcza *per analogiam iuris*) w orbicie sporu toczonego między zwolennikami aktywizmu sędziowskiego a formalistami. Jak już zostało powiedziane, wnioskowanie przez analogię ma swe uzasadnienie w ocenach akceptowanych przez stosującego prawo. Tym samym, skutki prawne określane drogą wnioskowania *per analogiam* w ostatecznym rezultacie mają uzasadnienie w ocenach organów orzekających[176]. O ile bowiem jako *communis opinio* należy przyjąć dopuszczalność stosowania analogii tylko do przypadków nieunormowanych, o tyle problem pojawić się może już w samym rozgraniczeniu sytuacji unormowanych i nieunormowanych. Dlatego też, dla pełnej precyzji stosowania *argumentum a simili* byłoby konieczne mówienie o przypadkach unormowanych i nieunormowanych „według interpretacji I normy N"[177].

Rozstrzygnięcia sądowe wydawane *per analogiam* są tworem nie wyznaczanych przez prawo ocen organów orzekających[178]. Niemal identyczny *definiens* odnajdziemy w doktrynalnej definicji zjawiska aktywizmu sędziowskiego, polegającego na tym, że sędzia podejmuje decyzję, która nie jest zdeterminowana przez przepisy prawne, a więc dokonuje wyboru, który jest jego własnym wyborem, nie zaś dokonanym przez samego prawodawcę[179]. Co więcej, można nawet powiedzieć, iż każdorazowe odstąpienie od sensu literalnego przepisu jest wykładnią twórczą[180]. Ponieważ w sprawach cywilnych sądy nie mogą odrzucić powództwa ze względu na brak adekwatnych przepisów prawa[181] (co w literaturze przedmiotu zostało nazwane proceduralnym nakazem rozstrzygania[182]), a przepisy prawa cywilnego konstruowane są na wysokim poziomie abstrakcji oraz obfitują w różne niedookreślone wyrażenia, klauzule generalnezjawisko aktywizmu wydaje się zatem nieuniknione. Co do tego, że kodeks, choć najbardziej kompletny, nigdy nie jest zakończony, wątpliwości nie mieli też twórcy nieśmiertelnej, jak się wydaje, kodyfikacji napoleońskiej[183]. Jest on jednak „samowystarczalny"[184]. Sędzia bowiem nie jest tylko „prawniczym automatem (…) powtarzającym dokładnie to, co zapisano w prawie"[185]. Nie sposób przecież także dalej utrzymywać, że bardziej poprawne byłoby reaktywowanie tzw. rekursu ustawodawczego (*référé législatif*)[186], a zarazem justyniańskiej zasady *eius est legem interpretari legem cuius est legem condere*, niż zezwolić w pewnym zakresie na uzupełnianie systemu prawa przez sędziów. W obliczu dynamicznych zmian zachodzących w świecie jeszcze bardziej aktualna staje

176 J. Nowacki, *Prawotwórczość a „stosowanie" prawa per analogiam i a fortiori*, Studia Prawno-Ekonomiczne 1969, t. III, s. 33.

177 J. Nowacki, *Problem normotwórczości wnioskowania przez analogię*, Studia Prawnicze 1974, nr 1, s. 89. Por. wypowiedź C. Beccaria, *O przestępstwach i karach*, oprac. E.S. Rappaport, Warszawa 1959, s. 63 („Każdy człowiek ma swój punkt widzenia, u każdego kształtuje się on odmiennie. Duch prawa zależałby od poprawnej czy też błędnej logiki sędziego, od jego dobrego lub złego trawienia, od siły jego namiętności, od słabości do kogoś (…), od tych najdrobniejszych przyczyn, które wpływają na zewnętrzny wygląd każdego przedmiotu w zmiennej świadomości ludzkiej).

178 Tamże.

179 L. Morawski, *Zasada trójpodziału władzy. Trybunał Konstytucyjny i aktywizm sędziowski*, Przegląd Sejmowy 2009, nr 4, s. 65 i cyt. tam literatura.

180 L. Morawski, *Precedens a wykładnia*, PiP 1996, z. 10, s. 7.

181 J. Nowacki, *Przyczynek do uzasadnienia analogii*, PiP 1965, z. 5–6, s. 754–755.

182 K. Opałek, J. Wróblewski, *Zagadnienia…*, s. 113. Pierwowzorem proceduralnego nakazu rozstrzygania był art. 4 Kodeksu Napoleona, na mocy którego sędzia odmawiający wyrokowania pod pozorem, że prawo milczy, ciemne jest lub niedostateczne, mógł być pociągnięty do odpowiedzialności jako winny odmówienia sprawiedliwości. Analogicznie art. 4 Kodeksu cywilnego Królestwa Polskiego z 1825, Dziennik Praw z 1825, vol. 10, nr 41, s. 3 i nn. ze zm.

183 Tak J.M.E. Portalis. Podaję za: J. Bell, S. Boyron, S. Whittaker, *Principles…*, s. 26.

184 C. Baudenbacher, *Some Remarks on the Method of Civil Law*, Texas International Law Journal 1999, vol. 34, s. 344, przypis 88.

185 Z. Brodecki (red.), *Europa…*, s. 26.

186 J. Wróblewski, *Podstawa normatywna i reguła decyzji w sądowym stosowaniu prawa*, Studia Prawno-Ekonomiczne 1969, nr 3, s. 16.

się paremia *benignius leges interpretandae sunt, quo voluntas earum conservetur* (D. 1.3.18).

Monteskiuszowskie przekonanie, iż „władza sądu jest poniekąd żadna”[187], a „sędziowie narodu to są jedynie usta, które wygłaszają brzmienie praw; nieożywione istoty, które nie mogą złagodzić ani ich siły, ani surowości”[188] nie przystaje do realiów prawnych naszych czasów. Zdecydowanie trafniejsza byłaby konstatacja, iż co prawda sądy tworzą prawo, jednak mówienie o tym (przynajmniej w niektórych kręgach) jest herezją[189]. Czasami jednak *expressis verbis* SN przyznaje, że „robi coś ponad” stosowanie prawa podług zasad logiki formalnej: „stosowanie (…) analogii ma charakter prawotwórczy. Oznacza to, że organ stosujący prawo przyjmie za obowiązujące takie reguły konstruujące czynności konwencjonalne, których niewątpliwie ustawodawca nie przewidywał, a jedyną legitymacją takiego braku jest (…) założenie, że ustawodawca nie chciałby dopuścić do luki konstrukcyjnej w ustawie”[190].

Symptomatycznym przykładem ogromnego znaczenia sądowego prawotwórstwa w Niemczech, a zarazem precedensu, jest praktyka stosowania § 242 BGB[191]. To właśnie na gruncie twórczej wykładni tego przepisu rozwinęła się filozofia nieuczciwych klauzul w umowach konsumenckich – najpierw w postaci niemieckiej AGB-Gesetz, a następnie znalazła odzwierciedlenie w dyrektywie unijnej w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich[192].

Warto skreślić także kilka uwag na temat kontynentalnego systemu precedensów. Analogia pojmowana za starożytnymi klasykami jako „proporcja”[193], „porównanie”, „podobieństwo”[194], stanowi przecież rdzeń teorii precedensu[195]. Wyrażono nawet pogląd, iż precedens jest niczym innym, jak zastosowaniem sformalizowanego wnioskowania *per analogiam* (K.J. Holyoak)[196].

W doktrynie prawa polskiego mówi się o „uwzględnianiu precedensu” oraz o „kierowaniu się precedensem”[197]. Sądy niższej instancji poprzez „kierowanie się” i „uwzględnianie” precedensu, legitymizują najczęściej podjęte przez siebie rozstrzygnięcia. Wcześniejsze orzecznictwo traktowane jest jako pewien „autorytet orzeczniczy” (*stare interpretatis*), czy racja, która przemawia za słusznością rozwiązania już istniejącego oraz zasadnością oparcia się na niej w obecnie zawisłej sprawie[198]. Na gruncie prawa francuskiego wyrażono nawet opinię, iż nie istnieje ani jedna sądowa konkluzja (*conclusion*) czy orzeczenie (*rapport*), które nie zawierają jakiegoś odesłania do wcześniejszych rozstrzygnięć[199]. Odwołanie takie stanowi dowód konsekwencji w stosowaniu prawa[200]. W prawie polskim przykładem stabilności orzecznictwa, a *de facto* precedensowego charakteru orzeczeń SN, jest wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 25 października 2004 r.[201] SOKiK usprawiedliwiał zastosowanie analogii *iuris* w następujący sposób: „zastosowanie w niniejszej sprawie wykładni

187 Ch. Montesquieu, *O duchu praw*, t. I, Warszawa 1927, s. 227.

188 Tamże, s. 23.

189 Lord Denning, *The Reform of Equity* [w:] C.J. Hamson (red.), *Law Reform and Law Making. A Reprint of a Series of Broadcast Talks,* Cambridge 1953, s. 31.

190 Uchwała SN z 5 lutego 1987 r., III CZP 97/86, OSNC 1988/2–3/32.

191 C. Baudenbacher, *Some Remarks on the Method of Civil Law*, Texas International Law Journal 1999, vol. 34, s. 341–342. We Włoszech – zob. s. 344.

192 Dyrektywa Rady 93/13/EWG z 5 kwietnia 1993 r. w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich, Dz.U. UE L 095 z 1993 r., s. 29–34.

193 Euklides, *Elementy*, księga 5, definicja 6.

194 M.F. Kwintylian, *Kształcenie mówcy*, księga I, 6, 3 [za:] K. Szymanek, *Argument z podobieństwa*, Katowice 2008, s. 71.

195 M. Balcerzak, *Zagadnienie precedensu w prawie międzynarodowym praw człowieka*, Toruń 2008, s. 48

196 F. Schauer, *Why Precedent in Law (and Elsewhere) is Not Totally (or Even Substantially) About Analogy*, University of Virginia Law School, Public Law and Legal Theory Working Paper Series 2008, nr 91, s. 3 i cyt. tam literatura.

197 J. Wróblewski, *Precedens i jednolitość sądowego stosowania prawa*, PiP 1971, z. 10, s. 530; podobnie o prawie stanowionym J.L. Dennis, *Interpretation of the Civil Code and the Evaluation of Judical Precedent,* Louisiana Law Review 1993, vol. 54, nr 1, s. 3.

198 Z. Brodecki (red.), *Europa* …, s. 34. Zob. też np. uchwała SN z 29 września 1978 r., III CZP 56/78, OSNC 1979/4/68 („Podkreślić należy, że podobne stanowisko zajął SN w wyroku z dnia 26.5.1978 r. I CR 57/78”).

199 M. Lasser, *Judicial (Self-) Portraits: Judicial Discourse in the French Legal System*, Yale Law Journal 1995, vol. 104, s. 1376.

200 R. David, *French Law*, Barton Rouge 1972, s. 183.

201 XVII Ama 66/04, Dz.Urz. UOKiK 2005/1/10.

z analogii prawa jest uprawnione ze względu na użycie tej metody do rozwiązania podobnego zagadnienia prawnego powstałego na tle stosowania ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w czasie przez Sąd Najwyższy”[202]. Taka argumentacja może świadczyć o tym, iż praktyczne różnice między krajami *common law* i *civil law* w zakresie uznawania zasady *stare decisis* są w zasadzie „mikroskopijne”[203].

Wnioski końcowe

Dynamizm stanów faktycznych znajdujących się w kręgu zainteresowania prawa cywilnego zawsze był imponujący. Przepisy zaś mające zastosowanie w konkretnych sprawach cechuje znacznie większa stabilność. Dlatego też sędzia „stosujący prawo do objawów życia codziennego musi te przepisy obowiązujące dopiero odpowiednio urabiać, uzupełniać, luki ich przez analogię wypełniać, nieraz nawet poprawiać, jeżeli niewątpliwie nie wyrażają trafnie woli ustawodawcy”[204]. Argument przeciwników zbyt pochopnego stosowania analogii na gruncie prawa prywatnego nie przekonuje. Co prawda trudno przeczyć, iż wnioskowanie *per analogiam* może podważać pewność prawa, niemniej jednak wydaje się, że o ile nie można w żaden sposób pogodzić rozwiązania „pewnego” ze „sprawiedliwym” i ustawodawca nie przedsięweźmie stosownych kroków, prymat należałoby przyznać temu drugiemu.

Dokonująca się „proliferacja prawa” umacnia pozycję wnioskowań prawniczych (w tym analogii) na mapie dostępnych dla organu stosującego prawo metod wykładni prawa. Inicjuje też zmiany zmierzające w kierunku sądowego aktywizmu. Zauważyć jednak trzeba, że przeobrażenia te, zamiast ewolucyjne, są jednak rewolucyjne. Skala pojawiających się w judykaturze odstępstw od znaczenia przepisu ustalonego w drodze tradycyjnie pojmowanego kanonu wykładni i „przywracania sprawiedliwości” za pomocą interpretacji, może budzić pewne obawy. Analogia z instrumentu służącego wykładni, a więc ustalaniu znaczenia już istniejącej normy, staje się bowiem wówczas narzędziem kreacji prawa, spoczywającym w rękach organów prawo stosujących.

Przeprowadzona analiza wykładni operatywnej pozwala stwierdzić istniejącą tendencję zmierzającą do liberalizacji zasad wykładni oraz, w związku z trwającym procesem harmonizacji i ujednolicania prawa, postępującego umacniania pozycji wykładni teleologicznej. Tym samym, sądy cywilne odchodzą od tradycyjnie pojmowanego i utrwalonego w Europie kontynentalnej *ius interpretandi*, traktując reguły egzegezy prawniczej na gruncie prawa prywatnego tylko jako pewne niewiążące toposy argumentacyjne. Zauważa się, że coraz częściej organy prawo stosujące interpretują przepisy w sposób prowadzący do stwierdzenia występowania luk w prawie tam, gdzie one nie występują. Reguły wnioskowań prawniczych są więc stosowane nawet wówczas, gdy znaczenie normy prawnej można zrekonstruować w drodze wykładni *sensu stricto*. Ponadto, w pewnych sytuacjach nawet wykazanie istnienia luki konstrukcyjnej nie jest *conditio sine qua non* stosowania przepisów w drodze analogii. Natomiast niejednolitość orzecznictwa w zakresie czy to podobieństwa zachodzącego między przepisami, czy też istnienia luk, przekracza akceptowalne granice. Oznacza to, że *de facto* ustalenie znaczenia przepisu objęte jest poniekąd władzą dyskrecjonalną sądu, co stoi w sprzeczności z przyjętymi założeniami państwa prawa.

W związku z powyższym, *de lege ferenda* należałoby zastanowić się nad zasadnością utrzymywania fasady trójpodziału władz, gdzie sędzia tylko interpretuje ustanowione przez organy ustawodawcze prawo.

202 Wyrok SN z 1 kwietnia 2004 r., III SK 25/04, Dz.Urz. UOKiK 2004/4/327.

203 K. Zweigert, H. Kötz, *An introduction to comparative law*, Oxford 1998, s. 263.

204 I. Homola-Skąpska, *Wspomnienia Fryderyka Zolla (1865–1948)*, Kraków 2000, s. 309.

Tomasz Giaro

Czy w przewidywalnej przyszłości powstanie europejskie prawo zobowiązań?[1]

Can the European law of obligations be expected in a foreseeable future?

Law of obligations is the most universal and timeless branch of civil law. Alongside with the commercial law it was the first to be unified whenever harmonization of a private law occurred: during the 19th century in the United States, in Germany and in the Swiss Confederation as well as during the 20th century in the Nordic countries or in Poland. If unification of the law of obligations in the European Union fails, chances for other branches of civil law will be even smaller. A European Code of Obligations, may be only as „optional instrument", must fulfill the same subsidiary function in relation to national laws as the old ius commune *did in relation to the local* iura propria. *However, the* ius commune *was completed only around 1400, i.e. three centuries after rediscovery of Justinian's Digest. Glossators and commentators of today cannot accomplish a similar task within three decades.*

Tomasz Giaro

Związany z WPiA UW, gdzie w 1972 r. uzyskał magisterium, w 1978 r. obronił doktorat, a w 1988 r. habilitował się. W latach 1984–1985 był stypendystą Fundacji Humboldta na Uniwersytecie w Bonn, a w latach 1990–2006 pracownikiem Max-Planck-Institut für Europäische Rechtsgeschichte we Frankfurcie nad Menem. W latach 1994–1995 był profesorem kontraktowym na Uniwersytecie we Frankfurcie n.M., a w roku 1996 na Freie Universität w Berlinie. W latach 1999–2000 odbywał wykłady zlecone „Historia państwa i prawa rzymskiego" na Uniwersytecie w Giessen. W latach 2006–2008 był profesorem wizytującym na Uniwersytecie Śląskim w Katowicach. W 2007 r. został mianowany na stanowisko profesora UW, a w 2009 r. otrzymał tytuł profesora nauk prawnych. Zainteresowania naukowe: prawo rzymskie i jego recepcja oraz metodologia badań, historia i tradycja prawa europejskiego, prawoznawstwo porównawcze, status naukowy dogmatyki prawa i teoria argumentacji prawniczej.

1 Zarazem recenzja F. Ranieri, *Europäisches Obligationenrecht. Ein Handbuch mit Texten und Materialien*, 3, vollständig überarbeitete Auflage, Wien–New York 2009, stron XXVIII + 2044.

Europejskość jako prawniczy paradoks

Nawet doświadczonym prawnikom zdarza się mylić prawo europejskie z prawem wspólnotowym. Tymczasem pytanie o granice Europy jako „części świata" o swoistej kulturze, także prawnej, czy choćby o granice Europy w sensie czysto geograficznym, różni się od pytania o aktualne granice Unii Europejskiej. Nie nazwiemy prawa szwajcarskiego prawem pozaeuropejskim tylko dlatego, że Szwajcaria pozostaje poza Unią. Zwłaszcza na Północy i Wschodzie kontynentu leży wiele państw, których prawo jest europejskie niezależnie od ich przynależności do Unii. Polska np. ma system prawa prywatnego mniej narodowy, a bardziej europejski niż Niemcy lub Francja już choćby z uwagi na swą legislację między-, a następnie powojenną. Polski kodeks zobowiązań z 1933 r. wykorzystał bowiem łącznie takie pomniki europejskiej kultury prawnej, jak francuski *Code civil*, austriacki ABGB, niemiecki BGB, szwajcarskie prawo zobowiązań (OR) i wreszcie projekt włosko-francuski z 1927 r. Zresztą jeśli rozumieć europejskość jako syntezę rozmaitych praw narodowych, wiele kodeksów cywilnych Ameryki Łacińskiej trzeba będzie uznać paradoksalnie za bardziej europejskie niż prawo austriackie czy hiszpańskie[2].

Prawo zobowiązań jako dyscyplina pilotażowa

Prawo zobowiązań jest najbardziej ponadczasową i uniwersalną gałęzią prawa rzymskiego. W przeciwieństwie do prawa rodzinnego lub spadkowego trzon kontynentalnego prawa zobowiązań wciąż jeszcze stanowi kontynuację instytucji rzymskich[3]. Większość obowiązujących w tej dziedzinie unormowań jest nadal zrozumiała tylko jako ich modyfikacja, nawet jeśli odnosi się ona bezpośrednio do ich historycznej nadbudowy w postaci europejskiego prawa pospolitego (*ius commune*). Dotyczy to również takich instytucji, jak umowa na rzecz osoby trzeciej czy zastępstwo bezpośrednie przy czynnościach prawnych, w odniesieniu do których modyfikacja nastąpiła przez mniej lub bardziej prostą negację. Negacja, która operuje kategoriami romanistycznymi, nie zmienia bowiem rzymskiego systemu odniesienia.

Z tych przyczyn prawo zobowiązań stanowi naturalny kamień probierczy inicjatyw harmonizacyjnych europejskiego prawa prywatnego. Gdziekolwiek w dobie nowożytnej dochodziło do procesów unifikacji prawa: w USA, w Niemczech, w konfederacji szwajcarskiej, w krajach nordyckich czy w Polsce międzywojennej, zawsze w pierwszej kolejności ujednolicano prawo handlowe i zobowiązania. Jeśli zatem obecna harmonizacja europejska upadnie w tej dziedzinie, tym bardziej nie uda się ona w innych dziedzinach prawa prywatnego, ściślej związanych z tradycją narodową i bardziej specyficznych kulturalnie, takich jak prawo rodzinne i spadkowe[4].

Obraz obecnego stanu prawnego

Trzecie wydanie omawianej książki, które rozrosło się do ponad 2 tys. stron, odzwierciedla przede wszystkim obecny stan prawny. Co prawda autor, Filippo Ranieri, jest historykiem prawa i komparatystą, byłym współpracownikiem założyciela Max-Planck-Institut für Europäische Rechtsgeschichte we Frankfurcie nad Menem, Helmuta Coinga, ostatnio jednak wykłada przede wszystkim prawo cywilne na współpracującym z Francją Uniwersytecie w Saarbrücken. Dzieło jego należy do znanego w Europie dopiero od niedawna, a dotychczas wiązanego głównie z północnoamerykańskimi *Law Schools* gatunku literackiego *Texts, Cases and Materials*. Praca taka umożliwia zapoznanie się z pewną dziedziną prawa bez sięgania do dalszych publikacji, wszystkie bowiem powołane w niej istotne materiały legislacyjne, sądownicze czy doktrynalne przytoczone są w obszernych fragmentach.

Kompletność tych materiałów znacznie przewyższa porównywalne prace wydane dotychczas. Z nie mniejszą swobodą niż na Zachodzie Ranieri porusza się zresztą na tere-

2 E. Bucher, *Zu Europa gehört auch Lateinamerika!*, „Zeitschrift für Europäisches Privatrecht" 2004, nr 12, s. 515–547.

3 Podobnie już E. Waśkowski, *Nowe idee w kodeksie zobowiązań*, „Głos Prawa" 1934, nr 6, s. 346.

4 Niemniej np. R. Zimmermann, *The Present State of European Private Law*, „The American Journal of Comparative Law" 2009, vol. 57, s. 503–510, i K. Osajda, *Ustanowienie spadkobiercy w testamencie*, Warszawa 2009, uznają to ostatnie za przedmiot nadający się do harmonizacji.

nach Europy Wschodniej, co dla zachodnich komparatystów wciąż jeszcze nie jest bynajmniej oczywiste[5]. W odniesieniu do polskiego prawa cywilnego wspomina on m. in. takie jego kamienie milowe, jak powstanie w latach sześćdziesiątych XIX w. pozostającego pod wpływem pandektystyki centrum cywilistyki polskiej we Lwowie (s. 137–138), wielkie osiągnięcie międzywojennej myśli unifikacyjnej w postaci kodeksu zobowiązań z 1933 r. (s. 105–106), zakotwiczenie w polskiej cywilistyce części ogólnej prawa cywilnego, które znalazło wyraz w kodeksie cywilnym z 1964 r. (s. 56–57), i wreszcie przejęcie, zarówno w k.z. (art. 29), jak i w k.c. (art. 60), pandektystycznej doktryny oświadczenia woli (s. 145, 190–191).

Europejskie prawo czy prawa zobowiązań?

Czy istnieje już europejskie prawo zobowiązań, czy też raczej – zgodnie z poprawnością gramatyczną, prawną i polityczną – należy mówić nadal o prawach europejskich w liczbie mnogiej? Odpowiedź na to pytanie wymaga zarzucenia wspomnianego na wstępie pozytywizmu, identyfikującego europejskie prawo prywatne z prawem prywatnym Unii Europejskiej. Należy więc odróżnić prawo europejskie jako pewną abstrakcję, zbudowaną ze wspólnych zasad i konstrukcji, stanowiących wspólny historyczny dorobek krajów europejskich (*acquis commun*), od obowiązującego prawa unijnego, czyli dorobku wspólnotowego (*acquis communautaire*). Innymi słowy, jak powiada się niekiedy w terminologii neołacińskiej – stwarzającej zresztą fałszywy pozór dawności i w związku z tym grożącej nieporozumieniami historycznymi – *ius commune* od *ius communitatis*[6]. Zapewne integracja europejska stała się możliwa m.in. również dzięki pokrewieństwu prawa krajów europejskich, jednak zależność odwrotna z pewnością nie istnieje. Zjawisko kolektywne prawa europejskiego istniałoby więc również wtedy, gdyby Unia nigdy nie powstała. Co więcej, prawo to podlegałoby w dobie globalizacji procesom harmonizacyjnym podobnym do tych, jakie przechodzi dziś, wyłączając może „sektorową" i formalnie pojętą ochronę konsumenta. Nawet gdyby udało się ustalić jakąś kwintesencję prawa prywatnego krajów członkowskich Unii, byłby to – choćby z uwagi na nieobecność krajów pozaunijnych – twór bardzo niekompletny.

Kwestia zastosowania liczby pojedynczej czy mnogiej jest zresztą przynajmniej częściowo akademicka. W każdym razie wśród zwolenników liczby pojedynczej mnożą się złożone z profesorów uniwersyteckich (i ich personelu pomocniczego) komitety, komisje i grupy studyjne, opracowujące swe „Zasady", „Manifesty" i „Wspólne rdzenie". Po osłabnięciu początkowego entuzjazmu, reprezentowanego głównie przez cywilistę niemieckiego Christiana von Bara[7], w obliczu oczywistych trudności kodyfikacyjnych ze względów taktycznych wszystkie te prace odżegnują się zdecydowanie od miana kodeksu. Zresztą promulgacja „kodeksu" europejskiego w tradycyjnym znaczeniu tego słowa byłaby dziś z przyczyn kompetencyjnych niedopuszczalna. Narodowe tradycje prawa prywatnego należą bowiem właśnie do tego specyficznego dorobku kulturalnego państw członkowskich, który jest przez Unię Europejską szczególnie chroniony[8]. Nie należy jednak zapominać o ewentualności postawienia do dyspozycji unijnym użytkownikom prawa jakiegoś wariantu *soft law* w postaci takiego czy innego „instrumentu opcjonalnego".

Sam Ranieri mówi wielokrotnie o „europejskim prawie cywilnym" (s. 150, 656, 851, 1132, 1263, 1276, 1464, 1547–1548) w liczbie pojedynczej nawet tam, gdzie podkreśla jego niejednolitość (s. 575, 955, 1037, 1192, 1341, 1729, 1799)[9]. Wspomina on również pojęcia węższe, takie jak „europejskie prawo umów" (s. 100, 1154–1155) czy „europejskie prawo odszkodowawcze" (s. 1609, 1752–1753). Niemniej ostatecznej odpowiedzi na pytanie „pra-

5 Jednak wspominany przezeń „czeski" kodeks cywilny z 1964 r. (s. 57, 143 uw. 41, 964 uw. 26, 1134 uw. 189, 1190 uw. 19, 1193 uw. 27, 1443, 1466 uw. 125) może być tylko kodeksem czechosłowackim.

6 T. Pfeiffer, *Methodik der Privatrechtsangleichung in der Europäischen Union*, „Archiv für die civilistische Praxis" 2008, vol. 208, s. 237–238.

7 Ch. von Bar, *Prace nad projektem Europejskiego Kodeksu Cywilnego*, „Państwo i Prawo" 2000, z. 10, s. 52.

8 F. Ranieri, *Korreferat zu Dieter Schmidtchen* [w:] T. Eger, H.-B. Schäfer (eds.), *Ökonomische Analyse der europäischen Zivilrechtsentwicklung*, Tübingen 2007, 49.

9 Podobnie Zimmermann, *The Present State of European Private Law*, s. 479.

wo czy prawa europejskie?" Ranieri udziela już na wstępie w konwencji kompromisowej. Cechą obecnego stanu prawa europejskiego jest, jego zdaniem, właśnie polifonia pokrewnych i porównywalnych, lecz mimo to odrębnych tradycji narodowych (s. 7). W związku z tym Ranieri przedstawia zawsze swe przetłumaczone na niemiecki materiały również w języku oryginału.

Prawo umów w Europie (s. 17–125)

Podstawą historyczną kontynentalnego prawa umów jest recypowane prawo rzymskie, jednak ogólne pojęcie umowy obligacyjnej powstać mogło dopiero po przezwyciężeniu rzymskiego podziału na zaskarżalne kontrakty i niezaskarżalne pakta. Proces ten, rozpoczęty w średniowiecznej kanonistyce, został ukoronowany dopiero przez prawo Rozumu XVII–XVIII stulecia (s. 28–34). Za istotne kryterium klasyfikacyjne praw kontynentalnych Ranieri uznaje istnienie lub brak tzw. części ogólnej, normującej zwłaszcza czynności prawne (s. 51–66). Modelem zupełnie przeciwnym jest jednak anglosaskie *common law*, o którym autor stwierdza zgodnie z prostą prawdą historyczną – negowaną często przez zelotów unifikacji – że nie doznało ono recepcji prawa rzymskiego (s. 66). O ile już w postaci rzymskiego procesu kognicyjnego, a potem w epoce recepcji, prawo kontynentalne odeszło od formuł procesowych, o tyle *common law* jest w epoce jego genezy „prawem skarg i procedur" (s. 67). Zdaniem Maitlanda podczas gdy państwa kontynentalne przyjmowały w drodze recepcji za własne rezultaty końcowe rozwoju prawa rzymskiego, Anglia rozwój ten nieświadomie reprodukowała[10]. Przed historią nie ma zatem ucieczki: albo będziemy się z niej uczyć, albo błądzić po jej manowcach.

Początek odpowiedzialności kontraktowej stanowi w *common law* skarga deliktowa z tytułu tzw. *trespass*, z której powstała w XIV w. *action of assumpsit* (s. 68–69), a ta z kolei na początku XVII w. przekształciła się ostatecznie w skargę kontraktową „na podstawie przyrzeczenia" (s. 74). Cechą szczególną angielskiego systemu umów stała się – obok zasady „prywatności" (*privity*) kontraktu, tzn. jego działania tylko między stronami[11] – tzw. *consideration*, sprowadzająca się do wymogu zapewnienia przez drugą stronę świadczenia wzajemnego, potrzebnego do ważności przyrzeczenia (s. 75–92)[12]. Pojęcia romanistyczne infiltrowały do Anglii dopiero za pośrednictwem kontynentalnych dogmatyków prawa Rozumu XVIII w., zwłaszcza Roberta-Josepha Pothiera (s. 94–96), zwanego „ojcem Kodeksu Napoleona"[13]. Istotne różnice pozostały jednak w mocy. O ile prawo kontynentalne, radykalnie zerwawszy z rzymskim „myślenie skargowym", pojmuje skargę kontraktową jako materialnoprawne roszczenie o wykonanie umowy, o tyle prawo angielskie – mimo zniesienia *writs* w drugiej połowie XIX w. – pozostaje związane perspektywą środków procesowych (*remedies*), przysługujących w razie zerwania kontraktu (*breach of contract*), a nawet tylko obietnicy (*promise*).

> ***Za istotne kryterium klasyfikacyjne praw kontynentalnych Ranieri uznaje istnienie lub brak tzw. części ogólnej, normującej zwłaszcza czynności prawne.***

10 F. Pollock, F.W. Maitland, *History of English Law*, wyd. 2, London 1898, t. II, s. 558.

11 R. Zimmermann, *Dziedzictwo Savigny'ego*, Kwartalnik Prawa Prywatnego 2005, z. 1, s. 30–31 (możliwość wpływu z kontynentu).

12 M. Sośniak, *Rozwój historyczny konstrukcji umowy obligacyjnej*, Katowice 1986, s. 66–75.

13 A.-J. Arnaud, *Les origines doctrinales du Code civil français*, Paris 1969, s. 112.

Nad unifikacją prawa zobowiązań pracuje się w Europie nie od dziś. Pomijając pozbawione praktycznych skutków postulaty, zgłaszane już od połowy XIX stulecia, Ranieri przyznaje palmę pierwszeństwa projektowi francusko-włoskiemu z 1927 r. i polskiemu kodeksowi zobowiązań z 1933 r. Zwłaszcza ten ostatni określony zostaje trafnie jako „pierwsza naprawdę europejska kodyfikacja prawa cywilnego" (s. 106), inauguruje on bowiem powstałą po I wojnie światowej tradycję kodeksów niegermańskich i nieromańskich, lecz mieszanych. Ostatnio powstało kilka projektów modelowych o mniej lub bardziej wyraźnym charakterze *restatement*, takich jak trzyczęściowe *Principles of European Contract Law* z lat 1995–2000–2003 (PECL = Zasady Europejskiego Prawa Umów)[14], opublikowane w 2007 r. *Principles of the Existing EC Contract Law* lub *Acquis-Principles* (ACQP = Zasady Obowiązującego Europejskiego Prawa Umów)[15] i najnowszy *Draft Common Frame of Reference* (DCFR = Projekt Wspólnego Systemu Odniesienia) z 2008 r. Nie jest całkiem jasne, czym każdy z tych projektów miał być, ani czym w końcu się stał. Z dyskusji na temat ich założeń metodologicznych oraz ich statusu wśród źródeł prawa mniej lub bardziej miękkiego można jednak w tym kontekście zrezygnować[16].

Ranieri zauważa bowiem słusznie, że wyprodukowanie jakiegokolwiek pełnego szlachetnych intencji wspólnego tekstu nie zastąpi dziś jeszcze brakującej prawno-kulturalnej jedności Europy, a nawet tylko Unii Europejskiej. Brak ten jest odpornym na zaklęcia ludzi dobrej woli twardym faktem. Różne są przecież w poszczególnych krajach europejskich typy dogmatyki, style orzecznicze i wzorce samoświadomości zawodowej prawników. Ich ujednolicenie może wyniknąć jedynie z uprzedniego ujednolicenia wykształcenia prawniczego (s. 116–118). Zarówno w omawianej publikacji, jak i gdzie indziej[17], Ranieri trafnie określa jednolite europejskie prawo umów nie jako zagadnienie techniczne ujednolicania tekstów normatywnych, lecz jako wyzwanie prawno-kulturalne. Zwraca on przy tym uwagę na dobrze znane historykom prawa zjawisko, jakim była trwająca do wejścia w życie niemieckiego BGB w 1900 r. odmienna wykładnia tego samego *Code civil* na lewym, francuskim, i na prawym, pruskim brzegu Renu.

Oświadczenie woli i umowa (s. 127–170)

Nowoczesne pojęcie umowy wynika z „uzgodnienia woli" stron, które z kolei zakłada wypracowaną w XVII- i XVIII-wiecznym prawie Rozumu kategorię oświadczenia woli (s. 128). Ten kierunek myślenia zradykalizowała pandektystyka niemiecka, która – w przeciwieństwie do kodyfikacji oświeceniowych, opartych na pojęciu umowy – postawiła w centrum swej refleksji właśnie oświadczenie woli i czynność prawną. Pozostają one podstawą niemieckiej cywilistyki do dziś, o czym zdaniem autora świadczy (s. 132–135) znany wyrok Niemieckiego Sądu Związkowego (*Bundesgerichtshof*) z 1984 r., który dla ważnego oświadczenia woli wymaga odpowiedniej „świadomości oświadczenia", odróżniającej je od niewiążącego prawnie oświadczenia wiedzy (BGHZ 91, 329–30). W ostatnich dekadach obserwuje się pewien renesans części ogólnej i w jej zakresie teorii czynności prawnej, które – mimo ich tradycyjnej nieobecności w Anglii i w krajach nordyckich[18] – zostały przyjęte na zachodzie Europy w kodeksach greckim z 1946 r., portugalskim z 1966 r. i holenderskim z 1992 r., a na wschodzie – w kodeksach polskim i czechosłowackim z 1964 r. oraz rosyjskim z 1994 r.

14 Po polsku w KPP 2004, z. 13, s. 815–881; 2006, z. 15, s. 860–896.

15 Po polsku w KPP 2008, z. 17, s. 809–865.

16 N. Jansen, R. Zimmermann, *Grundregeln des bestehenden Gemeinschaftsprivatrechts?*, „Juristenzeitung" 2007, vol. 62, s. 1113–1164; W. Ernst, *Der Common Frame of Reference*, „Archiv für die civilistische Praxis" 2008, vol. 208, s. 248–282; F. Zoll, *Die Grundregeln der Acquis-Gruppe*, „Gemeinschaftsprivatrecht" 2008, nr 3, s. 106–117.

17 Ranieri, *Das Europäische Privatrecht des 19. und 20. Jahrhunderts. Studien zur Geschichte und Rechtsvergleichung*, Berlin 2007, *passim*; tenże, *Das europäische Vertragsrecht* [w:] Ulrich Ernst (ed.), *W pół drogi*, Kraków 2007, s. 195.

18 O genezie części ogólnej L. Björne, *Deutsche Rechtssysteme*, Ebelsbach 1984, s. 250–273; o jej recepcji doktrynalnej w Skandynawii: tenże, *Nordische Rechtssysteme*, Ebelsbach 1987, s. 236–253.

Mimo że nowe inicjatywy harmonizacyjne, konwencja wiedeńska ONZ o Umowach Międzynarodowej Sprzedaży Towarów z 1980 r. (CISG) i PECL, oparły się bezpośrednio na pojęciu umowy, rezygnując z ogólniejszej kategorii czynności prawnej, DCFR (art. II–1:101) unormował ją w szerokim zakresie. Ranieri obawia się jednak, że abstrakcyjność tych postanowień rodem z „naukowego" kodeksu cywilnego Drugiej Rzeszy Niemieckiej (BGB) nie przypadnie do gustu praktycznym prawnikom angielskim i skandynawskim (s. 149 uw. 45). Po uwzględnieniu okoliczności, że również nowsze projekty francuskie, *Avant-projet Commission Catala* z 2005 r. (art. 1101) i *Avant-projet Code civil* (*Projet de réforme du droit des contrats*) z 2008 r. (art. 2), ograniczają się do lakonicznej wzmianki o czynnościach prawnych, Ranieri określa to pojęcie jako „historyczną pozostałość pewnej tradycji prawoznawczej" (sc. niemieckiej pandektystyki) i uznaje funkcję tzw. teorii czynności prawnych w dzisiejszej Europie „chyba za wyczerpaną" (s. 150).

Spore znaczenie przyznaje Ranieri natomiast strukturze i technice argumentacyjnej wyroków cywilnych, przeciwstawiając „naukowy" wyrok niemiecki, który w obszernym uzasadnieniu roztrząsa nie tylko orzecznictwo, lecz również doktrynę, lakonicznym i legalistycznym rozstrzygnięciom (*arrêts*) francuskiego *Cour de Cassation*, dziś jeszcze sporządzanym często w technice *jugement à phrase unique*, tzn. w postaci jedynego – choć syntaktycznie skomplikowanego – zdania. Niemniej dla zrozumienia również tych rozstrzygnięć niezbędna jest dogłębna znajomość dotychczasowej judykatury i doktryny. Styl francuski nie został zresztą generalnie przyjęty w krajach romańskich, bo np. Kasacja włoska cytuje obszernie własne orzecznictwo, jednak z kolei z całkowitym pominięciem piśmiennictwa. W końcu styl wyroku angielskiego jest mniej abstrakcyjno-biurokratyczny, a bardziej otwarty na fakty sprawy, indukcyjny i – jako dzieło konkretnego sędziego – osobisty (s. 161–170)[19].

Zawarcie umowy między nieobecnymi (s. 171–322)

Ponieważ zawarcie umowy zarówno w prawie rzymskim, jak i w przedkodyfikacyjnym prawie pospolitym (*ius commune*) oparte było na modelu bezpośredniego kontaktu *face to face*, problematyka rokowań kontraktowych, a zwłaszcza związania oferenta własną propozycją zawarcia umowy, nie odgrywała wówczas właściwie żadnej roli[20]. Zagadnienie to, powstałe na większą skalę w wyniku ustanowienia regularnych połączeń pocztowych w połowie XVIII w., zostało dostrzeżone po raz pierwszy przez austriacki kodeks cywilny ABGB z 1811 r. (§ 862), a następnie dopiero przez hiszpański *Código civil* z 1898 r. (art. 1262). Dla współczesnych unormowań zawarcia umowy między nieobecnymi przez ofertę i jej przyjęcie największe znaczenie mają BGB, CISG i ów *restatement* obowiązujących praw narodowych, jakim jest PECL (s. 176–201).

Z rokowaniami kontraktowymi wiąże się problem odpowiedzialności za ich zerwanie (*culpa in contrahendo*), przyjmowanej obecnie – z reguły z ograniczeniem do tzw. negatywnego interesu umownego – we wszystkich krajach kontynentu. Mimo że Francja tradycyjnie odrzucała tę konstrukcję, uznając za wystarczającą zwykłą odpowiedzialność deliktową, w 2003 r. odpowiedzialność za *culpa in contrahendo* przyjął nawet *Cour de Cassation*, a następnie art. 20 i 50 francuskiego projektu kodeksu cywilnego z 2008 r. (*Avant-projet Code civil*). Znalazła się ona również w PECL (art. 2:301), ACQP (art. 2:101–103) i DCFR (art. II–3:301). Jednakże zgodnie z paremią *caveat emptor* prawo angielskie w zasadzie nie zna „odpowiedzialności za zaufanie" podobnej do *culpa in contrahendo*. Odpowiedzialności takiej sprzeciwiałaby się bowiem zarówno zasada nieodzowności *consideration*, jak i reguła dowolnej odwołalności oferty aż do zawarcia ostatecznego kontraktu[21].

Dyrektywa 97/7 WE o ochronie konsumenta przy zawarciu umo-

19 Zob. też J. Gordley, A.T. von Mehren, *An Introduction to the Study of Private Law*, Cambridge 2006, s. 108–110.

20 T. Giaro, *Culpa in contrahendo. Eine Geschichte der Wiederentdeckungen* [w:] U. Falk, H. Mohnhaupt (eds.), *Das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Richter*, Frankfurt a. M. 2000, s. 114.

21 Ł. Korecki, *Zasada dobrej wiary przy negocjowaniu umowy*, „Przegląd Prawniczy" Uniwersytetu Warszawskiego 2003, nr 2, s. 30–46; P. Sobolewski, *Odpowiedzialność przedkontraktowa* [w:] M. Pazdan et al. (eds.), *Europeizacja prawa prywatnego*, t. II, Warszawa 2008, s. 394–398.

wy na odległość, która przyznała mu prawo odstąpienia w ciągu 10 dni, złamała ogólną regułę, zgodnie z którą przyjęcie oferty staje się ostateczne z chwilą dotarcia go do oferenta (s. 229–237). Według starej zasady prawa pospolitego, którą wobec milczenia *Code civil* przejęło orzecznictwo francuskie, oferent mógł bowiem odwołać ofertę do czasu jej przyjęcia. W przypadku jego śmierci lub następczej niezdolności do czynności prawnych prawo niemieckie przyjmuje jednak w razie wątpliwości dalszą ważność oferty (§ 130, 153 BGB), podczas gdy orzecznictwo francuskie – najczęściej jej wygaśnięcie (s. 281–290). Największym powodzeniem cieszy się na rynku konstrukcji prawnych angielska reguła swobodnej odwołalności oferty, recypowana (s. 290–309) przez CISG (art. 18 ust. 2), PECL (art. 2:202–203) i DCFR (art. II–4:202–203).

Zawarcie umowy a ogólne warunki umów (s. 323–460)

U schyłku XIX w. pojawiło się dostrzeżone natychmiast przez Jheringa „prawo masowe”[22], składające się z umów, określonych w roku 1901 przez Raymonda Saleillesa jako umowy przystąpienia (*contrats d'adhésion*). Te tzw. ogólne warunki umów, rozpowszechnione zwłaszcza w dziedzinie ubezpieczeń, transportu, bankowości, masowego zaopatrzenia i prawa pracy, zostały zignorowane przez ówczesne kodyfikacje łącznie z BGB. Pierwsze ich unormowanie ustawowe przyniósł dopiero w 1933 r. – przemilczany w tym kontekście przez Ranieriego – polski k.z. (art. 71 regulaminy; art. 72 umowy typowe)[23], a następnie w 1942 r. kodeks cywilny włoski (art. 1341–1342, 1370). W Niemczech regulację taką wprowadza ustawa o ogólnych warunkach umów (AGBG) z 1976 r., którą w wyniku reformy prawa zobowiązań w 2002 r. włączono do BGB. Podobnego włączenia do kodeksów dokonały Austria, Polska, Węgry i Holandia (s. 344–347). Natomiast w innych krajach, zwłaszcza w Anglii i Francji, ochrona konsumenta realizowana jest przez orzecznictwo (s. 350–352). Po niezbyt wyczerpującym uregulowaniu PECL (art. 2:104, 2:209) kwestia włączenia ogólnych warunków umów do indywidualnych kontraktów została modelowo unormowana w ACQP (art. 6:101; 201–203; 302), a stąd w zasadzie przejęta przez art. II-9:103 i 402–403 DCFR (s. 353–356).

Za przeciwstawne modele europejskie kontroli treści ogólnych warunków umów Ranieri uznaje z jednej strony orzecznictwo niemieckie, które w sposób abstrakcyjny wyklucza ich nadużycie, a z drugiej strony ustawodawstwo skandynawskie, kierujące się polityczno-prawnym programem ochrony „słabszego”, zwłaszcza konsumenta (s. 374–377). We Francji sędziowską kontrolę ogólnych warunków zainaugurował Sąd Kasacyjny dopiero w 1991 r. (s. 378–382), podczas gdy w Anglii pierwszą tamę tego typu postawił już *Unfair Contract Terms Act* z 1977 r. (s. 387–390). Systemy kontynentalne nie są jednak całkiem zgodne: podczas gdy Niemcy, Holandia i Austria dopuszczają pewną ingerencję w treść umów także w obrocie gospodarczym między przedsiębiorcami, we Francji i Włoszech jest ona w tym zakresie zupełnie wykluczona (s. 393).

Nic więc dziwnego, że również stanowiąca międzynarodowy kompromis dyrektywa 93/13 EWG o klauzulach abuzywnych w umowach konsumenckich została implementowana przez państwa członkowskie bardzo rozmaicie (s. 403–448)[24]. Problem ten jest również przedmiotem modelowych unormowań PECL (art. 4:110), ACQP (art. 6:301–306) i DCFR (art. II-9:404–408), opartych na zasadzie dobrej wiary. Jednakże brytyjska Izba Lordów już w sprawie *Director General of Fair Trading v. First National Bank* z 2001 r., podobnie jak w jeszcze wcześniejszym judykacie *Walford v. Miles* z 1992 r.[25], zdążyła podkreślić odmienność rozumienia dobrej wiary w Anglii i na kontynencie (s. 426–427, 446–448).

22 Zob. o tym T. Giaro, *Römische Rechtswahrheiten*, Frankfurt a. M. 2007, s. 592.

23 Z. Radwański, *Teoria umów*, Warszawa 1977, s. 91–93; tenże, A. Olejniczak, *Zobowiązania – część ogólna*, wyd. 8, Warszawa 2008, s. 150–160.

24 A. Całus, *Umocowanie do zbliżenia prawa prywatnego państw członkowskich w prawie Unii Europejskiej* [w:] Pazdan et al. (ed.), *Europeizacja prawa prywatnego*, t. I, Warszawa 2008, s. 157–165.

25 I.C. Kamiński, *Kontrowersje wokół pojęcia europejskiej kultury prawa prywatnego*, „Państwo i Prawo” 2000, z. 1, s. 44–45.

Zawarcie umowy przez przedstawiciela (s. 461–539)

Aż do XIX stulecia ani kontynentalne prawo pospolite, ani angielskie *common law* nie wypracowały instytucji prawnej zastępstwa bezpośredniego. Na kontynencie wynikało to ze stanowiska prawa rzymskiego, wykluczającego rozciąganie jakichkolwiek skutków prawnych umowy na osoby trzecie (zakaz *pactum in favorem tertii*), podczas gdy w Anglii – z analogicznej zasadą *privity of contract* (s. 462–463, 466–467). Dopiero kodyfikacje kontynentalne od *Code civil* (art. 1984, 1998) i ABGB (§ 1002, 1017) do hiszpańskiego kodeksu cywilnego włącznie (art. 1709, 1727) dopuściły zastępstwo bezpośrednie jako skutek kontraktu zlecenia. Natomiast *common law* do dziś nie odróżnia zastępstwa bezpośredniego od pośredniego, kwalifikując *agency* jako albo jawną (*disclosed*), tj. znaną, albo ukrytą (*undisclosed*), tj. nieznaną osobom trzecim. W pierwszym przypadku skutki działania pełnomocnika spadają wyłącznie na mocodawcę, w drugim – mogą spaść alternatywnie na zastępcę (s. 482–487).

Ujęcie przedstawicielstwa jako stosunku oderwanego od umowy zlecenia stanowi dopiero produkt doktryny niemieckiej drugiej połowy XIX w., określany często jako odkrycie Paula Labanda[26]. Wynalazek ten przejęły BGB (§ 164), szwajcarskie OR (art. 32), włoski *Codice civile* (art. 1388) i wiele późniejszych kodeksów (s. 468–474). Zasada jawności (*Offenkundigkeit*), według której zastępca sprowadza skutki prawne na mocodawcę, jeśli kontrahent wie o działaniu w jego imieniu, występuje zarówno w starszych (*Code civil* i ABGB), jak i młodszych (BGB i OR) kodyfikacjach europejskich oraz w PECL (art. 3:102). Natomiast DCFR pominął wyraźną deklarację na jej temat jako zbyteczną[27], przejmując z PECL tylko regulację stanu faktycznego, w którym osoba reprezentowanego pozostaje nieznana: skutki prawne spadają wtedy na samego zastępcę (art. 3:203 PECL; art. II–6:108 DCFR), który sukcesywnie przenosi je na zastąpionego (s. 478–479).

PECL starały się przy tym pogodzić tradycję kontynentalną z angielską, normując również zastępstwo pośrednie (art. 3: 301–304) oraz przypadek *undisclosed agency* (art. 3:302–304). Natomiast DCFR przypadki te – poza art. II–6:106 – w zasadzie pomija, a to w ślad za prawem niemieckim (s. 487–489), przewyższając je nawet w konsekwentnym przeprowadzeniu zasady abstrakcyjności pełnomocnictwa[28]. Na jej marginesie Ranieri podkreśla, że orzecznictwo kontynentalne uznało reprezentowanego za związanego również wtedy, gdy na temat istnienia umocowania zachodzi godne ochrony zaufanie osób trzecich (s. 500–529). W pierwszej połowie XX stulecia ta „zasada pozoru prawnego" przyjęta została na całym kontynencie: w systemach germańskich jako *Rechtsscheintheorie*, a w romańskich – jako *théorie de l'apparence* (s. 529–549). W prawie polskim jej refleks stanowi art. 105 k.c.

Odpowiedzialność kontraktowa między winą a gwarancją (s. 551–852)

W braku generalnej kategorii umowy prawu rzymskiemu obce były również ogólne reguły odpowiedzialności kontraktowej. Ogólna skarga kontraktowa powstała w prawie pospolitym XV-XVI w., jednak dopiero XIX-wieczna pandektystyka nadała roszczeniu o świadczenie w naturze sens materialnoprawny (s. 565–566). Także dla współczesnej cywilistyki niemieckiej liczy się przede wszystkim nie naruszenie umowy, lecz wynikającego z niej „stosunku zobowiązaniowego" =(§ 241 BGB: *Schuldverhältnis*)[29]. Pojęcie to stanowi jednak, zdaniem autora – nie inaczej niż nadrzędne pojęcie „stosunku prawnego" (*Rechtsverhältnis*)[30] – abstrakcję nieodpowiednią dla innych systemów (s. 573–575). Rozbieżne są też w krajach europejskich pojęcia szkody i odszkodowania, konkretyzowane dopie-

26 H. Dölle, *Juristische Entdeckungen, Verhandlungen des 42. Deutschen Juristentages*,t. II, Tübingen 1959, s. 3–7.

27 Zob. jednak art. II–6:105a DCFR.

28 H. Eidenmüller et al., *Der Gemeinsame Referenzrahmen für das Europäische Privatrecht*, „Juristenzeitung" 2008, vol. 63, s. 543.

29 D. Medicus, *Probleme um das Schuldverhältnis*, Berlin-New York 1987; H.P. Westermann, *Drittinteressen und öffentliches Wohl*, „Archiv für die civilistische Praxis" 2008, vol. 208, s. 141–181.

30 A. Guzmán Brito, *Los orígines del concepto de „relacíon jurídica"*, „Revista de Estudios Histórico-Jurídicos" 2006, t. 28, s. 187–226.

ro przez orzecznictwo, zwłaszcza we Francji, która z punktu widzenia metody zbliżyła się znacznie do angielskiego *case law* (s. 575–577). Pojęcie winy kontraktowej powstało dzięki rozróżnieniu zobowiązań rezultatu (*obligations de résultat*) i starannego działania (*obligations de moyens*), wprowadzonemu w 1911 r. przez francuskiego cywilistę René Demogue'a, a następnie szeroko przyjętemu na kontynencie (s. 582–583, 594–595)[31].

W odniesieniu do legislacyjnych modeli odpowiedzialności kontraktowej Ranieri stwierdza przeciwieństwo między reżimem *Code civil* (art. 1147), opartym na fakcie niewykonania świadczenia, a BGB w brzmieniu sprzed reformy prawa zobowiązań z 2002 r. (§ 276), bazującym na winie dłużnika (s. 605–612). Jako rozwiązania pośrednie występują prawo włoskie i polskie, jednak orzecznictwo krajów europejskich chroni w dużym stopniu podobne wartości (s. 635–645). Mimo że już w XVI stuleciu włączono zwłokę dłużnika do pojęcia naruszenia zobowiązania, pandektystyka ujęła ją na modłę rzymską jako odrębny od niemożliwości świadczenia element jego tzw. zakłóceń: *Leistungsstörungen* (s. 650)[32]. Odkrycie przez berlińskiego adwokata Hermanna Stauba kategorii „pozytywnych naruszeń umowy", które nastąpiło już w pierwszych latach obowiązywania BGB, było w tej sytuacji jedynie naprawieniem błędu pandektystyki przez nawiązanie do tradycji prawa pospolitego (s. 676–681).

W oparciu o unormowanie BGB (§ 326 w starym brzmieniu) zwłoka dłużnika uprawnia wierzyciela we wszystkich prawie krajach kontynentu do odstąpienia od umowy (s. 656, 660). Z uwagi na rozmaite systemy przeniesienia własności skutki odstąpienia są jednak rozmaite (s. 673–676). Prawo angielskie (s. 708–96) jest i w tym zakresie odmienne, gdyż kształtuje odpowiedzialność kontraktową dłużnika jako obiektywną odpowiedzialność za skutek, a mianowicie za złamanie umowy (*breach of contract*). Wraz z prawami nordyckimi prawo angielskie wywarło jednak znaczny wpływ na międzynarodowe regulacje sprzedaży, w związku z czym do dziś odgrywa ono na kontynencie rolę pilotażową (s. 709–710, 754–755). W ślad za tymi regulacjami poza CISG (art. 45, 74, 79) i PECL (art. 8:101) również ACQP (art. 8:401) i DCFR (art. III-3:104) orientują się na odpowiedzialność kontraktową zasadniczo niezależną od winy dłużnika (s. 790–795).

Mimo częstej dysharmonii między *common* a *civil law* dość bezsporna jest odpowiedzialność za cudzą winę. Kontynentalna odpowiedzialność za osoby, z pomocą których dłużnik wykonuje zobowiązanie (§ 278 BGB; art. 101 OR), odpowiada angielskiej maksymie, uznającej za własne działanie wykonane za pośrednictwem innych (*qui facit per alium, facit per se*)[33], przejętej przez art. 8:107 PECL i III-2:106 DCFR (s. 796–807). Instytucje prawa pospolitego, takie jak *clausula rebus sic stantibus* i *laesio enormis*, zwalniające dłużnika z powodu zmiany okoliczności lub pokrzywdzenia o przeszło połowę (s. 815–852), przejęte w pewnym zakresie przez kodeksy oświeceniowe ALR, *Cc* i ABGB, zostały odrzucone przez pandektystykę, BGB i szwajcarskie OR. Jednakże pojawiły się one w nowszych kodyfikacjach (s. 833–838): włoskiej, greckiej, polskiej, portugalskiej, holender-

Rozbieżne są też w krajach europejskich pojęcia szkody i odszkodowania, konkretyzowane dopiero przez orzecznictwo.

31 M. Krajewski, *Zobowiązania rezultatu i starannego działania*, „Państwo i Prawo" 2000, z. 8, s. 42–52.

32 B. Lewaszkiewicz-Petrykowska, *Współczesne prawo cywilne a* Code civil, „Czasopismo Prawno-Historyczne" 2005, z. 2, s. 128.

33 H. Broom, *A Selection of Legal Maxims*, wyd. 4, Philadelphia 1854, s. 515–533.

skiej, podobnie jak w 2002 r. w estońskim prawie zobowiązań i w niemieckiej reformie BGB (§ 313 ust. 1). W innych krajach kontynentu unormowań takich brak, natomiast w Anglii należą one do restryktywnie rozumianej kategorii „zniweczenia umowy" (*frustration of contract*), powodującej jej rozwiązanie (s. 730–740, 843–845)[34]. Niemniej jednak trend do uznania nadzwyczajnych wydarzeń za podstawę złagodzenia odpowiedzialności widoczny jest w judykaturach narodowych, za którymi podążają art. 6:111 PECL i art. III–1:110 DCFR (s. 851–852).

Od rękojmi za wady do jednolitego pojęcia naruszenia umowy (s. 853–952)

W odróżnieniu od prawa Anglii i krajów nordyckich unormowanie odpowiedzialności kontraktowej sprzedawcy jest na kontynencie zdaniem autora, zbyt skomplikowane. Dotyczy to zwłaszcza uznanego przezeń za zupełnie niepotrzebne tradycyjnego rozróżnienia między świadczeniem towaru niezgodnego z umową a świadczeniem towaru wadliwego (s. 855–856, 870–887): w terminologii łacińskiej *aliud* i *peius*. W efekcie tego rozróżnienia, wywodzącego się z edylskich skarg gwarancyjnych prawa rzymskiego (s. 857–860)[35], ważniejsze europejskie kodeksy cywilne, francuski (art. 1641 *Cc*), austriacki (§ 922 ABGB), niemiecki (§ 459 BGB) i szwajcarski (art. 197 OR), znają zatem – obok ogólnej odpowiedzialności dłużnika za niedotrzymanie umowy – specjalną odpowiedzialność sprzedawcy za wady fizyczne towaru, która z reguły przedawnia się dużo szybciej (s. 859–863).

W historycznym *common law* brakowało natomiast specjalnej gwarancji sprzedawcy za wady towaru, bowiem już na ogólnych podstawach dłużnik zapewniał, iż nie dojdzie do złamania umowy (*breach of contract*). Pouczony, by miał się na baczności (*caveat emptor*), kupujący obywał się zatem bez dodatkowych skarg. W celu jego ochrony sądy angielskie rozwinęły całą serię milczących warunków (*implied conditions*), które następnie skodyfikowano w *Sale of Goods Act* z 1893 r. (s. 900–921). Obiektywną odpowiedzialność kontraktową bez typizowania wad rzeczy przyjęła również jednolita ustawa o sprzedaży dla krajów skandynawskich z 1905 r. i w ślad za nią w 1990 r. nowe ustawy: szwedzka (§ 17 *Köplag*) i duńska (§ 42 *Købelov*). Także dyrektywa 1999/44/EC o niektórych aspektach sprzedaży konsumenckiej unormowała odpowiedzialność za wydanie towaru niezgodnego z umową w ślad za wzorami angloamerykańskim i nordyckim oraz Konwencją Wiedeńską (s. 922–952).

Raczej gwoli harmonizacji *civil* i *common law* niż lepszej ochrony konsumenta zrównano zatem wydanie przez sprzedawcę towaru innego niż uzgodniony z wydaniem towaru wadliwego[36]. O ile jednak w Anglii i w krajach skandynawskich nie zmieniło to zasadniczo reżimu sprzedaży, o tyle na kontynencie po wielu dyskusjach, które ominęły jedynie Holandię, implementacja dyrektywy wypadła bardzo niejednolicie. Podczas gdy Niemcy, Austria, Grecja i Węgry znowelizowały w tym duchu swe kodeksy cywilne, we Francji zmieniono tylko *Code de la consommation*, w związku z czym świadczenia *aliud* i *peius* zrównano tylko w umowach konsumenckich. Podobne postępowanie Polski, Włoch, Portugalii i Hiszpanii doprowadziło w Europie do dalszego pogmatwania i zróżnicowania odpowiedzialności sprzedawcy (s. 950) w trybie „dezintegrujących skutków harmonizacji ustawodawczej"[37].

Błąd co do istoty i rękojmia za wady rzeczy indywidualnie oznaczonych (s. 953–1043)

Do niejednolitych unormowań prawa europejskiego Ranieri zalicza również zagadnienie błędu co do istoty towaru. W tym przypadku bowiem systemy romanistyczne, zwłaszcza francuski i niemiecki, chronią błądzącego z uwagi na wadę jego oświadcze-

34 E. Bucher, *England and the Continent. Distinguishing the Peculiarities of the English Common Law of Contract*, Zürich 2009, s. 11–15.

35 F. Longchamps de Bérier, *Skargi edylów kurulnych a dyrektywa 1999/44/EC Parlamentu Europejskiego i Rady*, „Studia Iuridica" 2000, nr 44, s. 435–437.

36 T. Pajor, *Prawo cywilne a prawo Unii Europejskiej*, „Studia Prawno-Europejskie" 2002, nr 6, s. 67.

37 Ch. Joerges, *Desintegrative Folgen legislativer Harmonisierung* [w:] H. Schulte-Nölke, R. Schulze (eds.), *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, Baden-Baden 1999, s. 205–206.

nia woli, podczas gdy prawo angielskie i skandynawskie chronią przede wszystkim samą umowę i zaufanie kontrahenta (s. 955). W Anglii, gdzie tradycyjnie błąd uwzględnia się w mniejszym stopniu niż na kontynencie, jego pojęcie jest zobiektywizowane w sensie rozejścia się umowy z rzeczywistością (s. 1024–1027). Wymaga się zatem wspólnej pomyłki stron co do prawnej lub faktycznej możliwości realizacji kontraktu (*common mistake*). Poza tym można powołać się jedynie na nieprawidłową informację, otrzymaną podczas pertraktacji (*misrepresentation*).

W prawie kontynentalnym – jak twierdzi nieco przesadnie Ranieri – z tekstów rzymskich pozostał tylko termin *error*, gdyż nowoczesne pojęcie błędu różni się od rzymskiego zasadniczo swą jednostronnością (s. 958)[38]. Unormowanie błędu w Austrii (§ 871, 901 ABGB) i w Szwajcarii (art. 23–24 OR), oparte na jego istotności i rozpoznawalności, wpłynęło na prawo włoskie, polskie, węgierskie i czeskie. Ranieri zaleca jednak jako przyszłe rozwiązanie europejskie art. 140–143 greckiego kodeksu cywilnego, które stanowią udaną syntezę rozwiązań przyjętych w Niemczech i w Szwajcarii (s. 964–965). Według tegoż kodeksu (art. 154) – podobnie jak w prawie austriackim, francuskim i włoskim – nieważność czynności prawnej stwierdzana jest wyłącznie wyrokiem sądowym.

W odniesieniu do konkurencji między roszczeniami z tytułu błędu i z tytułu gwarancji za wady towaru już wkrótce po wejściu w życie BGB orzecznictwo niemieckie wykluczyło zaczepienie sprzedaży z powodu błędu przez nabywcę uprawnionego do gwarancji, podczas gdy sądy szwajcarskie i austriackie, łącznie z austriackim Sądem Najwyższym (*Oberster Gerichtshof*)[39], przyznają kupującemu oba remedia. Prowadzi to również do rozbieżnych interpretacji krajowych art. 39 CISG (s. 975–994, 1040–1042). Nowsze prawo europejskie, reprezentowane przez francuską Kasację oraz kodeksy portugalski z 1966 r. i holenderski z 1992 r., ciąży jednak ku wykluczeniu powołania się na błąd przez nabywcę, którego roszczenia z tytułu sprzedaży już wygasły. Trend ten znalazł wyraz również w Zasadach Międzynarodowych Kontraktów Handlowych UNIDROIT (art. 3.7) z 1994 i 2004 r. (s. 1036–1037).

Mimo to z uwagi na obowiązywanie starszych rozwiązań obraz całości pozostaje niejednolity. Zwłaszcza unijne projekty modelowe, choć w ślad za prawem angielskim i nordyckim podchodzą do błędu zasadniczo restryktywnie, w sprzeczności ze wspomnianym trendem przyjęły (PECL art. 4:119; DCFR art. II-7:216) szwajcarsko-austriacki model konkurencji kumulatywnej remediów z tytułu błędu i sprzedaży (s. 1039–1040). Na tym tle zgodnie ze swym sceptycznym credo Ranieri powątpiewa w efektywność unifikacji, przeprowadzonej wyłącznie na płaszczyźnie tekstów normatywnych, i to w dodatku o tak wysokim stopniu ogólności. W standardowym przypadku zakupu obrazu, który po jakimś czasie okazuje się nieautentyczny (s. 954–955, 1039), sąd francuski będzie nadal dopatrywał się błędu kupującego (art. 4:103 PECL), natomiast angielski – fałszywej informacji ze strony sprzedawcy (art. 4:106 PECL) lub przypadku naruszenia umowy (art. 8:103 PECL).

Kauzalność i abstrakcyjność (s. 1045–1179)

W rozwoju prawa pospolitego pojęcie *causa* pozwoliło już starszym kanonistom, a następnie XV-wiecznym konsyliatorom, na uznanie zaskarżalności *pacta*, wykraczających poza rzymski system kontraktowy[40]. Rozumiana jako forma albo przynajmniej rozsądny motyw, *causa* dostarczała paktom „odzienia" (*vestimentum*) jako podstawy zaskarżalności, której – w myśl zasady *ex pacto nudo actio non oritur* – pozbawione były pakta „nagie". Podczas gdy od drugiej połowy XVII stulecia w niemieckim i holenderskim *usus modernus Pandectarum* przesłanka *causa* stopniowo zeszła na dalszy plan, Francja, Hiszpania i Włochy zachowały ją aż do kodyfikacji. Procesy te można interpretować, na co Ranieri nie zwraca uwagi, jako jeden z przejawów powstałego w epoce

38 Zob. jednak: M.J. Schermaier, *Anachronistische Begriffe* [w:] P. Pichonnaz (ed.), *Autour du droit des contrats*, Genève 2009, s. 49–94.

39 *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts* 2001, s. 149.

40 M. Sośniak, *Rozwój historyczny konstrukcji umowy obligacyjnej*, s. 39–47; H. Lange, M. Kriechbaum, *Römisches Recht im Mittelalter*, München 2007, s. 900–902.

baroku podziału Europy na kraje protestanckie i katolickie. Podważa to mit o jedności kontynentu, trwającej przez cały okres recepcji prawa rzymskiego[41]. Zwłaszcza *Code civil* (art. 1108, 1131–1133) przejmuje wymóg *causa* od Domata i Pothiera[42], natomiast już pruski ALR, podobnie jak później niemiecka pandektystyka, niemiecki kodeks cywilny BGB i szwajcarski kodeks zobowiązań, całkowicie go pomijają (s. 1047–1051).

Prawo pospolite określało jako *causa* również tytuł prawny, np. sprzedaż, który uzasadniał translatywność późniejszego wydania rzeczy (*traditio*), określanego jako „sposób" (*modus*) przewłaszczenia. Wymóg *titulus* plus *modus* przyjęły prawo pruskie (I.9 § 1–2 ALR), austriackie (§ 380, 423–425, 1053 ABGB) i szwajcarskie (art. 974 ZGB). W Niemczech natomiast Savigny stworzył abstrakcyjną czynność rzeczową, przenoszącą własność niezależnie od uprzedniego zobowiązania. Poza Niemcami (§ 929 BGB) konstrukcję tę zna na kontynencie wyłącznie grecki kodeks cywilny (art. 1034), i to tylko w odniesieniu do ruchomości. Trzecim systemem kontynentalnym jest francuskie przewłaszczenie mocą samej umowy zobowiązującej, np. sprzedaży, wywołującej tzw. podwójny skutek (art. 711, 1138, 1583, 1585 *Cc*). System ten przejęły oba kodeksy włoskie, z 1865 i 1942 r., jednak odrzucił go na rzecz systemu *titulus* plus *modus* pozostający skądinąd pod wpływem napoleońskim kodeks hiszpański z 1889 r., podobnie jak oba kodeksy holenderskie: z 1838 i 1992 r. Umowę o podwójnym skutku znają jednak kodeks polski (art. 155) i portugalski (art. 408). Również angielski *Sale of Goods Act* z 1893 r., obecnie w brzmieniu z 1979 r. (sect. 17–18), przyjął system zbliżony do francuskiego (s. 1084–1087)[43], podczas gdy w Szkocji dopatrzyć się można zasady abstrakcyjności[44].

Kauzalność lub abstrakcyjność przewłaszczenia wpływa na reżim prawny zwrotów i rozliczeń, niezbędnych w razie przewłaszczenia nieudanego lub odstąpienia od umowy. W razie nieważności czynności zobowiązującej do przewłaszczenia system niemiecki wyklucza prostą rewindykację na korzyść skargi z tytułu nienależnego świadczenia: *condictio indebiti* (s. 1088–1089). Tymczasem w prawie francuskim, włoskim i hiszpańskim nieważność umowy z braku *causa* powoduje skutek rzeczowy *ex tunc* (s. 1102). W końcu kazuistyczny system remediów *common law* umyka alternatywie „albo windykacja albo *condictio*" (s. 1104–1109). Głębokie różnice w reżimie nabycia praw rzeczowych i roszczeń restytucyjnych, występujące zarówno na kontynencie, jak i między nim a *common law*, każą autorowi wątpić w powstanie w przewidywalnej przyszłości jednolitego modelu europejskiego (s. 1109). Przy odstąpieniu od umowy tak PECL (art. 9:305–309) jak DCFR (art. III–3: 509–515) przyjmują rozwiązanie angielskie, zwłaszcza w zakresie jego skuteczności *ex nunc*.

Mimo odrzucenia niemieckiego systemu abstrakcyjności przewłaszczenia przez znakomitą większość krajów europejskich wykazuje on swą żywotność w instytucji przewłaszczenia na zabezpieczenie. Ten wytwór niemieckiego orzecznictwa głęboko zmienił system gwarancji rzeczowych przewidziany przez BGB (s. 1111–1112). System ten opierał się dla ruchomości, podobnie jak w innych kodeksach europejskich, na zaspokajającej wymóg jawności „zasadzie zastawu ręcznego" (*Faustpfandprinzip*). Przewłaszczenia na zabezpieczenie dokonywano jednak w ten sposób, że przy symulowanej sprzedaży zastrzegano prawo odkupu dla dłużnika, który pozostawał dzierżycielem rzeczy z mocy *constitutum possessorium*. Mimo to również abstrakcyjne przewłaszczenie na zabezpieczenie nie sprawdziło się w skali europejskiej (s. 1118, 1132). Niewyobrażalne w kauzalnych systemach romańskich (s. 1127–1130), zostało ono odrzucone ponadto w Szwajcarii i w Austrii; tymczasem w wielu innych krajach kontynentu łącznie z Polską rozwija się ostatnio instytucja konkurencyjna w postaci obywającego się bez przeniesienia posiadania ruchomego zastawu rejestrowego (s. 1133–1134).

41 D. Osler, *The Jurisprudence of the Baroque: a Census of the 17th Century Italian Legal Imprints*, Frankfurt a. M. 2007, IX-XXII.

42 K. Sójka-Zielińska, *Kodeks Napoleona*, Warszawa 2007, s. 117–118.

43 R. Sacco, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, Baden-Baden 2001, s. 110–111, 165–167.

44 L. van Vliet, *The Transfer of Moveables in Scotland and England*, „Edinburgh Law Review" 2008, nr 12, s. 173–199.

Przesłankę *cause du contrat* przejęły z *Code civil* wszystkie kodeksy romańskie. Natomiast w niemieckiej pandektystyce, podobnie jak później w Austrii i Szwajcarii, *causa* prawa pospolitego zachowała się w postaci wyłącznie doktrynalnego wymogu „powagi" oświadczenia woli, implikującego zamiar prawnego związania się (s. 1146–1147). Niejednolita rola *causa* na kontynencie i różnice między nią a angielską *consideration* stanowią następną przeszkodę na drodze do europejskiego prawa zobowiązań. Ponieważ jednak jego entuzjaści próbują zredukować obie przesłanki do roli wariantów tej samej doktryny, a nawet – analogii strukturalnych między *civil* i *common law*[45], można by równie dobrze w tekście francuskim przyszłego kodeksu zamieścić *causa*, a w angielskim – *consideration*[46]. Pominięcie obydwu w PECL (art. 2:101), ACQP (art. 4:101) i DCFR (II–4:101) może okazać się nieskuteczne, ponieważ kontrola *cause* przez sądy francuskie odpowiada w Niemczech odwołaniu się do dobrej wiary czy zasad moralności. Wadą myślenia życzeniowego obciążone jest w końcu również jednomyślne uznanie przez PECL (art. 2:107), ACQP (art. 4:107) i DCFR (art. II-1:103) za wiążącą każdej nieformalnej obietnicy świadczenia (s. 1152–1153)[47].

45 R. Zimmermann, *Prawo rzymskie a harmonizacja prawa prywatnego w Europie*, „Nowa Europa" 2008, nr 11, s. 202.

46 P.G. Monateri, T. Giaro, A. Somma, *Le radici comuni del diritto europeo*, Roma 2005, s. 129–130.

47 Por. Eidenmüller et al., *Der Gemeinsame Referenzrahmen*, s. 548.

Przelew wierzytelności (s. 1182–1248)

Przelew wierzytelności, uważanej w prawie rzymskim i pospolitym za niezbywalne prawo osobiste, natomiast w *common law* zgodnie z *privity of contract* nie dający cesjonariuszowi samodzielnej skargi przeciw dłużnikowi, wykształca się ostatecznie zarówno na kontynencie, jak i w Anglii dopiero w XIX stuleciu. Poprzednio stosowano na kontynencie rzymskie procesowe namiastki cesji, pozostawiające cedentowi nadal *actio directa*, podczas gdy cesjonariusz zyskiwał dodatkową *actio utilis*. Po zakwalifikowaniu wierzytelności przez prawo Rozumu XVII-XVIII w. jako porównywalnego z własnością zbywalnego prawa majątkowego do wolności innego podmiotu[48] pandektystyka uznała cesjonariusza w połowie XIX w. za wyłącznego wierzyciela. To obecne już w ABGB (§ 1392) unormowanie przejęły kodyfikacje niemiecka (§ 398 BGB) i szwajcarska (art. 164 OR), jednak nowsze kodeksy, włoski, grecki, portugalski i holenderski, nadal wymagają zawiadomienia dłużnika o przelewie (s. 1188–1191). Mimo że również *Judicature Act* z 1873 r. i *Law of Property Act* z 1925 r. (sect. 136) uznały je za konieczne także przy *legal assignment* (s. 1226–1234), PECL (art. 11:102, 202) i DCFR (art. III–5:104, 114) potraktowały je jako zbyteczne.

Rozbieżności występują również w reżimie uzgodnionego między wierzycielem i dłużnikiem wyłączenia cesji (*pactum de non cedendo*). Jego absolutną skuteczność przyjmuje niemiecki BGB (§ 399), za którym podążają, mimo przeciwnego brzmienia § 364c ABGB, praktyka austriacka oraz kodeksy polski (art. 509) i holenderski (art. 3:83). Przeważa jednak w Europie ograniczenie skuteczności przelewu wyłączonego umownie do przypadku dobrej wiary cesjonariusza. PECL (art. 11:301–302) i DCFR (art. III–5:108) przyjmują kompromisowo bezskuteczność względną jedynie w stosunku do dłużnika (s. 1197–1198). Następnym nowszym trendem jest dopuszcze-

> ***Przelew wierzytelności wykształca się ostatecznie zarówno na kontynencie, jak i w Anglii dopiero w XIX stuleciu.***

48 J.D. Harke, *Römisches Recht*, München 2008, s. 84.

nie przez PECL (art. 11:102, 202) i DCFR (art. III–5:106) cesji wierzytelności przyszłych, a nawet cesji wszystkich wierzytelności dla celów zabezpieczenia (s. 1200–1203). Trzeba jednak dodać, że kwestia przypisania i przeniesienia praw – co dotyczyć będzie w CFR również przewłaszczenia i zastawu ruchomości – nie należy do modelowych „instrumentów opcjonalnych", lecz do krajowego *ius cogens*[49].

W oparciu o kwalifikację wierzytelności jako rzeczy niematerialnej (*res incorporalis*) starsze kodeksy cywilne aż do hiszpańskiego z 1898 r. włącznie uznawały cesję za szczególny przypadek sprzedaży. Tymczasem pandektystyka i, w ślad za nią, BGB wyraźnie rozdzieliły abstrakcyjną czynność rozporządzającą przelewu od zobowiązującej czynności bazowej (*causa*). W związku z tym kwestie istnienia wierzytelności (*veritas*) i wypłacalności dłużnika (*bonitas*) normowane były w ramach „sprzedaży praw" (*Rechtskauf*), wspomnianej w dawnym § 437 BGB (obecnie § 453). Z uwagi na niejasność regulacji kodeksowych w ślad za cywilistyką francuską spora część doktryny szwajcarskiej, austriackiej i włoskiej uznaje przelew wierzytelności za czynność kauzalną[50]. W tym samym duchu PECL (art. 11:204) i DCFR (art. III–5:112) nie rozdzielają przelewu od uprzedniego zobowiązania, pozostawiając kwestię jego abstrakcyjności nierozstrzygniętą (s. 1218–1220)[51].

Umowa poręczenia i ochrona poręczyciela (s. 1249–1344)

Pochodzącą z prawa rzymskiego strukturalną cechą poręczenia jest jego akcesoryjność. Wynikająca stąd zależność od wysokości długu odróżnia zatem poręczenie zarówno od umowy gwarancji, jak i od kumulatywnego przejęcia długu (s. 1257–1259). Na tej samej zasadzie poręczyciel korzysta ze wszystkich zarzutów dłużnika. W przeciwieństwie do rzymskiej *fideiussio* jako przyjacielskiej przysługi poręczenie stało się nowoczesnym środkiem pozyskiwania kredytu, zwłaszcza że od połowy XIX w. może ono obejmować ogół przyszłych roszczeń wobec dłużnika. Ochronę poręczyciela zapewnia pisemna forma poręczenia, wprowadzona przez kodyfikacje od końca XIX w., która stała się obecnie zasadą prawa kontynentalnego (s. 1274–1278). W Anglii, gdzie poręczeniu odpowiada *contract of guarantee* (s. 1263–1269), formę tę wprowadził już *Statute of Frauds* z 1677 r., natomiast we Francji – orzecznictwo. W związku z tym Ranieri potwierdza swą tezę, że prawo francuskie stało się dziś czystym *case law* (s. 577, 1280–1286)[52].

Nowy rozdział ochrony poręczyciela otworzyło prawodawstwo wspólnotowe, zwłaszcza dyrektywa 87/102/EWG o kredycie konsumenckim[53], którą w Niemczech – aż do wykluczającego taką praktykę wyroku ETS z roku 2000 – usiłowano *per analogiam* stosować do poręczenia (s. 1295–1300). Natomiast w oparciu o konstytucyjnie zawarowane prawa podstawowe Niemiecki Sąd Konstytucyjny (*Bundesverfassungsgericht*) zobowiązał w 1993 r. sądy cywilne do kontroli umów poręczenia, zawieranych przez niezamożnych i niedoświadczonych członków rodziny, przeważnie kobiety, dla wsparcia działalności gospodarczej ich mężów czy ojców (BVerfGE 89, s. 229–235). Orzecznictwo to utrwaliło się w Niemczech, wpływając również na sądy austriackie i szwajcarskie (s. 1308–1320). W Anglii natomiast sądowa ochrona poręczającego za członków rodziny polega na kontroli, czy nie wywarli oni nań niedopuszczalnego wpływu (*undue influence*), który funkcjonalnie odpowiada kontynentalnemu pojęciu *metus reverentialis* (s. 1323–1333). Wystarczy przy tym, że wpływ ten winien być instytucji kredytowej znany (*constructive notice*).

Wreszcie orzecznictwo włoskie przeciwstawia roszczeniu takiej instytucji oparty na jej złej wierze zarzut podstępu (*exceptio doli generalis*). W innych krajach kontynentu ochrona poręczyciela sprowadza się do rozmaitych interwencji ustawodawczych i administracyjnych. Również i w tym zakresie Ranieri podkreśla, że poza zbożną tendencją proporęczycielską trudno mówić o homogeniczności prawa

49 W. Ernst, *Der Common Frame of Reference*, s. 271–272.

50 W prawie polskim art. 510 § 2 k.c. rozstrzyga jednoznacznie na rzecz kauzalności.

51 Eidenmüller et al., *Der Gemeinsame Referenzrahmen*, s. 542.

52 Zob. o tym również: E. Steiner, *French Legal Method*, Oxford 2002, s. 75–99.

53 Zastąpiona ostatnio przez dyrektywę 2008/48/WE, która zresztą również nie odnosi się do zabezpieczeń.

europejskiego na płaszczyźnie tak instytucjonalnej, jak aksjologicznej (s. 1340)[54]. Niemniej jednak opracowujący zabezpieczenia osobiste w ramach *Study Group on a European Civil Code* zespół niemieckiego cywilisty Ulricha Drobniga przedstawił modelowy projekt normatywny (art. 2:102, 104, 107 PEL/Drobnig, Pers. Sec.), wzorowany przede wszystkim na orzecznictwie angielskim i ustawodawstwie francuskim. Został on bez większych zmian przejęty przez art. IV.G-4:101–107 DCFR (s. 1341–1344).

Obowiązki ochronne i odszkodowanie (s. 1345–1406)

Wprowadzona do dogmatyki europejskiej przez Jheringa konstrukcja *culpa in contrahendo* nie przypadkiem powstała na gruncie niemieckim, gdzie ściśle romanistyczna odpowiedzialność deliktowa z jednej strony wykluczała odszkodowania za tzw. szkody czysto majątkowe (§ 823 BGB), a z drugiej – dopuszczała ekskulpację dłużnika od odpowiedzialności za działania osób, którym powierzył on wykonywanie czynności (§ 831 BGB). Zmusiło to działające *praeter legem* sądy do zakwalifikowania stosunków powstałych w wyniku podjęcia kontaktu gospodarczego jako stosunków (przed)kontraktowych, co wykluczało zarówno ekskulpację osoby odpowiedzialnej za personel, jak i niekorzystne dla poszkodowanego unormowanie ciężaru dowodu i przedawnienia[55]. Mimo spopularyzowanej w latach osiemdziesiątych XX w. przez Canarisa formuły „trójśladowości" niemieckiego prawa odszkodowawczego[56] wprowadzona w Niemczech w 2002 r. reforma prawa zobowiązań zachowała kwalifikację kontraktową (§ 311 ust. 2–3 BGB).

Natomiast poza Niemcami i Austrią odpowiedzialność za szkody wyrządzone w fazie przedkontraktowej ma na całym kontynencie, podobnie jak w prawodawstwie i orzecznictwie wspólnotowym, charakter deliktowy (s. 204, 1350–51). Zwłaszcza w Szwajcarii, odgrywającej w tym zakresie rolę pilotażową, właściciel budynku odpowiada na zasadzie ryzyka (art. 58 OR) za wszelkie szkody, wynikłe z nieutrzymania go w odpowiednim stanie (s. 1365–1370). Tymczasem we Francji obciąża się sprzedawcę albo obowiązującą w sklepie kontraktową *obligation de sécurité*, albo odpowiedzialnością deliktową na zasadzie ryzyka z mocy art. 1384 *Code civil*, regulującego szkody wyrządzone przez rzeczy (*fait des choses*) wskutek niedostatecznego dozoru. Pod przepis ten podpada zwłaszcza obowiązek dbałości o podłogę w lokalu handlowym i usługowym (*garde du sol*). W Anglii wreszcie podobne obowiązki obciążają posiadaczy nieruchomości od początku XIX w. w ramach ogólnego *tort of negligence*, przy czym odwrócenie ciężaru dowodu na zasadzie oczywistości (*res ipsa loquitur*) przypisuje im w efekcie końcowym odpowiedzialność zbliżoną do absolutnej (s. 1390–1404).

W podsumowaniu tego przeglądu unormowań Ranieri doszukuje się wspólnej zasady europejskiej, obciążającej posiadaczy lokali otwartych dla publiczności ryzykiem niebezpiecznych upadków oraz podobnych wypadków klienteli (s. 1404–1406). Mimo różnorodnych kwalifikacji dogmatycznych: odpowiedzialności kontraktowej w Niemczech i Austrii, odpowiedzialności na zasadzie ryzyka w Szwajcarii, Francji i Włoszech, czy wreszcie domniemania winy w Hiszpanii i Anglii – efekt praktyczny jest wszędzie podobny. Konstrukcja dogmatyczna odgrywa zatem drugorzędną rolę, stanowiąc często jedynie nieuchronną konsekwencję szczególnej historycznej sytuacji wyjściowej. Widoczne jest to zwłaszcza w prawie niemieckim, gdzie wąski zakres zapożyczonej od Rzymian odpowiedzialności *ex delicto* wymusił ukształtowanie odpowiedzialności za *culpa in contrahendo* jako odpowiedzialności kontraktowej. Potwierdza się w ten sposób znana skądinąd prawda, że harmonizacja odpowiedzialności pozakontraktowej nastręcza większe trudności niż kontraktowej[57].

54 Optymistyczniej M. Olechowski, *Osobiste zabezpieczenia wierzytelności w projekcie zasad prawa europejskiego* [w:] Pazdan et al. (eds.), *Europeizacja prawa prywatnego*, t. II, s. 69–73.

55 Giaro, *Culpa in contrahendo*, s. 131; J. von Hein, *Die culpa in contrahendo im europäischen Vertragsrecht*, „Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht" 2007, nr 2, s. 55–56.

56 C.-W. Canaris, *Schutzgesetze – Verkehrspflichten – Schutzpflichten*, Festschrift für Karl Larenz, München 1983, s. 84.

57 E. Bagińska, *Projekt unifikacji europejskiego prawa czynów niedozwolonych*,

Odpowiedzialność deliktowa i wynagrodzenie czystej szkody majątkowej (s. 1407–1538)

Stopniowe rozszerzanie rzymskiej odpowiedzialności deliktowej, zwanej akwiliańską, doprowadziło do przyjęcia w kodyfikacjach prawa Rozumu, ALR (I.6 § 11–12), *Code civil* (art. 1382) i ABGB (§ 1295), tzw. klauzuli generalnej odpowiedzialności deliktowej, inspirowanej maksymą moralną nieszkodzenia drugim (*neminem laedere*). Klauzulę tę przejęły w zasadzie wszystkie nowsze kodeksy europejskie, m.in. art. 134 polskiego k.z. z 1933 r. i art. 415 k.c. z 1964 r. (s. 1442–1444), a poza tym wiele kodyfikacji Ameryki Łacińskiej i północnej Afryki. Jedynie prawo niemieckie odrzucało ogólną odpowiedzialność deliktową za niedbalstwo, powielając w BGB (§ 823, 826) rzymski model regulacji poszczególnych deliktów typowych, uzupełniony klauzulami generalnymi o ograniczonym zasięgu. W reżimie tym, zwanym niekiedy – w przeciwieństwie do reżimu jednolitej klauzuli generalnej – systemem pluralizmu ograniczonego, wykluczone było zwłaszcza odszkodowanie za straty czysto gospodarcze, poniesione np. w obrocie przedsiębiorstwa (s. 1419–1428).

Podobnie jak prawo rzymskie, dawne *common law* znało jedynie równie kazuistyczny – mimo że powstały w sposób niezależny – system deliktów typowych (*specific torts*), takich jak zwłaszcza *trespass*, *nuisance* i *defamation*, co nazwać można systemem pluralizmu nieograniczonego[58]. Dopiero w ostatnich dziesięcioleciach XIX w. powstał ogólny delikt niedbalstwa (*tort of negligence*), a zgeneralizowana odpowiedzialność z tego tytułu wykształciła się w Anglii definitywnie dopiero w ostatnich dekadach XX w. Zakłada ona wyrządzenie szkody w wyniku złamania obowiązku troski o drugich (*duty of care*). Problemem strukturalnym *common law* były wypływające z zasady *privity of contract* trudności w uogólnieniu tego obowiązku (s. 1431–1432), do którego przeforsowania w zakresie pozaumownym przyczynił się w 1932 r. słynny „przypadek ślimaka" *Donoghue v. Stevenson*. W wyroku tym uznano, że producent napojów odpowiada nie tylko wobec ich bezpośredniego odbiorcy, lecz również wobec konsumenta, niezwiązanego z producentem żadną umową (s. 1435–1437).

Wiele krajów prawa skodyfikowanego, takich jak Szwajcaria czy Austria, pracuje intensywnie nad reformą odpowiedzialności deliktowej (s. 1457–1460). Porzucają one przy tym kategorię bezprawności – nadal centralną w niemieckim reżimie odpowiedzialności deliktowej i systemach odeń zależnych – w celu umożliwienia odpowiedzialności za szkodę czysto majątkową (*pure economic loss*). Ponosi ją zwłaszcza ten, kto utracił osobę, zapewniającą mu z mocy obowiązku ustawowego środki utrzymania (§ 1327 ABGB; art. 45 OR; § 844 BGB), skąd termin *Versorgungsschaden*, czyli szkoda alimentacyjna (s. 1465, 1475)[59]. Inny typ szkody czysto majątkowej polega na uniemożliwieniu dłużnikowi spełnienia świadczenia przez osobę trzecią. Ponieważ w Niemczech roszczenia wierzycielskie nie podpadają pod pojęcie „innego prawa" z § 823 BGB, chroniącego tylko prawa bezwzględne, osoba ta odpowiada deliktowo za złamanie umowy przez dłużnika jedynie wtedy, gdy nakłoniła go do tego umyślnie wbrew dobrym obyczajom (§ 826 BGB). Sądy austriackie i szwajcarskie przyznają jednak odszkodowanie również w razie winy nieumyślnej (s. 1487–1489), tworząc w ten sposób, praktykowaną także we Włoszech, deliktową ochronę wierzytelności (s. 1498).

Jednak i pod tym względem brak w Europie jednolitości. Sądy polskie, greckie i portugalskie wykluczają mianowicie za wzorem niemieckim odpowiedzialność deliktową za „szkody pośrednie"[60]. Szkody takie, wynikające z ludzkiej śmierci lub uszkodzenia ciała, nie są w zasadzie zaskarżalne także w prawie angielskim (s. 1501–1502). Konstelacja podobna do trwałego uniemożli-

„Państwo i Prawo" 2004, nr 6, s. 32; W. Kocot, *Perspektywy harmonizacji prawa prywatnego*, „Studia Iuridica" 2005, nr 44, s. 419; R. Zimmermann, *The Present State*, s. 494–495.

58 O wszystkich tych systemach B. Lewaszkiewicz-Petrykowska, *Deliktowa odpowiedzialność za własne czyny*, KPP 1998, nr 7, s. 208–224; taż, *Współczesne prawo cywilne*, s. 126–130.

59 A. Śmieja, *Czyny niedozwolone* [w:] Adam Olejniczak (ed.), *System prawa prywatnego*, t. VI, Warszawa 2009, s. 721–732.

60 M. Kaliński, *Odpowiedzialność odszkodowawcza* [w:] Olejniczak (ed.), *System*…, t. VI, s. 37–40, 45–6.

wienia świadczeń alimentacyjnych wyniknąć może również ze zdarzenia tak banalnego, jak przerwanie przez osobę trzecią kabla elektrycznego, powodujące u odbiorcy prądu straty w produkcji (s. 1504). Orzecznictwo francuskie, włoskie i hiszpańskie rozwiązuje te przypadki bez trudu na podstawie ogólnej klauzuli deliktowej (s. 1518). Tymczasem sądy angielskie nie uznają zakłócenia stosunku umownego przez niedbalstwo osoby trzeciej za dostateczną podstawę obciążenia jej wobec wierzyciela odpowiedzialnością z tytułu *tort of negligence* (s. 1522–1525).

Odszkodowanie za szok między uszkodzeniem ciała a „nawiązką" (s. 1539–1619)

Pośrednia szkoda moralna, zwana we Francji rykoszetową (*dommage par ricochet*), dotyka bliskich osoby bezpośrednio poszkodowanej, np. w wypadku drogowym, zwłaszcza członków rodziny, którzy doznali z tego powodu szoku. Wspomniano już, że prawo rzymskie, a za nim europejskie prawo pospolite, traktowało krzywdy niemajątkowe bardzo restryktywnie. Pomysł rekompensowania ich w trybie nawiązki za ból (*pretium doloris*) powstał dopiero w prawie Rozumu, skąd trafił on do § 1323–1325 i 1330–1331 ABGB (s. 1541). Podczas gdy jednak orzecznictwo francuskie podciągało pod art. 1382 *Code civil* również szkodę moralną (s. 1587–1593), niemiecka pandektystyka, a nawet orzecznictwo pruskie do obowiązującego w Nadrenii *Code civil*, odrzucały ją nadal. W tym duchu BGB wykluczył ochronę deliktową honoru i prawa osobowości, co Niemcy przełamali dopiero w połowie lat pięćdziesiątych XX stulecia w drodze wykładni konstytucyjnej, opartej na pojęciu godności ludzkiej (s. 1546–1547)[61].

W międzyczasie dziedzina szkód niemajątkowych została w skali europejskiej znacznie ujednolicona (s. 1547–1548). Uprzednia restryktywność prawa niemieckiego wpłynęła jednak trwale na wiele systemów kontynentalnych, w tym zarówno na wykładnię art. 134 polskiego k.z., jak i później na brzmienie art. 445–446 i 448 k.c.[62], następnie na prawo włoskie i węgierskie, na art. 299 kodeksu cywilnego greckiego z 1946 r., a nawet na art. 6:106 nowej kodyfikacji holenderskiej (NNBW). Zresztą sądy niemieckie i austriackie pozostają w tym względzie stosunkowo restryktywne, wymagając zwłaszcza, by szok psychiczny wywołał u poddanej mu osoby własną szkodę zdrowotną, podczas gdy bardziej liberalne orzecznictwo szwajcarskie przyznaje najbliższym nawiązkę (*Angehörigenschmerzensgeld*) nawet w jej braku (s. 1576–1579).

Również i w tej dziedzinie brak jednak w Europie jednolitości judykatury. Jeszcze w 2002 r. holenderski Sąd Najwyższy (*Hoge Raad*) odmówił odszkodowania za krzywdę moralną matce dziecka, przejechanego na jej oczach na obszarze ograniczonego ruchu. Otrzymała ona co prawda odszkodowanie za szok w sensie psychiatrycznie zdiagnozowanych zjawisk chorobowych, jednak z wykluczeniem szkody „żałobnej" czy „uczuciowej", a to z uwagi na enumeratywność wyliczenia uprawnionych do odszkodowania za śmierć bliskich w art. 6:108 NNBW (s. 1584–1586)[63]. Podobnie jak w prawie francuskim, również w prawie angielskim sprowadzenie kwestii odpowiedzialności do związku przyczynowego stanowi narzędzie podziału ryzyka między sprawcą a poszkodowanym. Po stronie pierwszego wymaga się jednak obowiązku troski (*duty of care*), a po stronie drugiego – spowodowanej bliskością czasoprzestrzenną do wypadku szkody, wynikłej z szoku psychicznego (*nervous shock damage*), podczas gdy naturalny żal po stracie bliskich nie wystarcza, podobnie jak w prawie niemieckim (s. 1593–1600). Sądy włoskie i szwedzkie przyznają zadośćuczynienie za krzywdę moralną dopiero od lat dziewięćdziesiątych XX w. (s. 1600–1616).

Perspektywa europejska okazuje się zatem raz jeszcze zróżnicowana. Prawo niemieckie, austriackie i w pewnym zakresie szwedzkie ujmują problem jako

61 Ostatnio na ten temat: G. Brüggemeier, *„Du sollst dir kein Bildnis machen…"*, Festschrift Gunther Teubner, Berlin 2009, s. 231–248.

62 M. Kaliński, *Odpowiedzialność odszkodowawcza*, s. 38–40, 45–46; A. Śmieja, *Czyny niedozwolone*, s. 695–737.

63 Zob. jednak A.S. Hartkamp, *Law of Obligations* [w:] J.M.J. Chorus et al. (eds.), *Introduction to Dutch law*, wyd. 4, Kluwer 2006, s. 144–145.

bezprawne naruszenie własnych dóbr prawnych, a zwłaszcza zdrowia, bliskich ofiary. Natomiast prawo francuskie, szwajcarskie i, w efekcie końcowym, również włoskie przyznaje im rekompensatę za ból psychiczny. Na płaszczyźnie aksjologicznej chodzi przede wszystkim o znalezienie równowagi między ochroną sprawcy szkody przed nieograniczoną odpowiedzialnością a respektem dla podmiotów duchowo dotkniętych przez wypadek. Rozmaite narzędzia prawne, służące temu celowi w różnych krajach zgodnie z ich tradycją dogmatyczną, są w dużym stopniu funkcjonalnie zamienne. Co do zasady jednak zadośćuczynienie pieniężne za krzywdę moralną zostało uznane – i to zapewne w zbyt wysokim stopniu[64] – zarówno przez *Study Group on a European Civil Code* (art. 2:201–202 CoPEL Liab. Dam.), której propozycje włączono do DCFR (art. VI-2:201–202), jak i przez *European Group on Tort Law* (art. 10:301 PETL), którą kieruje cywilista austriacki Helmut Koziol (s. 1617–1619).

Odpowiedzialność wytwórcy wadliwych produktów (s. 1621–1755)

Klasyczna zasada winy bezspornie nie rozwiązuje problemu odpowiedzialności wytwórcy produktów masowych (s. 1623). Ze względu na doktrynę *privity of contract* w anglosaskim kręgu prawnym wytwórcy nie można było jednak obciążać obowiązkami troski (*care*) w stosunku do osób trzecich, jakimi byli konsumenci. Zasadę tę przełamał w 1916 r. precedens amerykański *MacPherson v. Buick Motor Co*., umożliwiając na podstawie *tort of negligence* skargę nabywcy samochodu bezpośrednio przeciw wytwórcy. Ściśle obiektywna odpowiedzialność producenta utrwaliła się w USA od połowy XX w. W prawie brytyjskim skargę przeciw producentowi dopuścił wspomniany już wyrok *Donoghue v. Stevenson* z 1932 r., który rozciągnięto następnie na kupców, importerów, rzemieślników itp. (s. 1624–1632)[65].

> ***Klasyczna zasada winy bezspornie nie rozwiązuje problemu odpowiedzialności wytwórcy produktów masowych.***

Natomiast orzecznictwo francuskie już na początku XX w. bez trudności obciążało wytwórcę produktów niebezpiecznych, np. broni czy pojazdów, odpowiedzialnością deliktową wobec osób trzecich na podstawie art. 1382 *Code civil*, uznając jego winę za ewidentną i niewymagającą dowodu (s. 1635–1644). W 1968 r. również w Niemczech zwyciężyła konstrukcja deliktowa, oparta na winie wytwórcy (§ 823 ust. 1 BGB). Możliwość jego ekskulpacji w razie winy pracowników i przypisanie ciężaru dowodu poszkodowanemu zostały przy tym praktycznie wyłączone przez obciążenie wytwórcy domniemaniem tzw. winy organizacyjnej (s. 1645–1646). Według judykatury niemieckiej w ramach swych obowiązków bezpieczeństwa, bo tak bodaj należy tłumaczyć termin *Verkehrs(sicherungs)pflichten*[66], wytwórca odpowiada zatem za błędy konstrukcyjne i produkcyjne oraz za zaniedbanie informacji i obserwacji produktu na rynku z punktu widzenia jego bezpieczeństwa (s. 1651–1653). Odpowiedzialnością deliktową obciążyło producenta od lat siedemdziesiątych XX w. również prawo holenderskie (s. 1677–1680).

Alternatywą dla odpowiedzialności deliktowej jest odpowiedzialność kontraktowa, do której sięgnęły sądy francuskie na długo

64 R. Zimmermann, *The Present State of European Private Law*, s. 496.

65 B. Lewaszkiewicz-Petrykowska, *Deliktowa odpowiedzialność*, s. 220–224; taż, *Współczesne prawo*, s. 129–130.

66 B. Lewaszkiewicz-Petrykowska, *Deliktowa*..., s. 215; taż, *Współczesne*..., s. 128.

przed implementacją dyrektywy 85/374/EWG o odpowiedzialności za wadliwe produkty. Z uwagi na zasadę niełączenia (*non-cumul*) odpowiedzialności, dającą roszczeniom kontraktowym pierwszeństwo przed deliktowymi, konsument francuski musi wykorzystać roszczenie gwarancyjne przeciw sprzedawcy z tytułu ukrytych wad towaru, przysługujące mu zresztą jako *action directe* bezpośrednio przeciw każdemu przedsiębiorcy w ich łańcuchu, poczynając od producenta (art. 1641–1645 *Cc*)[67]. W celu wykluczenia krótkiego terminu przedawnienia tych roszczeń *Cour de Cassation* przypisał wytwórcy w 1991 r. umowne zobowiązanie rezultatu (*obligation contractuelle de sécurité*) autonomiczne w stosunku do gwarancji sprzedawcy. Wreszcie w 1998 r. tenże sąd porzucił całkowicie reżim sprzedaży, obciążając producenta odpowiedzialnością „natury mieszanej", skonstruowaną na podstawie art. 1147 i 1384 *Code civil*, interpretowanych „w świetle" wówczas jeszcze nie implementowanej dyrektywy (s. 1681–1688).

Ranieri omawia szeroko odpowiedzialność na zasadzie ryzyka z mocy dyrektywy 85/374/EWG i sposób jej implementacji w poszczególnych państwach członkowskich (s. 1697–1755). Dyrektywa ta wprowadziła niezawinioną odpowiedzialność wytwórcy za uszkodzenie ciała i należących do konsumenta przedmiotów, pozostawiając odszkodowanie za krzywdę niemajątkową regulacjom narodowym. Ostatnio dyrektywa ta została uzupełniona dyrektywą 2001/59/WE o bezpieczeństwie produktów. We Francji ustawa implementacyjna z 1998 r., włączona do *Code civil* jako art. 1386–1-18, uchyliła nawet tradycyjną zasadę niekumulowania odpowiedzialności kontraktowej i deliktowej (s. 1725–1728). Z reguły jednak ustaw implementacyjnych nie włączano do kodeksów. Zwłaszcza niemiecka ustawa o odpowiedzialności za wadliwe produkty z 1989 r. oparła się nawet reformie prawa zobowiązań z 2002 r., zachowując status ustawy „okołokodeksowej"[68].

W skali europejskiej unifikacja raczej się nie powiodła, poczynając od rozumienia tak centralnych kategorii, jak produkt czy producent, a kończąc na usankcjonowaniu niejednolitości zadośćuczynienia za krzywdy niemajątkowe poprzez odesłanie do praw narodowych. Niejasny pozostaje również zakres obciążającego konsumenta dowodu wadliwości produktu (s. 1734–1736)[69]. W każdym razie stała wykładnia ETS, według której prawodawca wspólnotowy zmierzał do totalnej harmonizacji odpowiedzialności za produkt, została w doktrynie zainteresowanych krajów jednomyślnie odrzucona. Ta formalistycznie jednolita wykładnia pogorszy bowiem sytuację konsumenta np. we Francji czy w Niemczech (s. 1736–1744)[70]. Podobnie jak w podsumowaniu poprzedniego rozdziału Ranieri podkreśla funkcjonalną równoważność rozmaitych instrumentów dogmatycznych niezawinionej odpowiedzialności producenta. Przyjęły ją zarówno *Principles of European Tort Law* (art. 4:202, 5:101 PETL), jak i projekt *Study Group* (art. 3:204 CoPEL Liab. Dam.), recypowany w DCFR (art. VI-3:204).

Prowadzenie cudzych spraw bez zlecenia oraz „ratowanie" cudzej osoby i mienia (s. 1757–1800)

Również krótki rozdział o prowadzeniu cudzych spraw bez zlecenia zaczyna się ogólnoeuropejskim wprowadzeniem historycznym. Wynika zeń, że instytucja *negotiorum gestio*, dobrze znana prawu rzymskiemu, a następnie pospolitemu i – mimo sporych różnic w szczegółach – wszystkim kontynentalnym kodyfikacjom cywilnym (s. 1764–1765), jest kompletnie obca systemowi *common law* (s. 1768–1769). Uznaje on jednak, podobnie jak system kontynentalny, szczególnie w prawie morskim (*maritime salvage*), roszczenie o zwrot nakładów na ratowanie obcej osoby lub jej dóbr. Mimo to *Study Group* von Bara zaproponowała bez żenady tradycyjną kontynentalną definicję prowadzenia cudzych

67 O tej skardze jako modelu europejskim: M.J. Schermaier, *New Law Based on Old Rules* [w:] M. Ebers et al. (eds.), *European Perspectives on Producers' Liability*, Sellier 2009, s. 98–104.

68 A. Całus, *Umocowanie do zbliżenia prawa prywatnego państw członkowskich w prawie Unii Europejskiej* [w:] Pazdan et al. (eds.), *Europeizacja prawa prywatnego*, t. I, s. 153.

69 F.J. Mohmand, *Odpowiedzialność za produkt w prawie polskim*, Łódź 2008, s. 76–79.

70 Co do Francji por. S. Rohlfing, *The Needs of Transformation of the Directive 1999/44/EC*, „Studia Prawno-Europejskie" 2004, nr 7, s. 93–104.

spraw bez zlecenia (PEL/von Bar, Ben. Int. art. 1:101), przejętą dosłownie przez art. V-1:101a DCFR (s. 1768–1770)[71]. W sprawie ewentualnej harmonizacji pozostaje więc liczyć na daleko posuniętą dobrą wolę Anglików.

Analiza judykatur krajowych na temat szkody poniesionej w cudzym interesie wykazuje jednak ich sporą niejednolitość. Nie tylko sądy angielskie, lecz również francuskie i włoskie tylko wyjątkowo rekompensują nieproszonemu „ratownikowi" poniesione przezeń przy tej okazji straty. Podstawę prawną takich rozstrzygnięć stanowią w braku umowy zlecenia alternatywnie: wynikające z fikcji umowy o pomoc (*convention d'assistance*) zobowiązanie kontraktowe, następnie prowadzenie cudzych spraw bez zlecenia i wreszcie odpowiedzialność deliktowa[72]. Chętniej natomiast przyznają odszkodowanie w oparciu o rzymską *negotiorum gestio* orzecznictwo niemieckie, szwajcarskie i ostatnio również austriackie (s. 1799–1800). Mimo tej niejednolitości kierowana przez von Bara *Study Group* uznała za stosowne przyznać „ratownikowi" odszkodowanie, równie niejednolicie określone jako *indemnification*, *remuneration* i *reparation* (PEL/von Bar, Ben. Int. art. 3:101–104). Jak zwykle projekt ten został przejęty przez DCFR (art. V-3:101–104).

71 Krytycznie R. Zimmermann, *The Present State of European Private Law*, s. 499–500.

72 Natomiast doktryna polska uznaje tę odpowiedzialność za instytucję *sui generis*: Śmieja, *Czyny niedozwolone*, s. 740–743.

Dobra wiara i sędziowska kontrola wykonywania praw podmiotowych (s. 1801–1898)

Problematykę dobrej wiary ujmuje Ranieri od strony jej przeciwieństwa, a zarazem procesowej konkretyzacji, czyli podstępu (*dolus*) lub szerzej: nadużycia prawa. Oparta na zasadzie dobrej wiary kompetencja sędziowska do zmiany lub ograniczenia istniejących pozycji prawnych występuje w prawie niemieckim i szwajcarskim, a ostatnio również austriackim i holenderskim (s. 1803, 1825). Jej historycznym punktem wyjścia był rzymski zarzut podstępu (*exceptio doli*),[73] który po wygaśnięciu procesu formularnego przetrwał jako pojęcie w procesie kognicyjnym, w europejskim prawie pospolitym, a następnie w § 242 (wykonanie zobowiązania zgodnie z dobra wiarą) i 826 (sprzeczne z dobrymi obyczajami umyślne wyrządzenie szkody) BGB. Prawo pospolite rozróżniało zarzut podstępu przeszłego (*exceptio doli praeteriti*) lub specjalnego (*specialis*), piętnujący konkretne zachowanie powoda, prowadzące do czynności prawnej, z której powód wywodzi swe roszczenie, i zarzut podstępu teraźniejszego (*exceptio doli praesentis*) lub ogólnego (*generalis*), podważający jako nadużycie prawa samo wytoczenie formalnie przysługującej skargi (s. 1803–1804).

Dzięki zarzutowi podstępu poczynając od lat dwudziestych XX w. niemieckie prawo sędziowskie rozwinęło na podstawie § 242 BGB instytucję *Verwirkung*. Polega ona na utracie prawa wskutek powołania się nań z opóźnieniem, podczas którego przeciwnik mógł w dobrej wierze uznać, że prawo to nie będzie już wykonywane. Jest to więc rodzaj faktycznego przedawnienia, następującego jeszcze przed upływem przedawnienia ustawowego (s. 1816–1817). Sąd Rzeszy (*Reichsgericht*) dopuszczał zresztą zarzut podstępu również w sytuacji odwrotnej, a mianowicie przeciw zarzutowi przedawnienia, podniesionemu przez pozwanego, który uprzednio dał powodowi do poznania, że z zarzutu tego nie skorzysta. Instytucja *Verwirkung* zamykała luki długiego, bo aż 30-letniego przedawnienia, które dopiero w 2002 r. zostało w Niemczech skrócone do 3 lat[74]. Innym przypadkiem sędziowskiej korektury *ius strictum* za pomocą zarzutu nadużycia prawa jest w Niemczech wykluczenie powołania się na nieważność czynności prawnej ze względu na niedochowanie formy (s. 1820).

Z obawy o przerost władzy sędziowskiej w krajach romańskich, zwłaszcza we Francji i Włoszech, uwzględniono dobrą wiarę w mniejszym stopniu. Natomiast w Szwajcarii (art. 2 ust. 2 ZGB), a później w Polsce (art. 189 k.z.; art. 5, 354 k.c.), Grecji (art. 281 k.c. z 1946 r.) i Portugalii (art. 334 *Código civil* z 1966 r.) oraz

73 Szerzej W. Dajczak, *Dobra wiara jako symbol europejskiej tożsamości prawa*, Poznań 2006.

74 Por. M. Martinek, J. Poczobut, *Modernizacja prawa zobowiązań w niemieckim kodeksie cywilnym*, Księga Pamiątkowa dedykowana Jerzemu Rajskiemu, Warszawa 2007, s. 483–484.

w Hiszpanii (art. 7 *Código civil*, znowelizowanego w 1974 r.) posłużono się konstrukcją nadużycia prawa w podobnych celach jak w Niemczech. Pominięta przez kodeksy dobra wiara jest znana orzecznictwu w Austrii i Holandii, które znajduje częściowo oparcie w § 914 ABGB w brzmieniu z 1916 r., wspominającym „praktykę uczciwego obrotu", i w art. 6:2 NNBW, zawierającym klauzulę „rozsądku i słuszności"[75]. Zarówno PECL (art. 1:201), jak i Zasady UNIDROIT (art. 1.7) wymagają od stron działania zgodnego z *good faith* i *fair dealing*[76]. Podobnie jak w wielu innych przypadkach prawo angielskie różni się jednak zasadniczo od kontynentalnego, ignorując ogólną zasadę dobrej wiary przy wykonaniu zobowiązań (s. 1873–1874). Zapewne dlatego akty modelowe ACQP (art. 7:101–104) i DCFR (art. III-1:103) nie zajmują pod tym względem zdecydowanej pozycji (s. 1895–1898).

Prawo wspólnotowe w perspektywie historycznej

Bogata w treść monografia zachęca do ogólnych refleksji. Zarówno historia prawa, jak i komparatystyka prawnicza odłożyły od jakiegoś czasu do lamusa tradycję badań w konwencji przeciwieństwa. Z uwagi na stojące przed nimi zadania praktyczne zarówno w analizach prawa epok minionych, jak i prawa państw obcych w większym stopniu ceni się obecnie wydobywanie podobieństw. W doktrynie i w orzecznictwie cywilistycznym krajów Unii wykształca się stopniowo mentalność europejska. Jako jej przykład Ranieri przytacza rozciągnięcie zadośćuczynienia za rykoszetową szkodę moralną na osoby pozostające w partnerskich związkach pozamałżeńskich, co austriacki Sąd Najwyższy uzasadnił w 2002 r. za pomocą argumentacji prawno-porównawczej (s. 1572–1575). Jesteśmy jednak Europejczykami jeszcze w zbyt małym stopniu, by już dzisiaj pozwolić sobie na europejski kodeks cywilny, choćby tylko w zakresie zobowiązań.

Europejskość ta nie wynika zresztą w pierwszym rzędzie z prawa wspólnotowego. Jego rozporządzenia i dyrektywy, składające się na dorobek wspólnotowy (*acquis communautaire*), nie mogą być interpretowane w trybie bezzałożeniowej egzegezy[77]. *Acquis communautaire* jest bowiem tylko nadbudówką nad fundamentem wspólnych dla państw członkowskich zasad i konstrukcji (*acquis commun*). Właśnie one stanowią głębsze przesłanki historyczne, które umożliwiły powstanie i rozwój prawa wspólnotowego. Ze względu na ich genezę winny być one badane nie tylko przez komparatystów, lecz również przez historyków prawa. W zakresie zobowiązań dobry początek robi nowy polski podręcznik prawa rzymskiego[78]. Należy przy tym pamiętać, że procesy historyczne, takie jak dopuszczenie zaskarżalności paktów, umów na rzecz osoby trzeciej, zastępstwa bezpośredniego i cesji wierzytelności, trwały w Europie stulecia. Dlatego Ranieri podkreśla trafnie, że do stworzenia jednolitego europejskiego prawa umów nie wystarczy proste ujednolicanie tekstów normatywnych, gdyż prawo to wymaga zmierzenia się z poważnym wyzwaniem prawno-kulturalnym.

Western legal tradition *a dogmatyka prawnicza*

Po kolapsie socjalizmu realnego zachodnia tradycja prawna, odzyskawszy jego tereny, okazała się tworem niejednolitym. Ideał kodyfikacji jest bowiem obcy zarówno kulturze prawnej anglosaskiej, jak i nordyckiej. Wyklucza to spośród jego entuzjastów nie tylko Wielką Brytanię i Republikę Irlandii, lecz również Danię, Finlandię i Szwecję oraz kraje dotychczas pozaunijne: Islandię i Norwegię. Wchłonięcie *common law* przez kodyfikację europejską musiałoby oczywiście oznaczać utratę jego atrakcyjności na światowym rynku systemów prawnych[79]. Jednak gdy mowa o europejskim prawie zobowiązań, rozumianym łącznie

75 E. Rott-Pietrzyk, *Klauzula generalna rozsądku w prawie prywatnym*, Warszawa 2007, s. 171–173.

76 Ł. Korecki, *Zasada dobrej wiary przy negocjowaniu umowy*, s. 30–31.

77 N. Jansen, R. Zimmermann, *Grundregeln des bestehenden Gemeinschaftsprivatrechts?*, s. 1118, 1126.

78 Dajczak i in., *Prawo rzymskie. U podstaw prawa prywatnego*, Warszawa 2009, s. 427–544.

79 O. Lando, *Kultura a prawo kontraktów*, „Nowa Europa" 2008, nr 11, s. 133; M. Meli, *Il diritto privato tra passato giuridico europeo e futuro dell'Unione*, Studi per Giovanni Nicosia, t. V, Milano 2007, s. 282.

z prawem angielskim, należy pamiętać, że w tradycyjnej postaci to ostatnie nie zna ani wspólnego dla kontraktów i deliktów pojęcia zobowiązania (*obligatio*), ani ostrego podziału między prawem rzeczowym a obligacyjnym[80]. Ponadto już sam angielski system umów odznacza się licznymi partykularyzmami, by – poza dwoma nieprzetłumaczalnymi pojęciami *consideration* i *frustration* – wymienić tylko restryktywne traktowanie dobrej wiary, zasadę wykładni obiektywnej, ograniczenie zakresu *ius dispositivum* i minimalizację ingerencji sędziego w treść umowy[81].

W konsekwencji zagadnienie jednolitego europejskiego prawa zobowiązań sprowadza się do pytania, na ile prawo angielskie zbliżyło się ostatnio do kontynentu. Standardowe dowody wpływów kontynentalnych na historię prawa angielskiego ograniczają się bowiem do kilku z dawna znanych i nie dotykających trzonu *common law* przypadków: stosowanie prawa kanonicznego przez sądy duchowne, a następnie przez Sąd Admiralicji, nauczanie prawa rzymskiego na uniwersytetach Oxford i Cambridge, przejęcie kontynentalnego prawa handlowego (*law merchant*), stowarzyszenie Doctors' Commons, pielęgnujące tradycję *utrumque ius*, angielskie tłumaczenia myślicieli prawa Rozumu Grocjusza czy Pufendorfa oraz takich prawników *usus modernus*, jak Heinecjusz, oraz kontakty z niemiecką Szkołą Historyczną i pandektystyką[82]. Mimo intensywnych badań nie dokonano na tym polu nowych odkryć.

Wydaje się przy tym niewątpliwe, że *western legal tradition* stanowi przecież dużo bardziej wspólnotę wartości, niegdyś ukonstytuowaną dla dania odporu socjalizmowi realnemu, a dziś neutralizującą wpływy kultury Islamu, niż organiczną wspólnotę konstrukcji dogmatycznych. Właśnie te są jednak niezbędne dla pomyślnego przeprowadzenia prac kodyfikacyjnych czy choćby tylko harmonizacyjnych. Zresztą dyskusje i kompromisy polityczne wokół opublikowanego ostatnio DCFR odsuwają na plan dalszy głębszą refleksję nad fundamentalnymi dla europejskiego prawa prywatnego wartościami, co w dalszej konsekwencji stanowić może pewne zagrożenie dla tożsamości prawnej Europy.

Systemy mieszane i wielopoziomowe

Właściwie dopiero integracja europejska Wielkiej Brytanii i Republiki Irlandii, datująca się od akcesji tych państw do EWG w 1973 r., skierowała *common law* na trajektorię zbliżającą je stopniowo do kontynentu. Proces ten, w ramach którego zresztą *common law* wpływa również na prawo kontynentalne, musi się zakończyć powstaniem jakiejś postaci systemu mieszanego (*mixed system*). Należy przy tym zaznaczyć, że systemy te, zwłaszcza takie jak prawo Szkocji i Afryki Południowej, nie powstawały dotąd przez wymieszanie w jednym kotle wszystkich składników. Ich prawo cywilne materialne zachowywało bowiem charakter *civil law*, podczas gdy proces i prawo handlowe pochodziły ze stanowiącego warstwę późniejszą *common law*. Przy tym właśnie w prawie zobowiązań w największym stopniu doszło do syntezy angielsko-kontynentalnej[83]. Zapewne podobny rozwój nastąpi z czasem w ramach Unii. Jej specyfika polega jednak na tym, że prawo cywilne jej krajów członkowskich już dziś stanowi system wielopoziomowy, w ramach którego prawo narodowe uzupełniane jest przez prawo wspólnotowe, a to z kolei przez międzynarodowe prawo jednolite[84].

Podobna wielopoziomowość – i nieodłącznie z nią związany podział suwerenności między Unię i jej członków[85] – występuje w dziedzinie prawa konstytucyjnego. Również ono stanowi obecnie system trójpoziomowy, złożony z konstytucji narodowych, unijnego porządku ponadnarodowego i Europejskiej Konwencji

80 G. Samuel, *English Private Law in the Context of the Codes* [w:] M. van Hoecke, F. Ost (eds.), *The Harmonisation of European Private Law*, Oxford – Portland 2000, s. 49–58.

81 R. Mańko, *Unifikacja europejskiego prawa prywatnego*, „Nowa Europa" 2008, nr 11, s. 53.

82 D. Osler, *The Fantasy Men*, „Rechtsgeschichte" 2007, nr 10, s. 169–192.

83 K. Reid, R. Zimmermann, *The Development of Legal Doctrine in a Mixed System*, [w:] tych (eds.), *A History of Private Law in Scotland*, Oxford 2000, s. 4–8.

84 S. Leible, *Drogi do europejskiego prawa prywatnego*, „Europejski Przegląd Sądowy" 2007, nr 8, s. 6–7.

85 D. Obradovic, *The Doctrine of Divisible Sovereignty*, „Studia Prawno-Europejskie" 1996, nr 1, s. 26.

Praw Człowieka. Poziomy te koordynowane są przez transnarodowe zasady konstytucyjne Unii, do których należą podejście antropocentryczne, stawiające osobę ludzką ponad interesem państwowym, a zwłaszcza uznanie godności człowieka za najwyższą wśród prawnie chronionych wartości, oraz gwarancja praw fundamentalnych, opartych na godności ludzkiej i ograniczających każdą władzę publiczną łącznie z ustawodawcą. Jako skuteczny instrument rozstrzygania kolizji między tymi zasadami propaguje się zasadę proporcjonalności[86].

Nowe i dawne ius commune

Równie często jak konstytucjonaliści starej daty ubolewają nad podzielną – i w ramach Unii już podzieloną – suwerennością, tradycyjni cywiliści opłakują utratę koherencji przez ich narodowe kodeksy. W wyniku punktowych interwencji prawa wspólnotowego dekodyfikacja systemów narodowych będzie się zapewne pogłębiać, prowadząc do „dezintegracji przez harmonizację". Nastąpi ona dlatego, że każdy z systemów krajowych będzie wykonywał zadane mu działania integracyjne we właściwym sobie trybie. W ramach powstającego w ten sposób sprzężenia zwrotnego nie tylko obowiązujące prawo wspólnotowe wpłynie na prawa krajowe, lecz i odwrotnie: od tych ostatnich zależeć będzie przyszły kształt prawa unijnego. Kształt ten trudno dokładnie przewidzieć, jednak wykluczona wydaje się dokładna powtórka cyklu historycznego: pandektystyka – kodyfikacja – neopandektystyka – nowa kodyfikacja itd. Podobnie jak neopandektystyka nie jest zwykłą repliką pandektystyki, tak i nowa kodyfikacja europejska w warunkach wielopoziomowego porządku prawnego nie będzie mogła być repliką kodyfikacji dotychczasowych[87].

Z drugiej strony mimo wynikającej z analiz Ranieriego przedwczesności projektów modelowych, działania harmonizacyjne są jednak nieodwracalne. Co więcej, tworzą one nową tradycję prawa europejskiego, a może raczej kontynuują tradycję zapoczątkowaną w 1927 r. przez włosko-francuski projekt prawa zobowiązań i w 1933 r. przez polski kodeks zobowiązań. Oczywiście jeśli kodyfikacja taka powstanie, będzie zawierała dużo więcej elastycznych zasad niż sztywnych norm prawnych. Nie nastąpi więc powrót do jednolitego *ius commune* europejskiego średniowiecza, za którym tęsknią niektórzy liderzy obecnego ruchu harmonizacyjnego. Powrót taki jest wykluczony choćby dlatego, że dawne *ius commune* nie było systemem jednolitym, lecz raczej złożoną strukturą, przypominającą dzisiejsze systemy wielopoziomowe[88]. W jego ramach liczne zwyczaje o charakterze lokalnym i nadrzędne w stosunku do nich prawa regionalne (*iura propria*) – a było ich w przedkodyfikacyjnej Francji krótko przed Rewolucją odpowiednio 300 i 60 – przykrywała cienka warstwa określanego jako *ius commune* ogólnoeuropejskiego „prawa uczonego"[89].

Podobnie jak dzisiejsze zbiory prawne PECL, ACQP i DCFR było to *law in books* o miękkiej skuteczności (*soft law*). Z jego wyłącznie subsydiarnej mocy wynika, że stanowiło ono średniowieczny „instrument opcjonalny", który nigdy i nigdzie nie obowiązywał w sposób bezwyjątkowy i kategoryczny. Niemniej unifikacja prawa oznaczała zawsze w pewnym zakresie niedemokratyczną centralizację. Dziełem absolutyzmu były zwłaszcza wydane na przełomie XVIII i XIX w. kodyfikacje prawa natury, łącznie z rewolucyjnym Kodeksem Napoleona. Trzeba liczyć się z tym, że również obecne przedsięwzięcia harmonizacyjne – niezależnie od ich odgórnej (*top down*) czy oddolnej (*bottom up*) metody – będą w ten czy inny sposób oktrojowane przez silniejszego.

86 R. Arnold, *The Emergence of a European Constitutional Law*, „European Journal of Comparative Law" 2007, vol. 11.3, s. 5.

87 H. Collins, *Governance implications for the EU of the changing character of private law* [w:] F. Cafaggi, H. Muir-Watt (eds.), *Making European Private Law*, Cheltenham 2008, s. 269–286.

88 T. Pajor, *Harmonizacja prawa prywatnego z prawem Unii Europejskiej* [w:] Olejniczak (ed.), *System...*, t. VI, s. 259.

89 Giaro, *Europäische Privatrechtsgeschichte*, „Ius commune" 1994, vol. XXI, s. 10–13; J. Tontti, *European Legal Pluralism as a Rebirth of ius commune*, „Retfaerd" 2001, No 94, s. 40–54.

Lech Morawski

Kelsen a sądy konstytucyjne

Recenzja książki H. Kelsena *Istota i rozwój sądownictwa konstytucyjnego*, Studia i Materiały Trybunału Konstytucyjnego, t. XXXI, Warszawa 2009, s. 88, z języka niemieckiego przełożył B. Banaszkiewicz, posłowiem opatrzyła S. Wronkowska

Lech Morawski

Od 1998 r. kierownik Katedry Teorii Prawa i Państwa UMK w Toruniu. Od 1999 r. profesor nauk prawnych. Członek International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy (IVR) oraz wielu towarzystw naukowych polskich i zagranicznych. W latach 1989–1990, 1999 i 2004 przebywał na stypendium Humboldta. W 1989 r. otrzymał I nagrodę w konkursie miesięcznika „Państwo i Prawo" na najlepszą pracę habilitacyjną. Autor kilkudziesięciu rozpraw naukowych, w tym monografii: Domniemania a dowody prawnicze *(1981),* Argumentacje, racjonalność prawa i postępowanie dowodowe *(1988)*, Główne problemy współczesnej filozofii prawa *(4 wyd. 2005); komentarzy i podręczników:* Zasady wykładni prawa *(2 wyd. 2010),* Wstęp do prawoznawstwa *(12 wyd. 2009). Współautor wielu opracowań zagranicznych, m.in.:* Interpreting Precedents. A Comparative Study *(Dartmouth 1997),* The Rule of Law after Communism. Problems and Prospects in East-Central Europe *(Dartmouth 1999),* Stressing Judicial Decisions *(2004),* Legal Policy and Courts, *Kluwer 2008*.

Niewiele jest książek, które wywarły tak wielki wpływ na kształtowanie się konstytucjonalizmu europejskiego, jak wymieniona wyżej rozprawa. Stanowi ona zapis referatu, który wygłosił Kelsen na Zjeździe Towarzystwa Niemieckich Profesorów Prawa Państwowego w 1928 r. w Wiedniu. W tej niewielkiej pracy przedstawił Kelsen projekt sądownictwa konstytucyjnego, który stał się wzorcem rozwiązań ustrojowych w wielu krajach europejskich[1].

Rozprawa Kelsena składa się z pięciu rozdziałów, w których autor szczegółowo i wnikliwie rozwija ideę sądownictwa konstytucyjnego i z zadziwiającą przenikliwością przewiduje zasadniczo wszystkie problemy i wyzwania, przed którymi stoi sądownictwo konstytucyjne w czasach nam współczesnych. W rozdziale I analizuje autor pojęcie konstytucji oraz zgodności z konstytucją różnego rodzaju aktów normatywnych. W rozdziale II, a także w rozdziale IV rozważa Kelsen problem kontroli zgodności z konstytucją aktów prawa międzynarodowego i wskazuje, jak powinien się on kształtować, gdy założymy zasadę prymatu prawa wewnętrznego lub prymatu prawa międzynarodowego, a następnie przyjmuje, zgodnie zresztą z ówczesnym stanem prawnym, że to konstytucja każdego państwa rozstrzyga problem, jakie normy prawa międzynarodowego są wiążące. Zdaniem Kelsena dotyczy to również norm powszechnego prawa międzynarodowego (s. 51–52). Można by dzisiaj z tym twierdzeniem polemizować, powołując się na konstrukcje norm *iuris cogentis*, wprowadzonych *explicite* do prawa międzynarodowego przez art. 53 konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów z roku 1969. Można również uważać, że normy te bezwzględnie wiążą również w stosunkach wewnętrznych, a tym samym ustanawiają ponadkonstytucyjny standard oceny legalności wszystkich aktów normatywnych

1 Pierwszy sąd konstytucyjny powstał już w 1920 r. w Czechach [Czechosłowacji?] – por. W. Sadurski, *Prawo przed sądem*, Warszawa 2008, s. 20.

każdego państwa, co zasadniczo podważałoby tezę, że to wyłącznie państwo decyduje o tym, jakimi normami prawa międzynarodowego jest związane. Zasadne jest przy tym przypuszczenie, że liczba norm bezwzględnie wiążących będzie stale wzrastać i że normy te będą nakładać na państwa coraz bardziej rygorystyczne warunki co do zasad organizacji życia politycznego i społecznego. Rozważania Kelsena w kwestii wzajemnych relacji między prawem wewnętrznym i międzynarodowym mają w dużej mierze charakter hipotetyczny, ale nie ulega wątpliwości, że trafnie przewidział on ogromne znaczenie tej kwestii dla czasów nam współczesnych.

W rozdziale III formułuje Kelsen twierdzenie, które przyczyniło się do tego, że system kontroli konstytucyjności ustaw został w Europie inaczej skonstruowany niż w USA, a mianowicie twierdzenie, że badanie konstytucyjności aktów normatywnych winno być powierzone jednemu centralnemu organowi, właśnie sądowi konstytucyjnemu, i ze względu na jednolitość orzecznictwa nie może być uprawnieniem każdego sądu lub innego organu stosującego prawo (s. 33), tak jak to ma na przykład miejsce w amerykańskim systemie *judicial review*. Zauważyć jednak należy, że w praktyce różnica między obydwoma systemami nie jest aż tak radykalna, bo ze względu na zasadę bezpośredniego stosowania konstytucji (por. art. 8) również sąd polski w toku rozpoznawania sprawy chociaż nie może derogować aktu, który uważa za sprzeczny z konstytucją, nie może też pozostać bierny w przypadku, gdy któraś ze stron podniesie zarzut niekonstytucyjności. W naszej praktyce sądowej wiąże się z tym cały szereg skomplikowanych problemów, których tutaj nie możemy rozważać, ale wskazać należy, że przynajmniej w przypadku sprzeczności horyzontalnych (na przykład dwóch ustaw), sprzeczności między aktami podustawowymi, a także sprzeczności aktów prawa terenowego z konstytucją, każdy organ stosujący prawo ma prawo do odmowy zastosowania aktu, który uważa za sprzeczny z konstytucją lub aktem hierarchicznie wyższym, choćby z tego powodu, że kompetencje TK nie dotyczą tego typu sprzeczności[2]. Pomijam tutaj problem, że w niektórych swoich orzeczeniach nasze sądy nie wykluczają możliwości odmowy stosowania przez sądy również ustaw bez potrzeby zwracania się w tej sprawie z pytaniem do TK (chodzi zwłaszcza o sytuacje, gdy sprzeczność ustawy z Konstytucją ma charakter oczywisty)[3]. Przyznanie uprawnień derogacyjnych wyłącznie TK nie rozwiązuje zatem wszystkich problemów związanych z zapewnieniem hierarchicznej spójności całego systemu prawa. Co więcej, wydaje się, że całkowicie scentralizowany system kontroli konstytucyjności aktów normatywnych (Kelsen przewiduje objęcie zakresem kompetencji sądu konstytucyjnego także aktów prawa terenowego i wielu aktów indywidualnych) byłby prawdopodobnie systemem niewydolnym, co może stanowić ważny argument

> *Liczba norm bezwzględnie wiążących będzie stale wzrastać, a normy te będą nakładać na państwa coraz bardziej rygorystyczne warunki co do zasad organizacji życia politycznego i społecznego.*

2 W zakresie aktów prawa terenowego kompetencje derogacyjne posiadają sądy administracyjne i Prezes RM – szerzej na ten temat E. Ochendowski, *Prawo administracyjne*, Toruń 2009, s. 137.

3 Szeroko na ten temat L. Morawski, *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2010, s. 261 i n.

przemawiający za jego decentralizacją. Wiele niejasności w kwestii tego, co mogą, a czego nie mogą sądy i inne organy stosujące prawo (bo to problem przecież nie tylko sądów), gdy napotkają akty sprzeczne z konstytucją lub inne akty niezgodne z normami hierarchicznie wyższymi, nie jest mocną stroną naszego systemu prawa.

Najszerszy i niewątpliwie najważniejszy jest rozdział IV rozprawy Kelsena i temu rozdziałowi chciałbym poświęcić nieco więcej uwagi. W rozdziale tym Kelsen dokonuje trafnej krytyki tradycyjnej interpretacji zasady podziału władzy pojmowanej przede wszystkim jako system separacji różnych władz i przeciwstawia jej takie rozumienie tej zasady, która wiąże ją z systemem wzajemnej kontroli i hamowania się różnych władz. Zdaniem Kelsena, gdy będziemy w taki sposób pojmować zasadę podziału władz, to sądownictwo konstytucyjne nie tylko, że nie stoi w sprzeczności z tą zasadą, ale wręcz ją „potwierdza" (s. 40). Kelsen argumentuje, że jeżeli konstytucja ma być traktowana serio, a nie jedynie jako zbiór pobożnych życzeń, to akty parlamentów i innych ciał prawodawczych muszą podlegać kontroli, i bez tej kontroli trudno nawet mówić „o pełnej mocy wiążącej konstytucji" (s. 63). Idea kontroli parlamentu i rządu w wykonywaniu funkcji prawodawczych jest więc główną ideą utworzenia sądownictwa konstytucyjnego. Paradoks rozwiązania zaproponowanego przez Kelsena polega jednak na tym, że wychodząc z tego skądinąd słusznego twierdzenia, Kelsen sam stworzył instytucję, która nie podlega już żadnej kontroli instytucjonalnej i jest nawet wątpliwe, czy z racji swojej niezawisłości może w ogóle podlegać takiej kontroli. Tu dochodzimy do fundamentalnego pytania, które od lat nurtuje konstytucjonalistów, bowiem *quis custodiet ipsos custodes*. Fakt, że sądy konstytucyjne nie podlegają żadnym formom instytucjonalnej kontroli, jest, w moim przekonaniu, zasadniczym źródłem niepohamowanego aktywizmu niektórych sądów konstytucyjnych, którego – jak pokazuje praktyka – nie da się ograniczyć przez apele do przesłania, które niesie ze sobą doktryna wstrzemięźliwości sędziowskiej, bo to w końcu od uznania sądu konstytucyjnego zależy, czy będzie ją respektował, czy nie. Zwróćmy przy tym uwagę, że chociaż sądy powszechne są również niezawisłe, to jednak podlegają nadzorowi judykacyjnemu, który pozwala przetestować poprawność orzeczeń i nawet w przypadku SN czy NSA ze względu na ich rozbudowaną strukturę, rozmaitość składów, częste rozpoznawanie podobnych spraw, rzadko jest tak, by decyzje tych sądów dochodziły do skutku w drodze czystego *fiat* i nie podlegały *sui generis* testowi w innych sprawach lub przez inne składy sądzące. Problem powiększa wreszcie fakt, że sądy stosują zwykle prawo sądowe, a trybunały konstytucyjne – konstytucje, a między stosowaniem jednego i drugiego istnieje fundamentalna różnica (por. niżej). W rozdziale IV dokonuje Kelsen również swojego słynnego rozróżnienia parlamentu jako ustawodawcy pozytywnego i sądu konstytucyjnego jako ustawodawcy negatywnego. Kelsen ma jednak pełną świadomość tego, że taki podział funkcji prawodawczych między parlament i sąd konstytucyjny może zostać zachwiany i grozić poważnymi niebezpieczeństwami w sytuacji, gdy sądy konstytucyjne otwarcie lub ukrycie zaczną sprawować również funkcje ustawodawcy pozytywnego. W związku z tym Kelsen zaproponował szereg środków zaradczych, które miały ograniczać to niebezpieczeństwo. Przyjrzyjmy się niektórym z nich. Kelesen trafnie dostrzegł, że idea sądu konstytucyjnego stanie się fikcją, gdy nie sformułujemy konstytucji w sposób maksymalnie precyzyjny. Proponował w związku z tym nawet usunięcie z tekstów konstytucyjnych wszelkich odesłań do norm pozaprawnych, takich na przykład jak zasady sprawiedliwości, czy słuszności, bo ze względu na swoją nieokreśloność oddają one w praktyce władzę prawodawczą w ręce sądu. W gruncie bowiem rzeczy w ich przypadku, to sąd konstytucyjny kreuje wzorzec kontroli konstytucyjnej, a następnie sprawdza, czy parlamenty i rząd działają zgodnie z nim. Oddajmy głos samemu Kelsenowi, który przestrzega przed takim stanem rzeczy: „Oznaczałoby to [istnienie w konstytucjach tego typu wzorców kontroli konstytucyjności – L.M.], że sądowi temu przysługuje władza, która absolutnie nie może być zaakceptowana. To, co większość sędziów konstytucyjnych uznaje za sprawiedliwe, może pozostawać w całkowitej sprzeczności z tym, co za sprawiedliwe uważa większość obywateli, a już na pewno pozostaje w sprzeczności z tym,

co za sprawiedliwe uznaje większość parlamentu, która właśnie daną ustawę uchwaliła" (s. 54). To ma być właśnie zasadniczy powód, dla którego w konstytucjach należy się powstrzymywać od apelu do tego rodzaju pojęć i formułować je „tak precyzyjnie, jak to tylko jest możliwe" (s. 54). Jeśli się jednak głębiej zastanowimy nad rozwiązaniem zaproponowanym przez Kelsena, to zauważyć należy, że z jednej strony jego zarzut można podnieść nie tylko w stosunku do norm pozaprawnych, ale w równym stopniu do zasad prawnych, norm programowych oraz praw i wolności obywatelskich. Wszystkie te przepisy są bowiem standardami, a wykładnia standardów jako norm semantycznie niedookreślonych z zasady ma charakter kreatywny[4]. Z drugiej strony, rada Kelsena jest całkowicie nierealistyczna, czym jest bowiem konstytucja bez zasad sprawiedliwości oraz innych zasad i standardów. Znaleźliśmy się więc w kelsenowskiej pułapce: albo pójdziemy za radą Kelsena i wyeliminujemy z tekstów konstytucyjnych wszystkie zasady prawne, przepisy o prawach i wolnościach obywatelskich oraz inne standardy, ale wtedy konstytucja przestaje być konstytucją, a kontrola konstytucyjności jest pozbawiona jakiegokolwiek sensu, albo pozostawimy te normy, ale wtedy godzimy się na to, że część władzy prawodawczej będą sprawować sądy konstytucyjne. Powstaje więc pytanie, czy rzeczywiście sądownictwo konstytucyjne jest pułapką, z której nie ma żadnego wyjścia, czy też istnieją jakieś inne metody pohamowania władzy sędziów konstytucyjnych, które by nie zależały od ich dobrego samopoczucia i nie polegały na wykreśleniu z konstytucji tego wszystkiego, co jest nieostre lub niedookreślone. Nad tym problemem głowi się już trzecie pokolenie konstytucjonalistów i filozofów prawa, i jak wskazuje na to rosnąca fala aktywizmu sędziowskiego – bez specjalnie zadowalających rezultatów. W moim przekonaniu ze względu na wskazane wyżej właściwości semantyczne konstytucji aktywizmu sądów konstytucyjnych nie da się całkowicie wykluczyć; co więcej, choćby ze względu na potrzebę usuwania rażących błędów legislacyjnych, czego ociężale działające parlamenty nie zawsze są w stanie uczynić, nie powinno się go wykluczać, a jedyne co możemy zrobić, to starać się hamować nadmierny aktywizm tych sądów tam gdzie uważamy, że jest on nie do pogodzenia z demokratycznymi zasadami funkcjonowania państwa. Obok postulatu maksymalnej precyzji postanowień konstytucyjnych Kelsen przewidywał również inne środki powściągania stronniczości i nadmiernej aktywności sądów konstytucyjnych. Przyjrzyjmy się niektórym z nich.

Po pierwsze, zdaniem Kelsena możliwość unieważniania aktów niekonstytucyjnych nie może następować z błahych powodów, a nawet powinna być ograniczona terminami zawitymi (do 3 lub 5 lat), po których upływie akt nie mógłby już być kwestionowany (s. 55). Sformułował nawet śmiałą ideę, by narada sędziowska była w sądzie konstytucyjnym jawna (s. 60). W końcu tam, gdzie bronimy dobra wspólnego, nie ma czego ukrywać.

Po drugie, Kelsen przewidział również określony sposób wyboru sędziów konstytucyjnych. Interesująca jest jego propozycja, by sędziów powoływał parlament spośród kandydatów przedstawionych przez rząd, głowę państwa lub odwrotnie. Trafniejsza wydaje mi się jednak propozycja, by był to nie rząd, ale głowa państwa, bo istnieje wtedy przynajmniej szansa, że nie będą oni należeć do tego samego obozu politycznego. Zdaniem Kelsena byłoby właściwe, gdyby kandydatów mogły zgłaszać również środowiska naukowe. Można różnie oceniać propozycję Kelsena, ale jest ona niewątpliwie znacznie bardziej rozsądna od rozwiązania przyjętego w naszym prawie, gdzie sędziów konstytucyjnych wybiera parlament spośród kandydatów przedstawionych przez parlament (z pewnymi uprawnieniami prezydenta). Nieco łagodzi ten oczywisty błąd znacznie dłuższa kadencja sędziów konstytucyjnych niż parlamentu. Jak się wydaje, najrozsądniejszym rozwiązaniem, które może zażegnać niebezpieczeństwo, że głos sądu konstytucyjnego będzie głosem jednej partii politycznej, jest przyjęcie zasady wyboru sędziów tego sądu kwalifikowaną większością głosów, co w większym stopniu da gwarancję, że sędziowie ci sprawują swój urząd również za przyzwoleniem mniejszości politycznych, bo – jak pisze trafnie Kelsen – „istota demokracji nie polega na nieograniczonej władzy większości, lecz na ciągłym kom-

4 Por. na ten temat C. Sunstein, *Legal Reasoning and Political Conflict*, New York – Oxford 1996.

promisie między siłami reprezentowanymi przez parlamentarną większość i mniejszość" (s. 65). Jak sądzę, z tego samego powodu przyjąć należy zasadę, że decyzje sądu konstytucyjnego, zwłaszcza w tych sytuacjach, w których wzorcem kontroli stają się standardy konstytucyjne, powinny zapadać kwalifikowaną większością głosów, dokładnie taką samą, jaka jest konieczna do zmiany konstytucji, albowiem w tych przypadkach bardzo często to sam sąd określa treść wzorca konstytucyjnego. W naszym przypadku dotyczyłoby to przede wszystkim przepisów prawnych zawartych w I i II rozdziale Konstytucji (chociaż nie tylko ich). Przyjęcie zasady, że decyzje TK w najważniejszych sprawach zapadają kwalifikowaną większością głosów, wymagałoby oczywiście odpowiedniego przystosowania składów TK do spełnienia tego warunku.

Wskazywałem, że wprawdzie postulat wykreślenia z konstytucji wszystkich standardów jest utopijny, to nie należy ustawać w próbie uczynienia konstytucji „tak precyzyjną, jak to jest tylko możliwe". W czasach, gdy konstytucje nie są już jedynie wzniosłymi deklaracjami i apelami, trzeba je formułować w taki sposób, aby nadawały się do bezpośredniego stosowania, nie zaś pełniły jedynie funkcji klauzul generalnych, które sąd konstytucyjny może wypełniać nieomal dowolną treścią. O tym powinni pamiętać przyszli ustawodawcy, zanim zaczną się skarżyć, że sądy konstytucyjne zastępują wolę parlamentu swoją własną wolą.

Rozdział V i ostatni rozprawki Kelsena to rozważania o prawnym i politycznym znaczeniu sądów konstytucyjnych. Tutaj powtarza Kelsen swoją tezę, że bez sądownictwa konstytucyjnego konstytucja staje się zbiorem pobożnych życzeń, oraz eksponuje jej funkcję jako instrumentu ochrony praw mniejszości (z tego również powodu należy moim zdaniem wprowadzić procedury wyboru sędziów konstytucyjnych i podejmowania przez nich decyzji w najbardziej fundamentalnych sprawach kwalifikowaną większością głosów). Bardzo interesujące wydaje mi się w tym rozdziale następujące twierdzenie Kelsena: „Do paradoksów teorii państwa federalnego należy to, że zasadę «prawo federalne ma pierwszeństwo przed prawem krajowym» uznaje ona za odpowiadającą rzekomo istocie tego państwa (…). Łatwo wykazać, że nic nie jest tak bardzo sprzeczne z ideą państwa federalnego, jak właśnie przywołana zasada, która polityczną i prawną egzystencję krajów związkowych uzależnia od dobrej woli federacji (…) pozwala bowiem federacji, aby poprzez (…) nawet zwyczajne rozporządzenie ingerowała w sferę kompetencji krajów związkowych" (s. 68). Z tego to powodu, zdaniem Kelsena, ustrój państwa federalnego nie może być oparty ani na zasadzie prymatu prawa federalnego ani na zasadzie prymatu prawa krajów związkowych, ale na zasadzie równorzędności i ścisłego rozgraniczenia kompetencji federacji i państw związkowych, która zakłada unieważnialność zarówno aktów związkowych, które wkraczają w kompetencje federacji, jak i aktów federalnych, które naruszają sferę zastrzeżoną dla krajów związkowych. Funkcję tego *sui generis* mediatora między federacją a krajami związkowymi winien pełnić sąd konstytucyjny. Jak sądzę, wywód Kelsena celnie wyjaśnia, dlaczego w UE dokonują się – by się tak wyrazić – procesy nadintegracji, za które przynajmniej częściowo ponosi odpowiedzialność ETS, który nie tylko przyjął na siebie funkcje reprezentanta wyłącznie interesów unijnych, ale ze swoją zasadą bezwzględnego prymatu prawa unijnego legitymizuje program rozszerzania kompetencji UE kosztem autonomii państw członkowskich. Zauważmy, że recepta Kelsena jest ważna bez względu na to, czy UE uzna się za państwo, czy też nie.

Bez wątpienia rozprawa Kelsena jest nadal inspirującym źródłem rozważań o sądownictwie konstytucyjnym i – jak starałem się pokazać – płynie z niej także dla nas ważna nauka. Posłuchaliśmy bowiem jednej rady Kelsen i utworzyliśmy sądy konstytucyjne, zlekceważyliśmy jednak inne jego rady dotyczące tego, co robić, by zapobiec nadmiernej władzy tych sądów, i stąd nasze problemy. Sądownictwo konstytucyjne w naszym kraju wymaga reformy, bo w moim przekonaniu ono także nie stwarza wystarczających hamulców dla władzy sędziów konstytucyjnych i w tym sensie nie spełnia przesłania Kelsena[5].

5 Szerzej na ten temat L. Morawski, *Zasada trójpodziału władzy. Trybunał Konstytucyjny i aktywizm sędziowski*, „Przegląd Sejmowy" 2009, nr 4.

Adam Pawluk

Przegląd orzecznictwa – Trybunał Konstytucyjny

Wyrok z 8 grudnia 2009 r.[1] (sygn. akt SK 34/08)

O wadze wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 8 grudnia 2009 r. (sygn. akt SK 34/08) stanowi kilka okoliczności. Po pierwsze, orzeczenie to stanowi kontynuację – rozpoczętego wyrokiem o sygn. SK 18/00 – procesu doprowadzania do stanu zgodności z Konstytucją przepisów kodeksu cywilnego dotyczących problematyki odpowiedzialności odszkodowawczej Skarbu Państwa za niezgodne z prawem działania jego funkcjonariuszy. Po drugie, w wyroku tym sprecyzowano moment, od którego należy oczekiwać podjęcia przez ustawodawcę stosownych działań mających na celu doprowadzenie do efektywnej realizacji przysługujących jednostce praw podmiotowych. Po trzecie, w wyroku tym Trybunał po raz kolejny odniósł się do wzorca kontroli konstytucyjności norm w postaci przewidzianego w art. 45 i 77 Konstytucji prawa do sądu. Niejako przy okazji rozstrzygnięć o powyższych kwestiach, w omawianym orzeczeniu Trybunał potwierdził (z perspektywy prawno-konstytucyjnej) pogląd, zgodnie z którym art. 417^1 § 2 k.c. oraz art. 424^1 k.p.c. „zostały pomyślane jako całościowe rozwiązanie normatywne".

W tezie wyroku Trybunału stwierdzono, że art. 5 ustawy z 17 czerwca 2004 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw[2] w zakresie, w jakim wyłącza skargę o stwierdzenie niezgodności z prawem orzeczenia sądu wyrządzającego szkodę, które stało się prawomocne po dniu wejścia w życie Konstytucji RP – jest niezgodny z art. 77 ust. 2 w zw. z art. 45 ust. 1 Konstytucji.

W uzasadnieniu orzeczenia Trybunał Konstytucyjny rozważył, czy dopuszczalna jest możliwość wniesienia, w trybie art. 424^1 k.p.c., skargi o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia, które uzyskało przymiot prawomocności w okresie między 17 października 1997 a 1 wrześniem 2004 r. (a więc pomiędzy wejściem w życie Konstytucji a wprowadzeniem do kodeksu cywilnego art. 417^1 § 2). Trzeba w tym miejscu przypomnieć, że wskutek wyroku TK w sprawie o sygn. SK 18/00 powstała konieczność stworzenia całościowego uregulowania kwestii stwierdzania niezgodności z prawem orzeczeń sądowych mogących rodzić odpowiedzialność odszkodowawczą państwa[3]. Do 1 września 2004 r. osoba roszcząca sobie prawo do odszkodowania za szkodę wyrządzoną bezprawiem judykacyjnym musiała korzystać z przepisów 417 k.c. w zw. z art. 77 ust. 1 Konstytucji, co w świetle ustawy zasadniczej nie stanowiło dostatecznie efektywnego sposobu realizacji uprawnień poszkodowanego[4]. Najważniejszym powodem takiego stanu rzeczy był brak specjalnego instrumentu prawnego, który pozwalałby wydać orzeczenie prejudycjalne będące dopiero podstawą rozstrzygnięcia w przedmiocie

1 OTK nr 11A/2009, poz. 165.

2 Dz.U. z 2004 r. Nr 162, poz. 1692.

3 Zob. Wyrok TK z 4 grudnia 2001 r., sygn. SK 18/00 (OTK ZU nr 8/2001, poz. 256).

4 Zob. Uchwała Składu Siedmiu Sędziów Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z 26 kwietnia 2006 r., sygn. akt III CZP 125/2005 (LEX nr 177095).

naprawienia szkody. Trybunał zauważył, że za pomocą istniejących przed nowelizacją k.p.c. środków prawnych „stwierdzenie niezgodności z prawem odbywa się niejako «przy okazji» ich głównej funkcji procesowej".

Wprowadzenie do systemu prawa art. 417^1 k.c. stanowiło pierwszy etap koniecznej reformy. W drugiej fazie zmian ustawodawca znowelizował kodeks postępowania cywilnego, wprowadzając doń art. 424^1–424^{12} regulujące instytucję skargi o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia, którym wyrządzono stronie postępowania szkodę. Z uzasadnienia projektu ustawy wprowadzającej powyższe przepisy do k.p.c. jasno wynikało, że instytucja skargi o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia jest instrumentem służącym realizacji roszczenia powstałego na podstawie art. 417^1 kodeksu cywilnego[5]. W związku z powyższym Trybunał Konstytucyjny (podobnie jak wcześniej Sąd Najwyższy[6]) uznał, że przepisami intertemporalnymi właściwymi dla określenia czasowego zakresu obowiązywania przepisów k.p.c. dotyczących skargi o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia mogą być przepisy międzyczasowe znajdujące się w ustawie wprowadzającej do kodeksu cywilnego art. 417^1. Oznacza to, że art. 424^1 k.p.c. można było stosować do orzeczeń, które stały się prawomocne od 1 września 2004 r.

W omawianym wyroku Trybunał przypomniał swoje stanowisko dotyczące wstecznego działania ustawy[7]. TK uznaje, iż zasada retroakcji jest dopuszczalna wszędzie tam, gdzie odniesienie skutków działania ustawy nowej do zdarzeń sprzed jej wejścia w życie pozwoli podmiotowi władzy skorzystać w pełni z praw i wolności gwarantowanych przez Konstytucję. Ustawodawca wprowadzając art. 424^1 k.p.c. nie skorzystał z takiej reguły prawa intertemporalnego, mimo iż – zdaniem Trybunału – miał taką powinność. Skoro bowiem na prawo podmiotowe w postaci (wynikającej z art. 77 Konstytucji) możliwości domagania się od państwa odszkodowania za bezprawie judykacyjne jednostki mogły się powoływać od momentu wejścia w życie Konstytucji, to od tego samego momentu na ustawodawcy zaczął ciążyć obowiązek zapewnienia tym jednostkom koniecznych instrumentów służących do efektywnego korzystania ze wspomnianego prawa podmiotowego. Trybunał podkreślił, że „wejście w życie Konstytucji i zagwarantowane przez nią prawa podmiotowe determinują obowiązek uzgodnienia stanu prawnego z normą konstytucyjną od momentu jej obowiązywania". Wprowadzenie do systemu prawa specjalnego środka prawnego w postaci skargi o stwierdzenie bezprawia judykacyjnego z datą (wyznaczoną nie wprost, lecz, co zostało wyżej zasygnalizowane, w drodze wykładni systemowej) 1 września 2004 r. – a więc rezygnacja ustawodawcy z „retroakcji na korzyść jednostki" – spowodowało, że przepis intertemporalny wyznaczający moment wejścia w życie art. 424^1 k.p.c. musiał zostać uznany za niezgodny z Konstytucją.

Z punktu widzenia praktyki stosowania prawa analizowany wyrok Trybunału Konstytucyjnego umożliwi stronom zakończonego postępowania sądowego uruchomienie procedury stwierdzenia niezgodności z prawem orzeczeń, które uprawomocniły się po wejściu w życie obowiązującej Konstytucji. Z perspektywy ustawodawcy natomiast, wyrok ten (z uwagi na jego zakresowy charakter) nie spowoduje konieczności dokonania nowelizacji przepisu, którego zgodność z Konstytucją badał Trybunał. Mimo iż przyjmuje się, że „działanie ustawodawcy nie jest w tym wypadku konieczne, ale pożądane ze względu na wartość, jaką przedstawia jednoznaczność i określoność przepisów prawnych"[8], to nowelizowanie ustawy nowelizującej byłoby zabiegiem negatywnie wpływającym na przejrzystość systemu prawa.

5 Zob. Druk sejmowy nr 2696 – Uzasadnienie do projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego, IV kadencja Sejmu.

6 Uchwała Składu Siedmiu Sędziów Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z 26 października 2005 r., sygn. akt III BZP 1/2005 (OSNC nr 5/2006, poz. 78).

7 Zob.: Wyrok TK z 10 maja 2004 r., sygn. akt SK 39/03 (OTK nr 5A/2004, poz. 40).

8 Wyrok WSA w Warszawie, sygn. akt VI SA/Wa 2203/2006 (Lex Polonica nr 1343736).

Paweł Wiliński

Przegląd orzecznictwa – prawo karne

Postanowienie SN z 30 września 2009 r. (I KZP 16/09)

Skoro ustawodawca w art. 139 § 1 k.p.k. wiąże „negatywne" skutki z faktem niezawiadomienia organu prowadzącego proces karny o zmianie adresu miejsca zamieszkania lub pobytu (analogicznie: adresu elektronicznego), to skutki takie mogą zaistnieć tylko wówczas, gdy brak zawiadomienia o zmianie miejsca zamieszkania lub pobytu był wynikiem swobodnej decyzji strony, tj. wtedy gdy strona mogła dokonać takiego zawiadomienia, ale tego nie uczyniła.

Po rozpoznaniu przedstawionego przez Sąd Rejonowy w B. zagadnienia prawnego wymagającego zasadniczej wykładni ustawy: „Czy za nieprzebywanie strony pod wskazanym przez siebie adresem można uważać pobyt strony w zakładzie karnym lub areszcie śledczym?" Sąd Najwyższy odmówił podjęcia uchwały, wskazując, że w zaistniałym układzie procesowym pytanie prawne nie spełnia wymogów określonych w art. 441 § 1 k.p.k. Przedmiotem kontroli Sądu Rejonowego w B. zadającego pytanie było bowiem uprawnienie skarżącej do wniesienia środka odwoławczego od postanowienia o odmowie wszczęcia dochodzenia o czyn z art. 270 § 1 k.k. Tymczasem SN podkreślił, że skarżąca nie miała uprawnienia do występowania w charakterze strony pokrzywdzonej, co wynika z faktu, że ze swej istoty czyn zabroniony przez art. 270 k.k. skierowany jest przeciwko wiarygodności dokumentów.

Sąd Najwyższy odniósł się jednak w uzasadnieniu do problemu wskazanego w pytaniu. Wskazał, że przedstawione zagadnienie osadzić należy na gruncie art. 139 § 1 k.p.k., w którym ustawodawca wskazał dla celów doręczania korespondencji dwie formy określenia miejsca pobytu strony procesu karnego. Pierwsza z nich polega na podaniu miejsca zamieszkania, druga zaś na wskazaniu adresu miejsca, w którym strona przebywa. Powyższe rozróżnienie tylko pozornie ujmuje to samo zagadnienie z dwóch punktów widzenia – raz od strony faktycznego miejsca pobytu, drugi raz poprzez wskazanie administracyjnego oznaczenia takiego miejsca. Dla wyjaśnienia tej kwestii sięgnąć należy do przepisów Kodeksu cywilnego. Zgodnie z dyspozycją art. 25 k.c. „miejscem zamieszkania osoby fizycznej jest miejscowość, w której osoba ta przebywa z zamiarem stałego pobytu". Co więcej, zgodnie z art. 28 k.c.: „można mieć tylko jedno miejsce zamieszkania". Jak wynika zatem z powyższego, osoba fizyczna może mieć tylko jedno miejsce zamieszkania (*domicilium*) i znajduje się ono w tej miejscowości, w której osoba ta przebywa w sensie fizycznym (*corpus*), z zamiarem stałego pobytu (*animus*). Miejsce to zatem łączy w sobie element fizyczny – związany z faktycznym pobytem danej osoby – oraz wolicjonalny, związany z wolą przebywania w tym, wybranym, punkcie przestrzeni i umiejscowienia tu „centrum jej życiowej działalności". Wskazanie przez stronę miejsca zamieszkania jest zatem podstawowym sposobem określenia

jej miejsca przebywania. W sposób oczywisty zatem nigdy miejscem zamieszkania stać się nie może zakład karny lub areszt śledczy, ponieważ osoba tam przebywająca nie czyni tego z własnego wyboru. Nie wypełnia tym samym tego elementu definicji zamieszkiwania, którą określono wyżej jako *animus*.

W niniejszej sprawie Sąd Najwyższy zauważył, że osoba, której nadano w toczącym się procesie status pokrzywdzonej, w toku postępowania karnego została osadzona w Areszcie Śledczym w K. w celu odbycia kary pozbawienia wolności. W zaistniałej sytuacji nie można zatem mówić o tym, że w ogóle doszło do zmiany miejsca zamieszkania skarżącej. Zauważył też, że opuszczenie wskazanego miejsca zamieszkania i związane z nim czasowe przebywanie w innym miejscu pobytu nie wynikało z aktu jej woli. W tej sytuacji SN stwierdził, że skoro ustawodawca w art. 139 § 1 k.p.k. wiąże „negatywne" skutki z faktem niezawiadomienia organu prowadzącego proces karny o zmianie adresu miejsca zamieszkania lub pobytu (analogicznie adresu elektronicznego), to skutki takie mogą zaistnieć tylko wówczas, gdy brak zawiadomienia o zmianie miejsca zamieszkania lub pobytu był wynikiem swobodnej decyzji strony, tj. wtedy gdy strona mogła dokonać takiego zawiadomienia, ale tego nie uczyniła. Nie może zatem skutków takich wywołać zastosowanie „przymusu" ze strony państwa w postaci pozbawienia wolności czy też zdarzenie losowe, jakim przykładowo jest przekraczający 14 dni pobyt w szpitalu spowodowany długotrwałą chorobą lub wypadkiem. Takie rozumienie normy zapisanej w art. 139 § 1 k.p.k. wyprowadzić można zarówno ze sformułowania – „strona zmieniła miejsce zamieszkania", jak i z zasady procesowej określonej trafnie przez prof. Mariana Cieślaka jako „zasada uczciwej gry"[1]. Definiując tę zasadę autor wskazuje, że: „uczestnicy procesu powinni wykonywać swe obowiązki i uprawnienia procesowe w sposób uczciwy, bez naruszenia powszechnie uznanych reguł moralnych, a zwłaszcza z wyłączeniem podstępu i wykorzystania cudzej nieświadomości, niewiedzy lub przymusowego położenia (podkreślenie SN). Rzecz w tym, że czynności dokonywane z naruszeniem tej zasady, choćby były skuteczne i pożyteczne z punktu widzenia celów procesu, ubliżałyby powadze wymiaru sprawiedliwości" (dz. cyt. s. 368). Jak podkreślił SN, pogląd ten w najmniejszym stopniu nie stracił i nie może stracić swej aktualności.

Wyrok Sądu Najwyższego z 8 października 2009 r. (V KK 29/09)

Kodeks postępowania karnego nie zawiera unormowań wyłączających bądź ograniczających uprawnienia stron procesowych do wnoszenia apelacji od wyroku skazującego wydanego w trybie art. 387 k.p.k.

Skoro zatem postępowanie odwoławcze w odniesieniu do rozstrzygnięcia o karze toczy się na zasadach ogólnych, jest rzeczą oczywistą, że sąd drugiej instancji może zmienić zaskarżony wyrok w części dotyczącej wymiaru kary w granicach służących mu uprawnień procesowych określonych w art. 437 § 1 k.p.k., oczywiście przy uwzględnieniu ograniczeń wynikających z regulacji przepisów art. 434, 443 i 454 § 2 k.p.k.

Wyłączenie zakazu *reformationis in peius* jest uzasadnione w sytuacji, gdy dojdzie do skazania w trybie dobrowolnego poddania się karze, przy spełnieniu warunków określonych w art. 387 k.p.k., a następnie oskarżony zakwestionuje rozstrzygnięcie zawarte w wyroku wydanym na jego wniosek i zgodnie z zawartą w tym wniosku propozycją.

Dostrzegając szansę zawarcia stosownego porozumienia, sąd winien zarządzić przerwę w rozprawie celem zawiadomienia prokuratora o propozycji oskarżonego. Ewentualny brak odzewu ze strony oskarżyciela nie stałby wówczas na przeszkodzie w wydaniu wyroku na warunkach zaproponowanych przez oskarżonego, bądź zmodyfikowanych za jego zgodą przez sąd pierwszej instancji, a w konsekwencji prokurator w przyszłości nie mógłby skutecznie zarzucać temu sądowi obrazy art. 387 k.p.k.

Skarżący zarzucił rażącą obrazę art. 387 § 2 k.p.k. polegającą na tym, że w postępowaniu odwoławczym sąd drugiej instancji, uwzględniając apelację prokuratora mimo przeciwnego stanowiska obrońcy, zmienił na niekorzyść oskarżonego orzeczenie o karze.

1 M. Cieślak, *Polska procedura karna. Podstawowe Założenia Teoretyczne*, Warszawa 1984.

Sąd Najwyższy uwzględnił kasację. Przypomniał, że co do zasady kodeks postępowania karnego nie zawiera unormowań wyłączających bądź ograniczających uprawnienia stron procesowych do wnoszenia apelacji od wyroku skazującego wydanego w trybie art. 387 k.p.k. Mimo iż wymiar kary zostaje orzeczony w rezultacie zaaprobowania przez sąd wniosku oskarżonego i przy zgodzie prokuratora oraz pokrzywdzonego, to każda ze stron może wnieść apelację od wyroku i podnosić w niej zarzut rażącej niewspółmierności kary. A zatem wyrok taki podlega kontroli instancyjnej na ogólnych zasadach. Wydanie wyroku przez sąd pierwszej instancji w trybie art. 387 k.p.k. nie modyfikuje w żaden sposób zasad kontroli instancyjnej orzeczenia z punktu widzenia podstaw zaskarżenia określonych w art. 438 k.p.k.

Dopuszczenie zaskarżalności rozstrzygnięcia o karze, zawartego w wyroku wydanym w trybie art. 387 k.p.k., jest uzasadnione również z punktu widzenia celów postępowania karnego, do których odwołuje się § 2 tego przepisu. Konsensualny tryb ustalania wysokości kary nie zwalnia jednak sądu pierwszej instancji od oceny, czy warunki uzgodnione przez strony nie naruszają w rażącym stopniu zasad wymiaru kary unormowanych w przepisach rozdziału VI kodeksu karnego.

Sąd Najwyższy podkreślił, że kontrola odwoławcza odbywa się na zwyczajnych zasadach, co oznacza, że ocena zasadności zarzutów apelujących przebiega według ogólnych kryteriów ustawowych niezależnie od tego, czy do wydania zaskarżonego wyroku doszło w trybie art. 387 k.p.k. Skoro zatem postępowanie odwoławcze w odniesieniu do rozstrzygnięcia o karze toczy się na zasadach ogólnych, jest rzeczą oczywistą, że sąd drugiej instancji może zmienić zaskarżony wyrok w części dotyczącej wymiaru kary w granicach służących mu uprawnień procesowych określonych w art. 437 § 1 k.p.k., oczywiście przy uwzględnieniu ograniczeń wynikających z regulacji przepisów art. 434, 443 i 454 § 2 k.p.k.

Nie ulega wątpliwości, że wyłączenie stosowania art. 434 § 1 k.p.k. w wypadku skazania z zastosowaniem art. 334 lub 387 k.p.k. stanowi pewnego rodzaju próbę powstrzymania oskarżonego przed korzystaniem z apelacji, gdy wcześniej doszedł on do porozumienia z organami wymiaru sprawiedliwości co do wymiaru kary. Od oskarżonego bowiem, który zdecydował się na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności karnej, należałoby oczekiwać konsekwencji i racjonalnego postępowania. Tym bardziej że to przecież na warunkach zaproponowanych przez samego oskarżonego przeciwna strona wyraziła zgodę na zakończenie procesu bez przeprowadzenia postępowania dowodowego.

Sąd Najwyższy podkreślił, że mimo podnoszonych w doktrynie i orzecznictwie sądowym wątpliwości co do konstytucyjności uregulowania z art. 434 § 3 k.p.k., zawsze przyznawano sądowi odwoławczemu prawo orzekania na niekorzyść oskarżonego w sytuacji, gdy wyrok wydany w trybie art. 387 k.p.k. został zaskarżony na niekorzyść oskarżonego. Odwołał się także do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 28 kwietnia 2009 r. (P 22\07, OTK ZU, 4A/2009, poz. 55) uznającego, że: „Art. 434 § 3 i art. 443 zdanie pierwsze *in fine* k.p.k. w zakresie, w jakim dopuszczają możliwość orzeczenia na niekorzyść oskarżonego w sytuacji zaskarżenia wyroku, wydanego z zastosowaniem art. 387 k.p.k., wyłącznie na korzyść oskarżonego w oparciu zarzuty: a) związane ze skazaniem w trybie art. 387 k.p.k., są zgodne z art. 42 ust. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, b) nieobjęte porozumieniem zawartym w trybie wskazanym w punkcie 1 lit. a, są niezgodne z art. 42 ust. 2 Konstytucji". Sąd Najwyższy odwołał się także do uzasadnienia wyroku TK, w którym wskazano, że ww. przepisy są zgodne z Konstytucją w zakresie, w jakim dopuszczają możliwość orzeczenia na niekorzyść oskarżonego w oparciu o zarzuty związane ze skazaniem w trybie art. 387 k.p.k. w sytuacji zaskarżenia wyroku wyłącznie na korzyść oskarżonego.

Sąd Najwyższy podkreślił zatem, że wyłączenie zakazu *reformationis in peius* jest uzasadnione w sytuacji, gdy dojdzie do skazania w trybie dobrowolnego poddania się karze, przy spełnieniu warunków określonych w art. 387 k.p.k., a następnie oskarżony zakwestionuje rozstrzygnięcie zawarte w wyroku wydanym na jego wniosek i zgodnie z zawartą w tym wniosku propozycją. Natomiast zakaz *reformationis in peius* będzie obowiązywał, jeżeli przyczyny uchylenia wyroku nie leżą po stronie oskarżonego, lecz po stronie sądu. Chodzi przede wszystkim o sytuację, gdy oskarżony podnosi uzasadnione zarzuty obrazy przepisów prawa materialnego, przepisów prawa pro-

cesowego w zakresie nieobjętym trybem art. 387 k.p.k., czy też mają miejsce uchybienia stanowiące bezwzględne przyczyny odwoławcze z art. 439 k.p.k. W tym przypadku SN podzielił stanowisko Trybunału, iż nie można tolerować sytuacji, by oskarżony ponosił konsekwencje błędu lub braku należytej staranności, których dopuścił się Sąd.

Sąd Najwyższy wskazał, że co prawda zakaz *reformationis in peius* ma ścisły związek z prawem oskarżonego do obrony, gwarantowanym zarówno w art. 42 ust. 2 Konstytucji, jak również w art. 6 k.p.k., jednak prawo to nigdy nie było traktowane jako prawo absolutne i nie podlegające żadnym ograniczeniom. Sam zaś zakaz *reformationis in peius*, jakkolwiek jest zakorzeniony w konstytucyjnym prawie do obrony, to jednak nie należy do istoty tego prawa. Zatem ograniczenie przez ustawodawcę tego zakazu nie prowadzi do naruszenia istoty konstytucyjnego prawa do obrony, skoro sam zakaz należy do tego rodzaju gwarancji dodatkowych związanych z prawem do obrony, których wyłączenie czy też różnego rodzaju modyfikacje na poziomie ustawowym dokonują się bez naruszenia tożsamości konstytucyjnego prawa do obrony.

Nietrafne jest zatem w opinii Sądu Najwyższego stanowisko autora kasacji, iż w każdym przypadku zaskarżenia przez prokuratora na niekorzyść oskarżonego wyroku, wydanego w trybie art. 387 k.p.k., sąd odwoławczy – o ile uzna za uzasadnione argumenty apelacji – winien wyrok uchylić, a sprawę przekazać do ponownego rozpoznania sądowi pierwszej instancji, chyba że w postępowaniu odwoławczym strony zawrą nową ugodę na zasadach regulowanych tym przepisem. Jednak zdaniem SN w tym konkretnym układzie procesowym wyrok sądu odwoławczego stanowił swoistego rodzaju obejście przepisu art. 387 k.p.k. i był wyrazem złamania ugody określającej warunki dobrowolnego poddania się karze.

Postępowanie przed sądem pierwszej instancji było prowadzone w trybie uproszczonym, a prokurator prawidłowo zawiadomiony o terminie rozprawy nie stawił się. Wydanie wyroku w trybie art. 387 k.p.k. jest możliwe między innymi wtedy, gdy prokurator oraz pokrzywdzony nie sprzeciwią się temu. Swój sprzeciw mogą zgłosić ustnie przed Sądem lub przekazać go na piśmie. Brak reakcji z ich strony oznacza niesprzeciwianie się wydaniu wyroku w trybie art. 387 k.p.k., gdyż przepis art. 387 § 2 k.p.k. wprowadził zasadę zgody domniemanej. A zatem sama nieobecność prokuratora lub pokrzywdzonego na rozprawie – w sytuacji prawidłowego zawiadomienia o jej terminie – nie wyklucza samej możliwości wyrokowania w trybie art. 387 k.p.k. Niemniej jednak w przedmiotowej sprawie wskutek nieobecności prokuratora doszło w istocie rzeczy do zawarcia „ułomnej" ugody między oskarżonym a sądem pierwszej instancji.

Jakkolwiek decyzja prokuratora o nieuczestniczeniu wówczas w rozprawie mieściła się w granicach prawa i z tego powodu nie można czynić oskarżycielowi żadnych zarzutów – w szczególności zaniedbania obowiązków – to przecież z przyczyn niezawinionych przez oskarżonego, w toku dalszego postępowania decyzja ta wywarła na jego sytuację procesową zdecydowanie niekorzystny wpływ. Oskarżony K. składając wniosek o dobrowolne poddanie się karze, w zamian za poprawienie efektywności procesu karnego, jego przyspieszenie i usprawnienie – połączone przecież z przyznaniem się oskarżonego do winy – miał prawo liczyć na to, że w braku sprzeciwu prokuratora Sąd wymierzy mu karę, jaką sam zaproponował. Złożenie przez oskarżonego wniosku w trybie art. 387 k.p.k. nie zwalniało sądu pierwszej instancji od obowiązku oceny, czy zaproponowana kara jest trafna, sprawiedliwa i czy spełnia wszystkie ustawowe cele. Dostrzegając szansę zawarcia stosownego porozumienia, sąd winien zarządzić przerwę w rozprawie celem zawiadomienia prokuratora o propozycji oskarżonego. Ewentualny brak odzewu ze strony oskarżyciela nie stałby wówczas na przeszkodzie w wydaniu wyroku na warunkach zaproponowanych przez oskarżonego, bądź zmodyfikowanych za jego zgodą przez sąd pierwszej instancji, a w konsekwencji prokurator w przyszłości nie mógłby skutecznie zarzucać temu sądowi obrazy art. 387 k.p.k.

W zaistniałej sytuacji procesowej wyrok Sądu Okręgowego uwzględniający apelację prokuratora stanowił nie tylko złamanie przez ten Sąd ugody z oskarżonym oraz zasady lojalności wobec niego, ale przede wszystkim pozbawił go prawa do obrony i prawa do dwuinstancyjności postępowania. Oskarżony nie powinien ponosić niekorzystnych dla siebie konsekwencji uchybień, jakich dopuściły się organy wymiaru sprawiedliwości. Sąd pierwszej in-

stancji poprzez zaniechanie należytej oceny warunków dobrowolnego poddania się karze zaproponowanych przez oskarżonego, a w dalszej kolejności prokurator poprzez wadliwą ocenę sytuacji procesowej i faktycznej, która doprowadziła do błędnego wniosku w zakresie potrzeby brania udziału przez oskarżyciela w rozprawie przed Sądem rozpoznającym sprawę merytorycznie. A zatem mimo iż sądy obydwu instancji, a także prokurator, działały w warunkach przyznanych przez ustawodawcę kompetencji, w tym uprawnień sądu odwoławczego do korekty kary orzeczonej przez Sąd pierwszej instancji, zaakceptowanie powyższej sytuacji procesowej byłoby rażąco niesprawiedliwe.

Zmiana wyroku wydanego przez Sąd pierwszej instancji w warunkach konsensualizmu procesowego jest możliwa przed sądem odwoławczym, jeżeli strony wyrażą ponownie zgodę na wymierzenie kary – tym razem współmiernej – na nowych warunkach. Natomiast brak takiego porozumienia w sytuacji, gdyby sąd odwoławczy uznał argumenty apelacji prokuratora za uzasadnione, winien prowadzić do uchylenia wyroku Sądu pierwszej instancji i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania na zasadach ogólnych.

Postanowienie SN z 10 grudnia 2009 r. (I KZP 26/09)

Przepis art. 75 § 1 k.k. stanowi podstawę zarządzenia wykonania kary wyłącznie wówczas, gdy za popełnione przez skazanego w okresie próby określone umyślne przestępstwo podobne wymierzona została kara pozbawienia wolności, a nie znajduje on zastosowania, jeżeli za to przestępstwo wymierzona została kara ograniczenia wolności, która – na podstawie art. 87 k.k. – stała się elementem składowym kary łącznej pozbawienia wolności.

Sąd Najwyższy odmówił podjęcia uchwały w przedmiocie pytania prawnego Sądu Okręgowego w Ś., uznając, że w sprawie nie zachodzi potrzeba dokonania zasadniczej wykładni przepisów art. 75 § 1 k.k. w zw. z art. 87 k.k., gdyż wystarczająca jest wykładnia zwyczajna, dokonywana w ramach wyrażonej w art. 8 § 1 k.p.k. samodzielności rozstrzygania przez każdy sąd zagadnień faktycznych i prawnych. Wskazał, że wbrew prezentowanemu odmiennemu stanowisku doktryny reguły językowe i systemowe prowadzą do jednoznacznych wniosków, którym nie przeciwstawiają się poważne racje o charakterze teleologicznym. W zaistniałym układzie faktycznym Sąd Rejonowy w K. skazał oskarżonego na karę łączną w wysokości roku i 8 miesięcy pozbawienia wolności, zawieszając jej wykonanie na okres próby wynoszący 3 lata, m.in. za czyn z art. 226 § 1 k.k. W okresie próby oskarżony skazany został w oparciu o art. 87 k.k. na karę 8 miesięcy pozbawienia wolności za dwa zbiegające się przestępstwa, w tym czyn z art. 216 § 1 k.k., zagrożony karą ograniczenia wolności. Sąd Rejonowy w K. zarządził następnie na podstawie art. 75 § 1 k.k. wykonanie kary pozbawienia wolności orzeczonej pierwszym wyrokiem.

Przedmiotem rozważań Sądu Najwyższego była więc wykładnia art. 75 § 1 k.k. w sytuacji, gdy kara pozbawienia wolności za podobne przestępstwo umyślne orzeczona została na podstawie art. 87 k.k., zaś owo podobne przestępstwo umyślne zagrożone było jedynie karą ograniczenia wolności. Sąd najwyższy podkreślił, że przepis art. 75 § 1 k.k. w ogóle nie różnicuje przestępstw umyślnych z uwagi na ich ustawowe zagrożenie, a więc dotyczy wszystkich takich przestępstw. W konsekwencji, dokonując wykładni tego przepisu nie można ograniczyć się jedynie do tych występków umyślnych, co do których w sankcji nie została przewidziana kara pozbawienia wolności. Analizując treść tego przepisu, Sąd Najwyższy zwrócił jednak szczególną uwagę na wyrażenie „za które". Podkreślił, że słowo „które" występuje w tym zwrocie jako „zaimek względny, używany (...) w zdaniach podrzędnych rozwijających treść zdania nadrzędnego"[2]. Przyłącza on do nadrzędnego rzeczownika „zdanie charakteryzujące określony już i zidentyfikowany obiekt"[3]. W analizowanym przepisie owym użytym w zdaniu nadrzędnym rzeczownikiem jest słowo „przestępstwo" (uzupełnione przymiotnikiem „umyślne"), i to do niego odnosi się zdanie rozwijające, wskazując, że to właśnie za nie orzeczono prawomocnie karę pozbawienia wolności. Gramatyczna wykładnia prowadzi zatem Sąd Najwyższy wprost

2 *Słownik języka polskiego*, red. M. Szymczak, Warszawa 1982, t. I, s. 1076.

3 *Uniwersalny słownik języka polskiego*, red. S. Dubisz, Warszawa 2003, t. II, s. 347.

do wniosku, że w realiach procesowych to wyłącznie za to zidentyfikowane już przestępstwo umyślne ma być orzeczona kara pozbawienia wolności, jako warunek *sine qua non* obligatoryjnego zarządzenia wykonania kary. Dokonywana zatem na gruncie reguł języka polskiego gramatyczna analiza wyrażenia „za które", użytego w art. 75 § 1 k.k., nie pozostawia pola do możliwego innego jego rozumienia.

Zdaniem Sądu Najwyższego gwarancyjne reguły interpretacji przepisów prawa karnego materialnego nie pozwalają na rozszerzanie znaczenia zwrotu „za które" na inne jeszcze sytuacje, w ramach których dochodzi do przekształcenia kary ograniczenia wolności na karę pozbawienia wolności. Nawet bowiem przekształcenie takie w ramach art. 87 k.k. nie zmienia istoty rzeczy, że za konkretne przestępstwo orzeczono karę ograniczenia wolności, a nie karę pozbawienia wolności.

Sąd Najwyższy przypomniał, że kara łączna nie jest karą orzekaną za konkretne przestępstwo. Jest karą orzekaną w sytuacji wystąpienia zbiegu realnego co najmniej dwóch przestępstw. Unicestwia wprawdzie odrębne wykonanie kar jednostkowych, ale tylko ich wykonanie, nie zaś same te kary. Przekształcenie na podstawie art. 87 k.k. kary ograniczenia wolności orzeczonej za jedno ze zbiegających się przestępstw w karę pozbawienia wolności, nie zmienia przecież faktu, że kara łączna pozbawienia wolności nie została orzeczona za to konkretne przestępstwo, jak tego wymaga dyspozycja art. 75 § 1 k.k. Zatem próba uznania, że choć pośrednio, to jednak za określone przestępstwo, poprzez zastosowanie art. 87 k.k., wymierzona została ostatecznie kara pozbawienia wolności, sprzeczna byłaby z powołaną już regułą zakazującą interpretacji rozszerzającej przepisów prawa karnego materialnego i w istocie stałaby w kolizji z zawartym w art. 75 § 1 k.k. zwrotem „za które". Nie podzielając tym samym stanowiska prezentowanego w doktrynie[4], Sąd Najwyższy przyjął jak na wstępie.

4 A. Zoll [w:] K. Buchała, A. Zoll, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1–116 Kodeksu karnego*, Kraków 1998, s. 525–526.

red. Andrzej Skoczylas

Przegląd orzecznictwa – prawo administracyjne

Uchwała pełnego składu Naczelnego Sądu Administracyjnego z 26 października 2009 r. (sygn. akt I OPS 10/09)

Przytoczenie podstaw kasacyjnych, rozumiane jako wskazanie przepisów, które – zdaniem wnoszącego skargę kasacyjną – zostały naruszone przez wojewódzki sąd administracyjny, nakłada na Naczelny Sąd Administracyjny, stosownie do art. 174 pkt 1 i 2 oraz art. 183 § 1 ustawy z 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz.U. Nr 153, poz. 1270 ze zm. – dalej p.p.s.a.), obowiązek odniesienia się do wszystkich zarzutów przytoczonych w podstawach kasacyjnych.

Powyższa uchwała została podjęta z inicjatywy Prezesa NSA, który zwrócił uwagę, iż z uwagi na rozbieżności w orzecznictwie sądów administracyjnych zaszła konieczność rozważenia kwestii, czy w art. 174 pkt 1 i 2 p.p.s.a. chodzi wyłącznie o naruszenie przepisów prawa stosowanych przez sąd pierwszej instancji, a więc zwłaszcza naruszenie przepisów p.p.s.a., czy także o naruszenie przepisów stosowanych przez organy administracji, w tym także przepisów o postępowaniu administracyjnym, a ocenianych przez sąd. Udzielając odpowiedzi na po-

wyższe zagadnienie prawne, NSA w pierwszej kolejności dokonał analizy obecnych uregulowań prawno-procesowych w zakresie skargi kasacyjnej w postępowaniu sądowoadministracyjnym pod kątem konstytucyjnych wymagań dwuinstancyjnego postępowania sądowego. Istotą i jednocześnie minimalnym standardem „zaskarżenia" w rozumieniu konstytucyjnym jest możliwość domagania się kontroli orzeczenia sądu pierwszej instancji przez sąd drugiej instancji. Konstytucja nie formułuje jednego – wspólnego dla wszystkich typów postępowań sądowych – standardu określającego, jakie powinny być następstwa uwzględnienia przez sąd drugiej instancji środka odwoławczego. Ustawodawca ma zatem obowiązek dostosowania modelu środka zaskarżania do specyfiki i charakteru postępowania sądowego w tym zakresie. Należy w związku z tym podkreślić, że kontrola działalności administracji publicznej jest wyodrębnionym i zastrzeżonym dla sądów administracyjnych elementem sprawowania wymiaru sprawiedliwości.

Naczelny Sąd Administracyjny poświęcił wiele uwagi drugiej podstawie skargi kasacyjnej (art. 174 pkt 2 p.p.s.a.) zauważając, że ustawodawca nie sprecyzował bliżej ani charakteru przepisów postępowania, ani charakteru sprawy, której to naruszenie miałoby dotyczyć, przyjmując formułę otwartej stylizacji normy wynikającej z przywołanego przepisu. Wobec tego naruszenie przepisów postępowania obejmuje swoim zakresem wszystkie postępowania w toku rozpoznawania sprawy, a więc zarówno postępowanie sądowe, jak i postępowania prowadzone przed organami administracji publicznej.

Należy mieć nadzieję, że zaprezentowana powyżej pierwsza w historii polskiego sądownictwa administracyjnego uchwała pełnego składu NSA odciśnie głębokie piętno na jego orzecznictwie, kładąc ostatecznie kres poglądom ograniczającym zakres kontroli instancyjnej sprawowanej przez ten sąd.

Opracował: Wojciech Piątek

Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 10 marca 2009 r. (sygn. akt II OSK 316/08)

Art. 28 k.p.a. stanowiąc, że stroną jest każdy, czyjego interesu prawnego dotyczy postępowanie, nie stanowi samoistnej normy prawnej. Przepis ten musi być zawsze interpretowany w związku z normami prawa materialnego zawartymi w ustawach szczególnych.

W przedmiotowej sprawie, NSA, rozważając kwestię legitymacji do wniesienia odwołania w postępowaniu mającym na celu ustalenie lokalizacji inwestycji celu publicznego, odwołał się do ugruntowanej w doktrynie i orzecznictwie koncepcji interesu prawnego w postępowaniu administracyjnym. Ustalenie istnienia interesu prawnego nie znajduje oparcia wyłącznie w art. 28 k.p.a., lecz wymaga także wykazania związku między sytuacją konkretnego podmiotu a obowiązującą normą prawa materialnego[1].

Sąd stanął na stanowisku, że obowiązek ustalenia kręgu podmiotów mających interes prawny w danej sprawie ciąży na organach administracji publicznej prowadzących postępowanie.

Naczelny Sąd Administracyjny nie przychylił się do prezentowanego przez organy administracji poglądu o braku podstaw do przyznania przymiotu strony podmiotowi, który w przepisanym terminie – w związku z obwieszczeniem o wszczęciu postępowania w sprawie wydania decyzji o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego – nie podniósł zarzutów dotyczących planowanej inwestycji. Zdaniem Sądu, okoliczność decydująca o istnieniu interesu prawnego bądź o jego braku musi wynikać z przepisów szczególnych, a żaden przepis ustawy o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym nie wprowadza dla bytu strony warunku materialnoprawnego w postaci podniesienia zarzutów dotyczących planowanej inwestycji.

Przy ustalaniu kręgu podmiotów mających interes prawny w postępowaniu administracyjnym w przedmiocie ustalenia warunków zabudowy i zagospodarowania terenu oraz ustalenia lokalizacji inwestycji celu publicznego, organy administracji publicznej nie mogą ograniczać się do grona właścicieli lub użytkowników wieczystych działek

1 Zob. P. Przybysz, *Komentarz do kodeksu postępowania administracyjnego*, Warszawa 2006, s. 102; zob. wyrok NSA z 29 maja 2008 r., I OSK 826/07.

bezpośrednio sąsiadujących z planowaną inwestycją. Badając istnienie interesu prawnego w każdym indywidualnym przypadku, organy powinny rozważyć kwestie zasięgu oddziaływania inwestycji na dalsze nieruchomości sąsiednie oraz stopień uciążliwości danej inwestycji. Oddziaływanie to jednak nie wyczerpuje się na kwestiach związanych z wpływem na środowisko planowanej inwestycji, lecz może dotyczyć wszelkiego rodzaju wpływu inwestycji na wykonywanie praw do nieruchomości.

Opracowała: Aleksandra Czajka

Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 3 lutego 2009 r. (sygn. akt II FSK 1582/07)

Doręczenie pisma w trybie art. 150 Ordynacji podatkowej jest możliwe tylko wówczas, gdy odbiorca jest legitymowany (uprawniony) do jego odbioru.

W niniejszej sprawie skarżący kwestionował prawidłowość naliczania odsetek za zwłokę, a także skuteczność doręczenia mu decyzji organu podatkowego określających zobowiązania podatkowe. Wyjaśniając kwestię doręczenia decyzji ustalono, że przesyłkę poleconą urząd pocztowy próbował bezskutecznie doręczyć w dniach 13 i 20 kwietnia 2004 r. Po upływie czternastodniowego terminu do jej odbioru, w dniu 27 kwietnia 2004 r. zwrócono przesyłkę nadawcy. Tydzień wcześniej, tj. w dniu 20 kwietnia 2004 r., organ podatkowy został poinformowany, że pełnomocnictwo dla osoby, do której zaadresowano przesyłkę, zostało przez skarżącego cofnięte. W związku z powyższym Naczelny Sąd Administracyjny wskazał, że „ze względu na poinformowanie organu podatkowego w dniu 20 kwietnia 2004 r. o cofnięciu pełnomocnictwa nie sposób było przyjąć, że doręczenie przesyłki pełnomocnikowi podatnika nastąpiło – w trybie określonym w art. 150 ord. pod.". Wobec wcześniejszego cofnięcia pełnomocnictwa, osoba, której doręczono decyzję, nie była legitymowana do jej odbioru, a w konsekwencji nie doszło do wywołania skutku prawnego doręczenia.

Przyjęta przez Naczelny Sąd Administracyjny koncepcja może w praktyce uniemożliwić skuteczne doręczenie decyzji przez organ podatkowy w sytuacji cofania przez podatnika, unikającego doręczeń korespondencji od organów podatkowych, pełnomocnictw kolejnym pełnomocnikom, po otrzymaniu informacji o awizowaniu przesyłki nadanej przez ten organ. Z drugiej strony nie można uznać za skuteczne doręczenia dokonanego wobec podmiotu, który zgodnie z wolą mocodawcy nie jest już jego pełnomocnikiem, a organ kierujący decyzję został o tym poinformowany przed jej doręczeniem.

Opracowała: Małgorzata Grego

Katarzyna Pałka, Michał Kućka, Jerzy Pisuliński

Przegląd orzecznictwa – prawo prywatne

Niniejszy przegląd orzecznictwa z zakresu prawa prywatnego obejmuje orzeczenia odnoszące się do prawa cywilnego materialnego i procesowego. W kolejnych zeszytach „Forum Prawniczego" zamieszczone zostaną także przeglądy orzecznictwa dotyczące prawa handlowego i prawa pracy.

Prezentowany przegląd obejmuje cztery orzeczenia Sądu Najwyższego wydane w listopadzie i grudniu 2009 r. Orzeczenia te warto przedstawić czytelnikom i krótko omówić, ponieważ wyrażone w nich stanowisko może mieć istotne znaczenie dla praktyki. Na szczególną uwagę zasługuje uchwała siedmiu sędziów z 16 grudnia 2009 r., która rozstrzyga problem kolejności rozpo-

znawania wniosków o wpis w księdze wieczystej oraz daty, według której sąd ma oceniać zasadność wniosku.

Uchwała SN z 17 listopada 2009 r. (sygn. akt III CZP 89/09), Biuletyn Sądu Najwyższego 2009, nr 11, s. 7[1]

Notariusz może sporządzić akt poświadczenia dziedziczenia także wtedy, gdy jeden ze spadkobierców powołanych do dziedziczenia nie żyje.

Dotychczas możliwość sporządzenia poświadczenia dziedziczenia w przypadku, gdy jeden ze spadkobierców nie żyje, budziła wątpliwości w praktyce. Działo się tak za sprawą art. 95 b ustawy z 14 lutego 1991 r. Prawo o notariacie (t.j. Dz.U. z 2008 r. Nr 189, poz. 1158), zgodnie z którym przed sporządzeniem aktu poświadczenia dziedziczenia notariusz spisuje protokół dziedziczenia przy udziale wszystkich osób, które mogą wchodzić w rachubę jako spadkobiercy ustawowi i testamentowi. Przepis ten można było bowiem interpretować w taki sposób, że w czynności tej uczestniczyć muszą wszyscy spadkobiercy, natomiast nie mogą następcy prawni tych osób (por. pogląd Krajowej Rady Notarialnej wyrażony w załączniku do Uchwały Nr VI/78/2006 Krajowej Rady Notarialnej z 24 listopada 2006 r.[2] oraz w piśmie Krajowej Izby Notarialnej z 28 lutego 2009 r., l.dz. 01/17/09–4).

Choć w literaturze słusznie podkreślano, iż taka literalna wykładnia jest sprzeczna z celem nowelizacji wprowadzającej możliwość sporządzania przez notariuszy aktów poświadczenia dziedziczenia[3], notariusze odmawiali dokonywania poświadczenia dziedziczenia, gdy jeden ze spadkobierców zmarł. Jedna z takich odmów zakończyła się podjęciem komentowanej uchwały w związku ze złożeniem zażalenia na odmowę dokonania czynności notarialnej. Rozpoznając to zażalenie, Sąd Okręgowy Warszawa-Praga skierował pytanie prawne do Sądu Najwyższego, czy art. 95 b w związku z art. 95 e § 2 pkt 2 prawa o notariacie wyłącza możliwość sporządzenia aktu poświadczenia dziedziczenia w sytuacji, gdy jeden ze spadkobierców powołanych do dziedziczenia na podstawie ustawy lub testamentu nie żyje. W uchwale SN odniósł się do wątpliwości wyrażanych m.in. w powołanym piśmie Krajowej Rady Notarialnej z 28 lutego 2009 r., uznając je za niezasadne. W uzasadnieniu SN odwołał się do materiałów legislacyjnych, w tym do projektu ustawy, i stwierdził, że nie wynika z nich, aby ustawodawca chciał ograniczać możliwość sporządzenia aktu poświadczenia dziedziczenia w sytuacji, gdy nie żyje jeden ze spadkobierców. SN podkreślił, że nieobecność wszystkich osób mogących wchodzić w rachubę jako spadkobiercy testamentowi lub ustawowi, którą to okoliczność wymienia art. 95 e § 2 pkt 2 prawa o notariacie jako jedną z przyczyn uzasadniających odmowę sporządzenia aktu poświadczenia dziedziczenia, nie odnosi się do tej sytuacji. Celem tego przepisu jest bowiem wyeliminowanie możliwości poświadczenia dziedziczenia, gdy zachodzą wątpliwości, kto, na jakiej podstawie i w jakiej części nabył spadek. Jeżeli jeden ze spadkobierców nie żyje, a są znani jego spadkobiercy, takie niebezpieczeństwo nie zachodzi. Taka wykładnia prowadzi także do upowszechnienia instytucji notarialnego poświadczenia dziedziczenia i umożliwia dokonanie poświadczenia dziedziczenia przez notariusza po kilku osobach. Mając na uwadze potrzeby praktyki, stanowisko to należy w pełni zaaprobować.

Uchwała SN z 20 listopada 2009 r. (sygn. akt III CZP 95/09), Biuletyn Sądu Najwyższego 2009, nr 11, s. 9[4]

Składnikiem nieruchomości wspólnej, o której mowa w art. 3 ustawy z 24 czerwca 1994 r. o własności lokali (t.j. Dz.U. z 2000 r., Nr 80, poz. 903 ze zm.) nie może być udział we współwłasności nieruchomości sąsiedniej.

1 OSNC 2010, nr 5, poz. 71.

2 www.krn.lex.pl/infa_samorz/uch78.

3 Por. A. Bieranowski, *Uwagi o dopuszczalności tzw. piętrowego poświadczenia dziedziczenia*, Rejent 2009, nr 5, s. 150.

4 OSNC 2010, nr 15, poz. 73.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 i 2 ustawy z 24 czerwca 1994 r. o własności lokali (u.w.l)[5] nieruchomość wspólna powstaje w razie wyodrębnienia własności lokali i stanowi ją grunt oraz części budynku i urządzenia, które nie służą wyłącznie do użytku właścicieli lokali. Nieruchomość wspólna może być przedmiotem współwłasności właścicieli lokali bądź przedmiotem użytkowania wieczystego (art. 4 ust. 3 u.w.l.), w którym każdemu z właścicieli lokali przysługuje określony udział. Przyjęty w komentowanym orzeczeniu pogląd potwierdza zasadę, że współwłaścicielom powinno przysługiwać jednakowe prawo do nieruchomości wspólnej[6]. Zasada ta znalazła wyraz również w orzecznictwie SN[7], a następnie w art. 3a ust. 1 u.w.l.

W praktyce zdarza się, że nieruchomość wspólna nie ma np. dostępu do drogi publicznej. Aby zapewnić dostęp do drogi publicznej, właściciele lokali nabywają zatem udział w nieruchomości sąsiedniej, która ma dostęp do drogi publicznej. Jako współwłaściciele nieruchomości sąsiedniej mają dzięki temu zapewnione prawo korzystania z niej. Udział w nieruchomości sąsiedniej nie jest jednak wówczas prawem związanym z własnością lokalu (pomimo, jak stwierdza w uzasadnieniu Sąd Najwyższy, wyraźnego funkcjonalnego związku obu nieruchomości). Udziału takiego nie można bowiem traktować jako części składowej nieruchomości wspólnej (w rozumieniu art. 50 k.c.). Oznacza to, że właściciel lokalu, zbywając prawo do lokalu i związany z nim udział w nieruchomości wspólnej, powinien przenieść na nabywcę także (w drodze osobnej umowy) swój udział w nieruchomości sąsiedniej. Udział w nieruchomości sąsiedniej nie zostaje także obciążony w razie ustanowienia ograniczonego prawa rzeczowego (np. hipoteki) na lokalu i związanym z nim udziale we współwłasności (współużytkowaniu wieczystym) nieruchomości wspólnej. Rzecz się komplikuje, gdy nieruchomość sąsiednia zapewnia dojazd do kilku nieruchomości wspólnych, a właściciele lokali znajdujących się na tych kilku nieruchomościach są jednocześnie współwłaścicielami nieruchomości sąsiedniej. Także w tym wypadku udział w nieruchomości sąsiedniej nie stanowi części składowej każdej z tych nieruchomości wspólnych.

Biorąc powyższe pod uwagę, należy w pełni podzielić tezę wyrażoną przez Sąd Najwyższy w powołanej uchwale. Przyjęcie wyrażonego przez Sąd poglądu determinuje także, co stanowiło przedmiot sporu w rozpatrywanym przez Sąd stanie faktycznym, brak legitymacji wspólnoty mieszkaniowej w odniesieniu do zarządu nieruchomością sąsiednią (przy założeniu, że wspólnota stanowi jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, której ustawa przyznaje zdolność prawną – por. uchwałę Sądu Najwyższego z 21 grudnia 2007 r., sygn. akt III CZP 65/07, OSNC 2008/7–8/69).

Uchwała SN z 26 listopada 2009 r. (sygn. akt III CZP 102/09), Biuletyn Sądu Najwyższego 2009, nr 11, s. 11[8]

Roszczenie o zwrot nienależnego świadczenia staje się wymagalne w terminie, w którym powinno być spełnione zgodnie z art. 455 k.c.

Niniejsza uchwała jest kontynuacją dotychczasowego orzecznictwa ustalającego chwilę wymagalności roszczenia o zwrot nienależnego świadczenia. Zgodnie z art. 455 k.c., jeżeli termin spełnienia świadczenia nie jest oznaczony ani nie wynika z właściwości zobowiązania, świadczenie powinno być spełnione niezwłocznie po wezwaniu dłużnika do wykonania. Skoro termin zwrotu nienależnego świadczenia nie jest oznaczony przez strony, a nie wynika także z właściwości samego zobowiązania, zobowiązanie do zwrotu nienależnego świadczenia ma charakter bezterminowy i staje się wymagalne z upływem wyznaczonego dłużnikowi terminu do spełnienia świadczenia[9]. Z wymagal-

5 OSNC, nr 5, poz. 73.

6 Zob. J. Pisuliński [w:] *System prawa prywatnego*, t. 4, Warszawa 2007, s. 245–248.

7 Zob. postanowienie SN z 17 czerwca 1999 r., I CKN 386/98, OSN 2000, nr 2, poz. 26.

8 OSNC 2010, nr 5, poz. 75.

9 Tak m.in. SN w wyroku z 3 kwietnia 1998 r., III CKN 436/97, LEX nr 519922, oraz W. Popiołek [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny. t. II. Komentarz do artykułów*

nością roszczeń nierozerwalnie związana jest problematyka przedawnienia. Przyjmując pogląd o bezterminowym charakterze zobowiązania do zwrotu nienależnego świadczenia, należy stwierdzić, iż bieg terminu przedawnienia rozpoczyna się od dnia, w którym roszczenie stałoby się wymagalne, gdyby uprawniony podjął czynność w najwcześniejszym możliwym terminie[10]. Tą czynnością jest, jak wspomniano, wezwanie dłużnika do zwrotu nienależnie spełnionego świadczenia. Pogląd ten jest ugruntowany w orzecznictwie[11]. Jak podkreślił SN w wyroku z 24 kwietnia 2003 r., bieg przedawnienia roszczenia wynikającego z zobowiązania bezterminowego rozpoczyna się w dniu, w którym świadczenie powinno być spełnione, gdyby wierzyciel wezwał dłużnika do wykonania zobowiązania w najwcześniej możliwym terminie (art. 120 § 1 zd. 2 w zw. z art. 455 k.c.), niezależnie od świadomości uprawnionego co do przysługiwania mu roszczenia. Roszczenie takie przedawni się zatem w terminie 3- lub 10-letnim w zależności od tego, czy w danym przypadku roszczenie o zwrot nienależnego świadczenia związane jest z prowadzeniem działalności gospodarczej (por. art. 118 k.c.).

Uchwała składu siedmiu sędziów SN z 16 grudnia 2009 r. (sygn. akt III CZP 80/09), niepublikowana[12]

Sąd rozpoznając wniosek o wpis w księdze wieczystej związany jest stanem rzeczy istniejącym w chwili złożenia wniosku i kolejnością jego wpływu.

Komentowana uchwała została wydana w związku z przedstawieniem przez Pierwszego Prezesa SN wniosku o rozstrzygnięcie rozbieżności w zakresie stosowania w postępowaniu wieczystoksięgowym art. 316 k.p.c. Zgodnie z tym przepisem sąd, wydając wyrok, bierze pod uwagę stan rzeczy istniejący w chwili zamknięcia rozprawy. Przepis ten stosuje się odpowiednio także w postępowaniu nieprocesowym (art. 13 § 2 k.p.c.). Należy zauważyć, że rozstrzygając to zagadnienie SN jednocześnie ustosunkował się do innej budzącej wątpliwości kwestii, a mianowicie kolejności rozpoznawania wniosków o wpis w księdze wieczystej, a także kognicji sądu wieczystoksięgowego. Kwestie te są ze sobą zresztą dość ściśle powiązane.

Z jednej strony twierdzono do tej pory, że kierowanie się kolejnością wpływu wniosków jest jedynie postulatem, zaleceniem o charakterze „dobrej rady", a nie wymogiem ustawowym[13], z czym korespondował pogląd o stosowaniu art. 316 k.p.c. w postępowaniu o wpis. Przyjęcie, że art. 316 k.p.c. ma zastosowanie w postępowaniu o wpis[14], oznacza, że sąd wieczystoksięgowy nie może pominąć informacji o zdarzeniach, które nastąpiły jeszcze przed lub nawet już po złożeniu wniosku, a o których sąd będzie wiedział na ogół z później złożonego wniosku (np. wniosek o ujawnienie w księdze wieczystej nowego właściciela nieruchomości czy o wpis ograniczenia w prawie rozporządzania nieruchomości przez właściciela na skutek ogłoszenia upadłości). Nakaz orzekania przez sąd wieczystoksięgowy na podstawie stanu rzeczy z chwili rozpatrzenia wniosku, a nie z chwili jego złożenia, umożliwia sądowi wcześniejsze rozpatrzenie wniosku złożonego później z uwagi na wcześniejszą w stosunku do pierwszego wniosku zmianę stanu prawnego (spowodowaną przykładowo zbyciem nieruchomości) i w konsekwencji oddalenie pierwszego wniosku (np. o wpis hipoteki przymusowej). Z drugiej strony spotkać można było w dotychczasowym orzecznictwie pogląd odmienny,

450–1088, Warszawa 2009, s. 13. Według odmiennego poglądu, roszczenie w zobowiązaniu bezterminowym staje się wymagalne już z chwilą jego powstania i od tej chwili rozpoczyna się bieg terminu przedawnienia, tak np. SN w wyroku z 22 marca 2001 r., V CKN 769/00, OSN 2001, nr 11, poz. 166.

10 Por. wyrok SN z 29 kwietnia 2009 r., II CSK 625/08, Monitor Prawniczy 2009, nr 11, s. 578.

11 Zob. w szczególności wyrok SN z 28 kwietnia 2004 r., V CK 461/03, LEX nr 174217, oraz wyrok SN z 24 kwietnia 2003 r., I CKN 316/01, OSN 2004 r., nr 7–8, poz. 117.

12 Uchwała wraz z uzasadnieniem jest opublikowana na stronie internetowej SN: http://www.sn.pl/orzecznictwo/index.html.

13 Zob. postanowienia z 21 stycznia 2004 r., IV CK 346/02, LEX nr 175931.

14 W piśmiennictwie tak m.in. H. Ciepła, *Podstawy wpisu do księgi wieczystej i jej znaczenie*, „Przegląd Sądowy" 1998, nr 11–12, s. 72.

zgodnie z którym sąd wieczystoksięgowy rozpoznaje wnioski o wpis w oparciu o stan rzeczy z chwili złożenia wniosku[15], a kolejność rozpoznawania wniosków wynikająca z art. 626^6 § 1 i art. 626^7 § 1 k.p.c. w zw. z art. 8 ustawy z 6 lipca 1982 r. o księgach wieczystych i hipotece[16] (u.k.w.h.) nie ma tylko postulatywnego znaczenia, lecz jest przejawem celowego ograniczenia przez ustawodawcę kognicji sądów wieczystoksięgowych. Według tego poglądu decydujące znaczenie powinien mieć więc stan rzeczy istniejący w chwili wpływu do sądu wniosku o wpis. Przeciwne twierdzenie, oparte na rygorystycznym odczytaniu art. 316 § 1 k.p.c., pozbawiałoby bowiem praktycznego znaczenia art. 29 u.k.w.h. Zgodnie z tym ostatnim artykułem wpis ma skutek wsteczny od chwili złożenia wniosku. Dlatego SN w postanowieniu z 2 grudnia 1997 r. (II CKN 484/97)[17] stwierdził, że podstawa wpisu do księgi wieczystej musi istnieć już chwili złożenia wniosku o wpis.

W komentowanej uchwale SN opowiada się zdecydowanie za rozpoznawaniem wniosków o wpis w księdze wieczystej według kolejności ich wpływu i stanu rzeczy z chwili złożenia wniosku. Jego zdaniem zgodność stanu prawnego ujawnionego w księdze z rzeczywistym stanem prawnym nie może być osiągnięta przez czynności sądu wieczystoksięgowego polegające na załatwianiu wniosków wbrew kolejności ich złożenia ani dokonywania samowolnej oceny, czy przyjąć stan prawny z chwili orzekania czy z chwili złożenia wniosku. Do tego służy bowiem powództwo o uwzględnieniu treści księgi z rzeczywistym stanem prawnym (art. 10 u.k.w.h.). Z jednej strony na pewno pozbawi to sądy wieczystoksięgowe arbitralności w rozpoznawaniu wniosków i zapewni równe traktowanie stron. Podkreśla to SN w uzasadnieniu do uchwały stwierdzając, że pozostawienie sądom wieczystoksięgowym marginesu swobody w tym zakresie nie realizowałoby wymogów konstytucyjnych dotyczących czytelnych zasada procedowania. Z drugiej jednak strony konsekwentne stosowanie zasady rozpoznania wniosków według kolejności ich wpływu może w pewnych przypadkach okazać się niepraktyczne i utrudniać obrót. Będzie tak przykładowo w sytuacji, gdy sąd wieczystoksięgowy rozpozna najpierw złożony wcześniej wniosek o wpis hipoteki przymusowej, chociaż przed złożeniem wniosku o wpis hipoteki doszło do przeniesienia własności nieruchomości, lecz wniosek o wpis właściciela został złożony później. Zgodnie z poglądem wyrażonym w uchwale hipoteka przymusowa powinna zostać wpisana, mimo że nabywca, a nie zbywca (dłużnik) był w chwili złożenia wniosku o wpis właścicielem nieruchomości. Nabywca będzie zatem zmuszony do wystąpienia z powództwem o uzgodnienie treści księgi wieczystej z rzeczywistym stanem prawnym (art. 10 u.k.w.h.), ponieważ nie było podstaw do wpisu hipoteki przymusowej na jego nieruchomości, skoro nie był on dłużnikiem, przeciwko któremu wystawiony został tytuł wykonawczy (art. 109 ust. 1 u.k.w.h.). Wypada jednocześnie podkreślić, że gdyby do zmiany stanu prawnego nieruchomości doszło już po złożeniu wniosku o wpis[18], stanowisko prezentowane w uchwale o konieczności uwzględniania daty wpływu wniosku należałoby zaaprobować. Jednak i wówczas należy mieć na uwadze, że zasada rozpoznania wniosku według stanu z chwili jego wpływu nie powinna być traktowana jako bezwzględna. Przykładowo problem może powstać w sytuacji, gdy nabywca nieruchomości umrze przed rozpatrzeniem złożonego przez niego wniosku o wpis, a następnie wpłynie wniosek o ujawnienie w księdze wieczystej jego spadkobierców. Gdyby sąd wieczystoksięgowy zobligowany był rozpoznać wniosek o wpis złożony wcześniej bez względu na zmianę stanu prawnego, jaka się dokonała po chwili złożenia wniosku (w tym wypadku – na skutek śmierci wnioskodawcy), wówczas musiałby wpisać w księdze wieczystej jako właściciela spadkodawcę, choć oznaczałoby to niezgodność stanu, ujawnionego w księdze wieczystej z rzeczywistym stanem

15 Tak np. postanowienie SN z 12 października 2005 r., V CA 1/05, LEX nr 399785.

16 Tekst jedn. Dz.U. z 2001 r. Nr 124, poz. 1361 ze zm.

17 OSN 1998, nr 6, poz. 98.

18 Zob. zamiast wielu stan faktyczny będący przedmiotem uchwały SN z 29 kwietnia 2008 r., III CZP 17108. LEX nr 369 673.

prawnym. Podobnie sąd wieczystoksięgowy nie mógłby pominąć przy rozpoznawaniu wniosku o wpis np. hipoteki faktu ogłoszenia upadłości właściciela nieruchomości już po złożeniu takiego wniosku. Zgodnie z art. 81 ustawy z 28 lutego 2003 r. Prawo upadłościowe i naprawcze[19] (u.p.n.), po ogłoszeniu upadłości nie jest bowiem dopuszczalne obciążenie składników masy upadłości hipoteką[20]. Gdyby sąd wpisał taką hipotekę – pomijając znany mu fakt ogłoszenia upadłości właściciela nieruchomości – hipoteka musiałaby zostać wykreślona z urzędu (art. 82 u.p.n.). Podane przykłady wskazują, że od zasady wyrażonej w komentowanej uchwale powinny istnieć zatem wyjątki.

19 T.j. Dz.U. z 2009 r. Nr 175, poz. 1361.

20 Wyjątek dotyczy wniosków o wpis złożonych na więcej niż sześć miesięcy przed złożeniem wniosku o ogłoszenie upadłości.