FORUM PRAWNICZE

NUMER 3 (11)
CZERWIEC 2012

Spis treści

ARTYKUŁ WSTĘPNY

3 **Projekt wspólnego europejskiego prawa sprzedaży – powrót do pytania o istotę tego, co wspólne dla nauki prawa**

ARTYKUŁY

Jerzy Stelmach
7 **Pozytywistyczne mity metody prawniczej**

Lóránt Csink i Johanna Fröhlich
15 **Ustawa zasadnicza Węgier – uwagi wstępne i możliwe konsekwencje**

Radosław Zyzik
27 **Genetyka behawioralna na sali sądowej**

Andrzej Paduch
43 **Nowa regulacja w międzynarodowym prawie podatkowym**

Paweł Łabuz
54 **Zakup kontrolowany jako narzędzie w zwalczaniu przestępczości zorganizowanej**

RECENZJE

Franciszek Longchamps de Bérier
63 **Emocje w interpretacji prawa a opis rzeczywistości. Refleksje na marginesie książki Ernesta Bianchiego *Per un'indagine sul principio 'conceptus pro iam nato habetur'***

ORZECZNICTWO

Marcin Stębelski
68 **Przegląd orzecznictwa – prawo konstytucyjne**

Anna Michalak
75 **Przegląd orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej**

Anna Chmielarz, Jarosław Sułkowski
82 **Przegląd orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu**

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

Wojciech Piątek, Jan Olszanowski
95 **Przegląd orzecznictwa – prawo administracyjne**

Mariusz Stanik
99 **Przegląd orzecznictwa – prawo prywatne**

Zasady składania materiałów do „Forum Prawniczego”

Redakcja „Forum Prawniczego” przyjmuje następujące teksty:

1) **artykuły** – materiały powinny mieć objętość do 60 000 znaków. Do artykułu powinno być dołączone krótkie streszczenie w języku angielskim (maksymalnie 1500 znaków).

2) **recenzje** – powinny dotyczyć publikacji, które ukazały się nie wcześniej niż rok (w przypadku publikacji polskich) lub dwa lata (w przypadku publikacji zagranicznych) przed oddaniem recenzji do redakcji. Recenzje powinny mieć objętość do 9000 znaków.

3) **glosy** – powinny dotyczyć orzeczeń, które w istotny sposób rozwijają lub zmieniają dotychczasową linię orzecznictwa, a także orzeczeń podejmujących problemy dotychczas niestanowiące przedmiotu zainteresowania judykatury. Glosy powinny mieć objętość do 30 000 znaków.

Prosimy także o dołączenie zdjęcia oraz krótkiej notki biograficznej o autorze (imię i nazwisko, stopnie i tytuły naukowe oraz zawodowe, dorobek naukowy, zajmowane stanowiska).

Materiały należy przesyłać w formie elektronicznej na adres: redakcja@forumprawnicze.eu.

Teksty podlegają procedurze oceny merytorycznej, po zakończeniu której autor otrzymuje decyzję redakcji o ich przyjęciu albo odrzuceniu.

FORUM PRAWNICZE

Numer 3 (11) | Czerwiec 2012
Dwumiesięcznik
ISSN: 2081-688X

WYDAWCA
Fundacja „Utriusque Iuris”
ul. Dobra 27/35
00-344 Warszawa

RADA PROGRAMOWA
Przewodniczący: prof. Jerzy Stelmach
prof. Bartosz Brożek
prof. Zbigniew Cieślak
prof. Tomasz Giaro
prof. Małgorzata Korzycka-Iwanow
prof. Jarosław Majewski
prof. Marek Michalski
prof. Artur Nowak-Far
prof. Aurelia Nowicka
prof. Jerzy Pisuliński
prof. Michał Romanowski
prof. Grażyna Skąpska
prof. Andrzej Skoczylas
prof. Bogdan Szlachta
ks. prof. Krzysztof Warchałowski
prof. Paweł Wiliński

ZESPÓŁ REDAKCYJNY
Redaktor naczelny: prof. Wojciech Dajczak
Zastępca redaktora naczelnego: dr Adam Szafrański
Sekretarz redakcji: mgr Krzysztof Szczucki
ks. prof. Franciszek Longchamps de Bérier
dr hab. Michał Królikowski
dr Leszek Bosek

OPRACOWANIE REDAKCYJNE
Anna Kowalik
Skład: Janusz Świnarski
Przekład streszczeń: Anna Paszek
Projekt graficzny: item:grafika

ADRES REDAKCJI
Fundacja „Utriusque Iuris”
ul. Dobra 27/35
00-344 Warszawa
www.forumprawnicze.eu
redakcja@forumprawnicze.eu

Wersja papierowa „Forum Prawniczego” ma charakter pierwotny.

Projekt wspólnego europejskiego prawa sprzedaży – powrót do pytania o istotę tego, co wspólne dla nauki prawa

Do priorytetów polskiej prezydencji w zakresie działań Ministerstwa Sprawiedliwości należał projekt rozporządzenia w sprawie wspólnego europejskiego prawa sprzedaży (ang. *Common European Sales Law* – dalej: CESL)[1]. Prezydencja duńska kontynuuje te prace, ale projekt nie stanowi dla niej priorytetu[2]. Odmienność politycznej oceny wskazanego projektu wpisuje się w sygnalizowane już na łamach „Forum Prawniczego" kontrowersje co do tempa i metod ujednolicania prawa cywilnego[3]. Przedstawiony przez Komisję Europejską w październiku 2011 r. projekt rozporządzenia o wspólnym europejskim prawie sprzedaży jest z historycznego punktu widzenia następnym ogniwem prac, w toku których powstała tzw. wspólna rama odniesienia (ang. *Common Frame of Reference* – CFR). Obszerna CFR, przypominająca w istocie ideę europejskiej kodyfikacji prawa cywilnego, była propozycją polityczną i akademicką, która „umarła" dwa lata po opublikowaniu tekstu tej quasi-kodyfikacji[4]. Projekt CESL można postrzegać jako kolejną, po tzw. instrumencie opcjonalnym[5], próbę wykorzystania przez prawodawcę europejskiego choćby części dorobku naukowego i logistycznego, dzięki któremu powstała CFR. W uzasadnieniu projektu rozporządzenia o CESL akcentuje się, że jego wprowadzenie znacząco obniży koszty transakcyjne, bo pozwoli unikać wydatków związanych z koniecznością zapoznania się z prawem umów innych państw członkowskich i stosowania go w umowach transgranicznych[6]. Rozporządzenie ma bowiem dać możliwość wyboru reżimu prawnego określonego jako CESL stronom transgranicznej umowy dostawy, której przedmiotem są treści w formie elektronicznej (*digital contents*) lub transgranicznej umowy sprzedaży[7]. To szczególne prawo sprzedaży ma stać się – według projektu rozporządzenia – ele-

1 COM (2011) 635.

2 Zob. odpowiedź Igora Dzialuka – podsekretarza stanu w Ministerstwie Sprawiedliwości na zapytanie nr 211 w sprawie realizacji priorytetów polskiej prezydencji z obszarów działania Ministerstwa Sprawiedliwości. Posiedzenie Sejmu RP w dniu 16 lutego 2012 r.

3 Zob. W. Dajczak, *Wywiad z Reinhardem Zimmermannen*, „Forum Prawnicze" 2011, nr 1 (3), s. 8; W. Dajczak, *Wywiad z Christianem von Barem*, „Forum Prawnicze" 2011, nr 3 (5), s. 6.

4 H.W. Micklitz, F. Cafaggi, *Introduction* (w:) H.W. Micklitz, F. Cafaggi (ed.), *European Privat Law after Common Frame of Reference*, Cheltenham 2010, s. VIII.

5 COM (2010) 348.

6 COM (2011) 635, s. 2–4.

7 Art. 3 projektu rozporządzenia.

mentem narodowego porządku prawnego każdego z krajów członkowskich. W konsekwencji wybór CESL ma być według projektu rozporządzenia wyborem jednego z dwóch krajowych reżimów sprzedaży, który nie jest wyborem prawa w rozumieniu prawa międzynarodowego prywatnego[8]. Wybór taki ma dotyczyć umów, w których nabywcą jest konsument, albo transakcji między przedsiębiorstwami, z których co najmniej jedno musi być tzw. małym lub średnim przedsiębiorstwem[9]. Artykuł 13 proponowanego rozporządzenia daje możliwość poszerzenia jego stosowania przez kraje członkowskie na transakcje krajowe oraz zniesienia ograniczeń w korzystaniu z CESL przez przedsiębiorców. Przyjęcie jako podstawy prawnej dla wydania tego rozporządzenia art. 114 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej[10] (dalej: TFUE) otwarło – idącą jak dotąd najdalej – możliwość przekształcenia części dorobku dyskusji o ujednolicaniu prawa cywilnego w Europie w prawa obowiązujące we wszystkich krajach członkowskich UE. Ta sytuacja uruchomiła na przełomie roku 2011 i 2012 debatę o projekcie omawianego rozporządzenia. Proponowane w nim wspólne prawo sprzedaży obejmuje zarówno regulacje lokowane tradycyjnie w części ogólnej zobowiązań umownych (np. zasada swobody umów)[11], jak i przepisy zwykle umieszczane w regulacji umowy sprzedaży. Jednak nie te ciekawe dogmatycznie kwestie stanowią punkt ciężkości pierwszych miesięcy dyskusji o CESL. Na plan pierwszy wysunęły się pytania dotyczące zgodności z prawem i celowości proponowanego rozporządzenia. W tym kontekście sformułowano zasadnicze zarzuty. Jako *pars pro toto* wskażmy podstawowe zastrzeżenia, wyrażane przez prawników z dwóch wpływowych, choć rożnych tradycji prawnych – Anglii i Niemiec. W fundamentalny dla CESL argument redukcji kosztów transakcyjnych uderza powtarzany zarzut, iż wejście w życie rozporządzenia może w istocie koszty te podwyższyć, bo czyni prawną regulację sprzedaży bardziej skomplikowaną. Przyczyną tej złożoności jest zarówno fakt, iż regulacja CESL nie obejmuje wszystkich kwestii dogmatycznych związanych ze sprzedażą, co sprawi, że w zakresie nieobjętym rozporządzeniem konieczne będzie stosowanie praw krajowych[12], jak i brak realnej możliwości zapewnienia jednolitej interpretacji CESL w różnych krajach[13]. W dyskusji o CESL powróciły pytania o granice i możliwość szybkiego wprowadzenia jednolitego prawa cywilnego w Europie. Karl Riesenhuber w opinii dla niemieckiego parlamentu podniósł, że skoro celem proponowanego rozporządzenia nie jest harmonizująca zmiana praw krajowych, ale wprowadzenie do nich nowej „masy prawnej", to podstawą dla takiej ingerencji nie może być powołany w projekcie rozporządzenia art. 114 TFUE, lecz art. 352 tego Traktatu, wymagający politycznej jednomyślności krajów członkowskich[14]. Wyrażoną w tym kontekście myśl, że stworzenie wspólnego prawa sprzedaży w miejsce różnorodnych tradycji prawnych jest długofalowym zadaniem, można postrzegać jako parafrazę ocen wypowiadanych w toku dyskusji nad CFR. Podobnie przypomina poglądy wyrażane w toku dyskusji nad CFR sformułowana w opinii dla parlamentu brytyjskiego teza, iż projekt rozporządzenia CESL nie respektuje zasady subsydiarności, bo jego art. 13 – pozwalający na rozciągnięcie stosowania CESL na umowy krajowe – może zastąpić krajowe prawo konsumenckie i „w istocie doprowadzić to tego, że tylnymi drzwiami zostanie wprowadzona harmonizacja prawa kontraktów"[15].

Dyskusja o CESL nie jest zatem wolna od obaw, emocji i ocen, jakie towarzyszyły dyskusji o CFR. Przypomnijmy, że twórcom CFR przypisano ambicję stworzenia tekstu prawa prywatnego o autorytecie podobnym do *Corpus Iuris Civilis* w okresie przedko-

8 COM (2011) 635, s. 6.

9 Art. 7 projektu rozporządzenia.

10 Wersja skonsolidowana: Dz.Urz. UE C 83 z 30.03.2010, s. 96.

11 Art. 1 CESL.

12 Por. K. Riesenhuber, *Information über die Verwendung des Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht. Gedanken zum Harmonisierungskonzept*, „Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht" 2012, nr 1, s. 5–6.

13 Por. *Reasoned Opinion concerning a draft Regulation on a Common European Sales Law for the European Union* (w:) House of Commons. European Scrutiny Committee, *Forthy-seventh Report of Session 2010–12*, London 2011, s. 47–48.

14 K. Riesenhuber, *Der Vorschlag für ein „Gemeinsames Europäisches Kaufrecht" – Kompetenz, Subsidiarität, Verhältnismäßigkeit. Stellungsnahme* für den *Rechtsaussuchuss des Deutschen Bundestages*, http://ssrn.com/abstract=1998134 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1998134 (dostęp: 9 czerwca 2012).

15 *Reasoned Opinion…*, s. 48–49.

dyfikacyjnym[16]. Wobec tych oczekiwań i ocen praktyczne znaczenie ma pytanie o to, jak uprawiać naukę prawa prywatnego w Europie „po CFR". Przytoczone uwagi na temat CESL świadczą o istnieniu poważnych przeszkód do kontynuowania po upadku CFR europejskiej nauki prawa prywatnego w sposób właściwy twórcom wspólnej ramy odniesienia. Trafne natomiast jest postrzeganie – jako trwałego dorobku prac nad tym projektem – upowszechnienia się myśli, że „nauka prawa jest warta określenia nauka", gdy do jej istoty należy rozciągnięcie dyskusji prawniczej poza narodowe granice[17]. Inną niż CESL propozycją rozwoju odnowionej w ten sposób nauki prawa prywatnego jest idea podjęcia „drugiej generacji badań", pomyślanych jako krytyczne wykorzystanie dorobku prac nad CFR dla rozpoczęcia nowej dyskusji o możliwym kształcie europejskiego prawa prywatnego[18]. Istota tego projektu, promowanego przez Hansa-W. Micklitza i Fabrizia Cafaggiego, tkwi w sprzeciwie wobec metody redaktorów CFR, określonej jako „patrzenie wstecz". Miałoby ono polegać na „głębokim oparciu się" przy konstruowaniu CFR na pojęciach właściwych dla kodyfikacji pochodzących z dziewiętnastego stulecia[19]. Przywołaną w tym kontekście myśl o zmianie paradygmatu tworzenia prawa – z kodyfikacji na wielopoziomową regulację rynków[20] – można potraktować jako dodatkowy argument potwierdzający trafność diagnozy o obiektywnym stanie dekodyfikacji prawa prywatnego[21]. Jako fundamentalne cele opartej na takich założeniach „drugiej generacji badań" wskazano wypracowanie – uwzględniającego zmiany ekonomiczne – pojęcia kontraktu, wychodzącego poza klasyczną relację między dwoma podmiotami, oraz pojęcia deliktu, obejmującego także nowe formy odpowiedzialności wynikającej z samego udziału w określonej strukturze organizacyjnej[22]. Te idee stoją w opozycji do konstrukcji znanych z narodowych kodyfikacji czy też CFR. Można je odczytać jako dowód na to, że umiędzynarodowienie nauki prawa prywatnego rzeczywiście osłabiło lokalne monopole prawoznawstwa. W szerszej perspektywie historycznej postulat, aby z miejsca pozytywistycznego, zakotwiczonego w dziewiętnastowiecznej dogmatyce i metodologii podejścia do prawa prywatnego przenieść punkt ciężkości na pytanie o adekwatność regulacji cywilnoprawnej do jej kontekstu gospodarczego i społecznego, nie jest jednak nowością. W istocie jako osie innowacji w *civil law tradition* można wskazać rozumowania prawnicze odwołujące się przede wszystkim do dobrej wiary (*bona fides*), użyteczności (*utilitas*), sprawiedliwości (*aequitas*, *iustitia*), dobrych obyczajów (*officium*, *boni mores*) czy racjonalności (*naturalis ratio*). Jak dziś słyszymy zarzuty wobec formalizmu i pewnego anachronizmu dogmatyki obowiązujących kodyfikacji cywilnych, tak ich tworzeniu towarzyszyła krytyka skierowana przeciwko patrzeniu na rzeczywistość poprzez schemat rzymskich tekstów prawnych. Podnoszono wówczas, iż taki formalizm jest sprzeczny z właściwym dla rzymskiej jurysprudencji skupianiem uwagi na problemach życia i ekonomii[23]. W odnowionej europejskiej nauce prawa prywatnego powrócimy w istocie do tego, co było jej wspólne, gdy dzisiejszą refleksję nad prawem zobowiązań zaczniemy od następujących pytań: w jakich obszarach korzystanie z zasady swobody umów jest rzeczywiście możliwe i jak zakreślić jej granice? jak sprawiedliwie i racjonalnie zbudować dogmatykę tych obszarów, na których zmiany ekonomiczne praktycznie uniemożliwiają odwołanie się do paradygmatu wolnego rynku? jaki rozkład ryzyk, prowadzących do odpowiedzialności odszkodowawczej, wydaje się najsprawiedliwszy i najbardziej efektywny ekonomicznie? Takie spojrzenie na wyzwania europejskiej nauki prawa prywatnego można uznać za bliskie naszkicowanym postulatom „drugiej generacji badań po CFR". Trudno jednak zaakceptować powiązaną z tymi postulatami

16 N. Jansen, *Traditionsbegründung im europäischen Privatrecht*, „Juristen Zeitung" 2006, nr 11, s. 545; D. Dajczak, *Wywiad z Reinhardem Zimmermannen…*, s. 8.

17 Zob. E.H. Hondius, Towards *a European Civil Code. General Introduction* (w:) A.S. Hartkamp, M.W. Hesselink, E. Hondius, C. Mak, E. du Perron (eds.), *Towards European Civil Code*, wyd. 4, Nijmegen 2011, s. 19.

18 H.W. Micklitz, F. Cafaggi, *Introduction…*, s. IX–X.

19 H.W. Micklitz, F. Cafaggi, *Introduction…*, s. XI.

20 H.W. Micklitz, F. Cafaggi, *Introduction…* s. XI i XVIII.

21 Por. W. Dajczak, F. Longchamps de Berier, *Prawo rzymskie w czasach dekodyfikacji*, „Forum Prawnicze" 2012, nr 2 (10), s. 10.

22 H.W. Micklitz, C. Cafaggi, *Introduction…*, s. XII–XV.

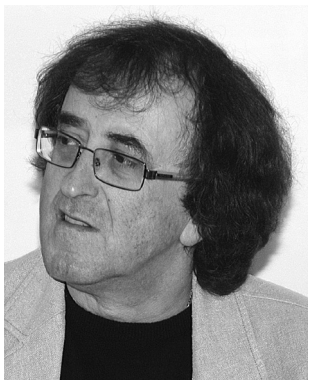
23 Zob. G. Radbruch, *Die Natur der Sache als juristische Denkform*, Darmstadt 1960, s. 29.

dychotomię, polegającą na przeciwstawieniu leżącej u podstaw CFR metody „patrzenia wstecz" skupieniu się na zmianach europejskiego prawa gospodarczego w ostatnim półwieczu. Fundamentalne, wspólne pytania o granice wolności, nakazy sprawiedliwości i testy ekonomicznej racjonalności prowokują, aby w imię obiektywizacji tych rozważań poszerzyć wyraźnie perspektywy naukowej dyskusji na ten temat. Warto spojrzeć głębiej „wstecz" i rekonstruować prawidłowości w ewolucji prawa w długiej perspektywie czasowej. Warto jeszcze wyraźniej pytać o praktyczny sens konwencjonalnego podziału na prawo publiczne i prywatne. Warto wreszcie w prawoznawstwie szerzej sięgać do osiągnięć innych nauk wspierających dyskusję o wartościach i zasadach w zmieniającym się dziś prawie. Idące w tym kierunku zmiany mogą stać się – obok osiągniętego już umiędzynarodowienia – kolejnym impulsem rozwoju odnowionej nauki prawa prywatnego, a w istocie wszystkich obszarów prawoznawstwa. Z perspektywy „Forum Prawniczego" refleksja ta jest argumentem na rzecz tak rozumianej otwartości czasopisma prawniczego.

Wojciech Dajczak

Jerzy Stelmach

Pozytywistyczne mity metody prawniczej



Jerzy Stelmach

Prawnik i filozof, profesor zwyczajny, Kierownik Katedry Filozofii Prawa i Etyki Prawniczej UJ.

Positivist Myths of Legal Method

The paper aims at identifying several methodological myths embraced by legal positivism. The first such myth is the claim that legal cognition has a logical structure; the second is the myth of the formal-dogmatic method; the third is that of Kelsen's normative method; and the fourth and final is the myth of legal analysis, or the faith in the fruitfulness of linguistic analysis. All these myths can – and should – be 'deconstructed' by observing that legal positivism offers no coherent epistemology, but rather a number of common sense directives; that the strength of the argument supporting the myths is minimal; that the methods of positivism are ineffective in legal practice; and that there exists an alternative to the positivist methodology – a conception of legal method based on epistemological pluralism and relativism.

1. Oskarżenie

Wszelako nie moje, lecz prokuratora berlińskiego Kirchmanna, który w 1848 r. wygłosił prawdopodobnie swoją najsłynniejszą mowę oskarżycielską. W odczycie zatytułowanym *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft* nie tylko krytycznie ocenił stan rozwoju nauki prawa, lecz uznał również, że wiedza, którą dysponują prawnicy, jest całkowicie bezwartościowa, więcej nawet: pasożytnicza, stwierdzając między innymi, że juryści stali się robakami, co żywią się zgniłym drzewem, odwracając się od tego, co zdrowe, gnieżdżą się i przędą swe włókna w tym, co chore, nauka prawa zaś staje się służebnicą przypadku, błędu, namiętności, niezrozumienia, będąc zapatrzona jedynie w przeszłość[1].

Oskarżenie Kirchmanna, skierowane w tamtym czasie przede wszystkim przeciwko dominującej w niemieckiej nauce prawa „szkole historycznej", stało się punktem wyjścia wielkiej debaty metodologicznej, trwającej w kontynentalnej Europie (w pewnym stopniu również w Anglii i Stanach Zjednoczonych) po dzień dzisiejszy. W Niemczech był to tak zwany nurt *Methodenlehre*, w którym

1 J.H. von Kirchmann, *Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, Berlin 1848.

pozytywizm prawniczy odgrywał z całą pewnością pierwszoplanową rolę.

Jakkolwiek pozycja pozytywizmu prawniczego w Europie kontynentalnej (zwłaszcza w Niemczech), czyli w systemach prawnych opartych na stanowieniu, była i jest wciąż niezwykle silna, to jednak nie można pominąć innych ważnych stanowisk filozoficznoprawnych, które miały również wpływ na przebieg prowadzonej debaty metodologicznej. Ograniczę się tutaj tylko do wymienienia tych stanowisk. Przede wszystkim byłby to szeroko rozumiany realizm prawny (a w obrębie tego nurtu zwłaszcza szkoła wolnego prawa: *Freirechtslehre* lub *Freirechtsbewegung*; szkoła realizmu skandynawskiego, psychologizm Petrażyckiego, a poza Europą szkoła amerykańskiego realizmu prawnego, socjologicznej jurysprudencji, aż po *Critical Legal Studies*). Niepodobna nie wspomnieć o kierunku (stanowisku) prawnonaturalnym, którego renesans w wieku XX następuje zwłaszcza po drugiej wojnie światowej, również w Niemczech[2]. W debacie metodologicznej ważny był wreszcie głos przedstawicieli teorii topicznych i argumentacyjnych (żeby wspomnieć o Viehwegu, Strucku, Habermasie i Alexym), jak również głos zwolenników hermeneutycznie zorientowanych filozofii interpretacji (zwłaszcza Gadamera i Kaufmanna). We wszystkich wymienionych przypadkach najważniejsze koncepcje formułowane były przede wszystkim na terenie niemieckiej filozofii i filozofii prawa. Wspomnieć należy również jeszcze o przynajmniej kilku innych istotnych stanowiskach, chociażby o nurcie neoliberalnym w filozofii prawa (którego najważniejszym reprezentantem jest Dworkin), a dalej o ekonomicznej analizie prawa (w wersji Posnera, ale nie tylko), czy wreszcie o rozwijających się obecnie kierunkach neurobiologicznych oraz bioetycznych w filozofii prawa.

Pierwszym byłby z pewnością mit poznania prawniczego jako poznania logicznego. Jest jednym z najwcześniejszych (znał go już bowiem wczesny pozytywizm kontynentalny, tak zwany *Gesetzespositivismus*), a równocześnie najbardziej trwałych mitów metodologicznych, wykształconych na gruncie pozytywizmu prawniczego.

2. Mity

Chciałbym tu nieco więcej uwagi poświęcić czterem, w moim przekonaniu najważniejszym, pozytywistycznym mitom metodologicznym[3].

Pierwszym byłby z pewnością mit poznania prawniczego jako poznania logicznego. Jest jednym z najwcześniejszych (znał go już bowiem wczesny pozytywizm kontynentalny, tak zwany *Gesetzespositivismus*), a równocześnie najbardziej trwałych mitów metodologicznych, wykształconych na gruncie pozy-

2 Por. K. Opałek, *Główne kierunki niemieckiej teorii i filozofii prawa po II wojnie światowej* (w:) J. Stelmach i R. Sarkowicz (red.), *Studia z teorii i filozofii prawa*, Kraków 1997, s. 17 i n.

3 Taki sam podział pozytywistycznych metod prawniczych wprowadzono w pozostającym w druku artykule J. Stelmacha i B. Brożka, *Metodologiczne dylematy pozytywizmu prawniczego* (w:) *Księga Pamiątkowa ku czci Andrzeja Zolla*, Kraków 2012.

tywizmu prawniczego. Zgodnie z tym mitem poznanie prawnicze ma strukturę logiczną. Prawo, będące dla zwolenników pozytywizmu wartością jednoznaczną i stałą, powinno dawać się interpretować za pomocą metod, które spełniają wymogi intersubiektywnej sprawdzalności i komunikowalności, a wymogi takie spełniają właśnie metody logiczne. Co więcej, przekonanie o „logiczności prawa" i „logicznym charakterze pracy prawnika" jest poglądem powszechnie przyjmowanym (nie tylko przez prawników). Bo przecież wszyscy chcą gwarancji i pewności. Ci, którzy prawnikami nie są, chcą wierzyć, że prawnicy wiedzą, co robią, i że posługują się transparentnymi metodami, a nie jakimiś kuglarskimi chwytami erystycznymi. Ostatecznie więc nikomu tak naprawdę nie zależy na dekonstrukcji tego mitu.

Przyjrzyjmy się mu zatem nieco uważniej. W pozytywizmie prawniczym mit metody prawniczej jako metody logicznej daje się powiązać, z jednej strony, z koncepcją tak zwanego sylogizmu prawniczego, z drugiej z zaś – z przekonaniem o istnieniu wyspecjalizowanej logiki prawniczej.

Na czym więc polega fenomen sylogizmu prawniczego? Przede wszystkim na tym, że sylogizmu takiego nie ma. To, na co się powołują prawnicy, rozważając przypadek sylogizmu prawniczego, żadnym sylogizmem nie jest, tylko jakąś bliżej nieokreśloną hybrydą poznawczą. Przesłanką większą jest w tym „sylogizmie" przecież norma, mniejszą – opisujące stan faktyczny zdanie, konkluzją zaś znów norma (lub ocena). Nie wchodząc w meandry sporu na temat znaczenia normatywnego, mogę niejako na skróty stwierdzić, że nie da się przeprowadzać rozumowań w oparciu o tak różne struktury semantyczne (równocześnie o normy, oceny i zdania). Uczciwie chcę jednak podkreślić, że zdaję sobie sprawę z problemu, który pokazuje między innymi „dylemat Jørgensena", dotyczący właśnie kwestii możliwości przeprowadzania rozumowań, gdzie normy są zarówno przesłankami, jak i konkluzjami tych rozumowań[4]. Przypomnę ten dylemat: 1. W myśl powszechnie akceptowanych standardów metodologicznych przesłankami i konkluzjami inferencji logicznych są wyłącznie zdania w sensie logicznym. 2. Normy nie są zdaniami w sensie logicznym. 3. Normy nie mogą występować jako przesłanki i konkluzje w inferencjach logicznych. 4. Można jednak podać przykłady rozumowań, którym trudno odmówić intuicyjnej ważności, gdzie normy występują w roli przesłanek i konkluzji. I w tym właśnie miejscu (pkt 4 dylematu) „pies jest pogrzebany". Pozytywizm prawniczy pomylił „intuicyjną" lub „zdroworozsądkową" ważność pewnych rozumowań, które przeprowadzają prawnicy, z ważnością ściśle „logiczną".

Przekonanie o istnieniu logiki prawniczej jest również powszechnie przyjmowane przez prawników. Mit ten jest wciąż silnie obecny zarówno w nauczaniu prawa, jak i w praktyce prawniczej.

Przekonanie o istnieniu logiki prawniczej jest również powszechnie przyjmowane przez prawników. Mit ten jest wciąż silnie obecny zarówno w nauczaniu prawa, jak i w praktyce prawniczej. Ile razy spierałem się na temat logiki prawniczej w ciągu ostatnich 30 lat, niepodobna zliczyć. Czym jest wobec tego logika prawnicza? Logiką formalną, w sensie klasycznego rachunku zdań, z całą pewnością nie jest. Logiką norm też nie, bo takiej logiki po prostu nie ma. Najczęściej mówi się o niej jako o logice praktycznej (logice rozu-

4 Zob. J. Jørgensen, *Impertatives and Logic*, „Erkenntnis" 1937/38, vol. 7.

mowań praktycznych), czyli pewnej logice działającej w przestrzeni rozumowań normatywnych. Tylko czy to w ogóle jest jeszcze jakaś logika? W moim przekonaniu oczywiście nie. Wszystkie bowiem argumenty, topiki, reguły i zasady, którymi ta „logika" mogłaby się posłużyć, są podważalne. Nawet uznawany za najsilniejszy argument *a fortiori* (zarówno w wersji *a minori ad maius*, jak i *a maiori ad minus*), jako argument logiczny daje się obalić, co w polemice z Kalinowskim wykazał Perelman[5]. Cóż więc w istocie mamy? Szereg intuicyjnie ważnych argumentów i topik prawniczych, oraz zbiór wszelkiego rodzaju zdroworozsądkowych reguł i zasad, które z całą pewnością nie tworzą żadnego spójnego systemu logicznego.

Drugim byłby mit metody formalno-dogmatycznej, którego powstanie zawdzięczamy odmianie pozytywizmu określanej mianem *Begriffsjurisprudenz*.

Drugim byłby mit metody formalno-dogmatycznej, którego powstanie zawdzięczamy odmianie pozytywizmu określanej mianem *Begriffsjurisprudenz*. Czas wielkich kodyfikacji w Niemczech sprzyjał debacie metodologicznej. Mówiono o potrzebie stworzenia nowej paradygmatycznej metody prawniczej, wykorzystującej dotychczasowy dorobek nauki prawa. W metodzie tej miały zostać połączone w jedną całość cztery, wcześniej nierzadko oddzielnie ujmowane, elementy myślenia prawniczego, a mianowicie element dogmatyczny (interpretacja winna zawsze pozostawać w ścisłym związku z obowiązującym prawem), krytyczny (interpretacja winna zawierać pewien moment krytyczny), porównawczy (interpretacja winna uwzględniać szerszy kontekst systemowy) oraz analityczny (interpretacja ma być przede wszystkim analizą językową kluczowych dla prawa pojęć). Mit metody formalno-dogmatycznej jest wciąż silnie zakorzeniony w myśleniu i języku prawników kontynentalnych. Równocześnie jest to metoda, w której istnienie wierzy większość prawników, ale której tak naprawdę nikt jeszcze jednoznacznie nie opisał. W tym upatrywałbym jedną z ważniejszych przyczyn ułomności kształcenia prawniczego w Europie kontynentalnej, bo o metodzie formalno-dogmatycznej mówi się nieustannie, nie podając równocześnie rzetelnego opisu i przykładów zastosowania tej metody. W przywoływanym na wstępie nurcie *Methodenlehre* rozważania na temat metody formalno-dogmatycznej były również stale obecnym motywem rozważań. Wiara w istnienie takiej metody, jako paradygmatycznej dla systemów prawnych opartych na stanowieniu, pozostaje niezachwiana do dnia dzisiejszego. I wszystko wygląda przekonywająco, aż do momentu, gdy ktoś zażąda demonstracji tej metody, czyli podania przykładu zastosowania jej do rozwiązywania konkretnych przypadków trudnych w prawie. Wówczas okazuje się, że tak naprawdę mamy tylko zbiór, skądinąd interesujących, życzeń i postulatów (pewien ogólny projekt metodologiczny), zamiast dającej się w praktyce interpretacyjnej wykorzystać metody.

Trzecim byłby mit czystej metody normatywnej, czyli mit *Reine Rechtslehre* Kelsena. W moim przekonaniu normatywizm, uznawany za „twardą" odmianę pozytywizmu prawniczego, zbudowany został na ontologicznej i epistemologicznej fikcji. Kelsen chciał zaproponować koncepcję prawa i metody prawniczej wolną od wad, którymi w jego przekonaniu obciążone były inne wcześniejsze filozofie prawa, również te pozytywistyczne. Filozofiom tym zarzucał w szczególności, że błędnie definiują prawo, mieszając elementy

5 Zob. J. Stelmach, *Kodeks argumentacyjny dla prawników*, wyd. I, Kraków 2003, s. 76 i n.

ze sfery bytu (*Sein*) z elementami ze sfery powinności (*Sollen*). Jego ambicją było więc stworzenie „czystej nauki prawa", badającej prawo wyłącznie jako „powinność". A co ostatecznie powstało? Skrajna teoria prawa, niestety w wielu punktach antynomiczna, całkowicie oderwana od „rzeczywistości prawa działającego", czyli od praktyki prawniczej.

Początkiem łańcucha nieporozumień było założenie, że prawo jest zjawiskiem wyłącznie ze sfery „czystej powinności". Językowym zaś wyrazem „powinności prawnej" jest norma prawna, definiowana przez Kelsena w sposób, który zresztą może budzić poważne wątpliwości. Chcąc uratować „autonomię normy prawnej" pojmowanej jako „atom prawa", postanawia Kelsen zapowiedzianą autonomię normy prawnej natychmiast zakwestionować, wpisując ją w większą całość, to znaczy w system normatywny.

Trzecim byłby mit czystej metody normatywnej, czyli mit *Reine Rechtslehre* Kelsena. W moim przekonaniu, uznawany za „twardą" odmianę pozytywizmu prawniczego normatywizm zbudowany został na ontologicznej i epistemologicznej fikcji.

To pierwsza z antynomii, ale z pewnością nie ostatnia. Uznając, że norma prawna może istnieć tylko w systemie, Kelsen zaczyna się miotać pomiędzy różnymi koncepcjami systemu: statycznym, dynamicznym i mieszanym. Oczywiście, koncepcja systemu statycznego jest wprost sprzeczna z ideą normatywizmu. Po pierwsze dlatego, że zakłada ona powiązania „inferencyjne" pomiędzy normami w systemie, czyli powiązania wprost treściowe (faktyczne). Po drugie zaś dlatego, że norma najwyższa w systemie statycznym to – zdaniem Kelsena – norma o najwyższej (w sensie aksjologicznym) wartości, czyli norma zawierająca określoną treść, a tym samym istniejąca w sposób faktyczny. Z kolei dynamiczne ujęcie systemu z całą pewnością nie wyczerpuje bogactwa powiązań zachodzących pomiędzy normami w systemie prawa. Założenie, że powiązania te mają wyłącznie charakter formalny (kompetencyjny), jest dla prawnika nie do przyjęcia. A do tego zaproponowana przez Kelsena konstrukcja normy podstawowej (*Grundnorm*) jest w najwyższym z możliwych stopni niejasna. Wydaje się, że niezależnie od intencji samego Kelsena, norma podstawowa zawiera (musi zawierać) również element faktyczny (posiadać jakąś treść), by mogła spełnić swoją legitymującą funkcję dla całego systemu. Od Kelsena dowiadujemy się o „normie podstawowej" zaledwie tyle, że jest to „norma pomyślana" lub „sfingowana". Czyli w istocie nie dowiadujemy się niczego. No i wreszcie system mieszany: ten jest oczywistą ontologiczną hybrydą, powrotem do pozytywizmu, który przecież Kelsen sam krytykował i odrzucał[6].

A czym wobec tego jest w sensie metodologicznym *Reine Rechtslehre*? Przede wszystkim tym, co jego koncepcja prawa (normy i systemu), czyli również mitem, tylko że w tym przypadku epistemologicznym. Zresztą Kelsen nigdzie nie przedstawił interpretacji *Reine Rechtslehre* jako koncepcji metodologicznej, ograniczając się do ogólniejszego stwierdzenia, zgodnie z którym zadaniem *Reine Rechtslehre* ma być badanie prawa pojmowanego jako „czysta powinność". Jest to trochę za mało jak na metodologię, która miałaby znaleźć jakieś praktyczne zastosowanie. W rezultacie

6 Zob. J. Stelmach, *Norma podstawowa* (w:) J. Stelmach (red), *Studia z filozofii prawa*, t. I, Kraków 2001, s. 63 i n.

znów zamiast „rzeczywistej", w sensie: „stosowalnej", mamy „życzeniową" (żeby posłużyć się pojęciem samego Kelsena), „sfingowaną" metodologię prawa.

Czwartym, ostatnim, byłby wreszcie mit analizy prawniczej. Określenie tego mitu mianem „analizy prawniczej" pochodzi ode mnie. Sam zaś „mit analizy" istniał naprawdę, a w pewnym okresie był w nauce prawa niezwykle żywotny, również w Polsce (chodzi o lata 70. i 80. ubiegłego wieku). Pochodzące z filozofii analitycznej przekonanie, że badanie języka jest kluczem do uprawiania filozofii oraz jedynym uprawnionym rodzajem interpretacji, zostało z entuzjazmem przyjęte przez znaczną część europejskich prawników (bardziej przez filozofów i teoretyków prawa niż dogmatyków), a działo się to pod niewątpliwym wpływem wydanej w 1961 r. przez Harta pracy *The Concept of Law*. Mimo że jako prawnik i filozof byłem wykształcony w „duchu analitycznym", to jednak nigdy nie rozumiałem tego całego „zachłyśnięcia" się metodą analityczną przez filozofów i prawników[7]. Przyjmując bezkrytycznie analityczny punkt widzenia, bardzo łatwo popaść w przesadę, polegającą na nadmiernym fetyszyzowaniu (mitologizowaniu) analizy językowej, a w konsekwencji na przypisywaniu jej znaczenia, którego ta metoda już z pewnością nie ma. Rezultaty analizy językowej są przeważnie dość ubogie, dają nam bowiem wiedzę, którą intuicyjnie już zwykle posiadamy. Ponadto w sytuacjach, gdy przedmiotem interpretacji jest tak zwany „przypadek trudny", analiza staje się najczęściej metodą dalece niewystarczającą. Wątpliwości może budzić również i ta okoliczność, że w przypadku „analizy prawniczej", w istocie, relatywizujemy nasze rozumienie prawa do reguł wykładni języka (potocznego, prawnego i prawniczego). Grozi to ostatecznym pomieszaniem ontologicznego i metodologicznego aspektu rozważań nad prawem. Mam nieodparte wrażenie, że w przypadku analitycznie zorientowanego pozytywizmu prawniczego z takim pomieszaniem mamy często do czynienia.

Od Kelsena dowiadujemy się o „normie podstawowej" zaledwie tyle, że jest to „norma pomyślana" lub „sfingowana". Czyli w istocie nie dowiadujemy się niczego.

Na czym więc ma ostatecznie polegać „analiza prawnicza"? Paradygmatyczna, dla zwolenników stosowania analizy lingwistycznej w prawie, filozofia Harta (zwłaszcza praca *The Concept of Law*) tak naprawdę nie zajmuje się problemem metody prawniczej. Zajmuje się natomiast pojęciem prawa oraz innymi pojęciami granicznymi (na przykład pojęciem moralności). Hart pokazuje, jak te pojęcia mogą być przy wykorzystaniu analizy językowej badane. I tylko tyle. O metodzie interpretowania „prawa w działaniu" nie ma, poza całkiem ogólnymi presupozycjami, w ogóle mowy. Znów więc mamy bardzo popularną i powszechnie akceptowaną metodę, której *de facto* nie ma!

Warto na koniec zwrócić jeszcze uwagę na powiązania istniejące pomiędzy poszczególnymi pozytywistycznymi mitami metodologicznymi, zwłaszcza mitem metody formalno-dogmatycznej i mitem analizy prawniczej. Hart, definiując pozytywizm prawniczy, już na początku stwierdza, że pozytywizm to pewna teoria nauk prawnych, postulująca jako przedmiot prawoznawstwa prawo pozytywne, a jego narzędzie właśnie metodę formalno-dogmatyczną[8].

7 Piszę o tym więcej w artykule *Dylematy analitycznej filozofii prawa* (w:) J. Hartman (red.), *Filozofia i logika. W stronę Jana Woleńskiego*, Kraków 2000, s. 201 i n.

8 H.L.A. Hart, *Legal Positivism* (w:) *The Encyclopedia of Philosophy*, New York 1967, t. IV, s. 418 i n.; J. Woleński, *Wstęp. Harta Pojęcie prawa* (w:) H.L.A. Hart, *Pojęcie prawa*, Warszawa 1998, s. XIII i n.

3. Dekonstrukcja

Pora więc zastanowić się nad możliwymi sposobami dekonstrukcji pozytywistycznych mitów metody prawniczej. Pomocne w tym procesie mogą okazać się argumenty, które chciałbym podzielić na cztery względnie różne grupy.

Pierwszą z grup stanowią argumenty pozwalające wykazać, że w przypadku pozytywizmu prawniczego w ogóle nie mamy do czynienia z metodą poznania (interpretacji) jako taką, ani żadną spójną epistemologią, lecz zaledwie ze zbiorem zdroworozsądkowych postulatów, prognoz i wyobrażeń (nierzadko typu normatywnego), przy równoczesnym braku opisu samej metody oraz procedury jej zastosowania w konkretnych przypadkach interpretacyjnych. Czym jest idea sylogizmu prawniczego i całej logiki prawniczej, jeśli nie metodologicznym mitem? Przecież sylogizm taki, jako sylogizm logiczny, w ogóle nie istnieje, podobnie jak nie istnieje logika prawnicza – przynajmniej jako logika rozumiana w sensie formalnym. Podobnie rzecz się ma z *Reine Rechtslehre* Kelsena. Przecież koncepcja

> **Czwartym, ostatnim byłby wreszcie mit analizy prawniczej.**

ta, zarówno w wariancie ontologicznym, jak i epistemologicznym, poza sferą „czystej spekulacji" nie ma żadnej racji bytu[9]. Gdy zaś idzie o tak zwaną analizę prawniczą, to jej elementy z całą pewnością są przez prawników wykorzystywane. Tyle tylko, że nie jest to żadne odkrycie pozytywizmu prawniczego. Prawnicy analizą językową (różnymi odmianami wykładni językowej) posługiwali się od zawsze i z całą pewnością nie jest to żaden „wynalazek" – ani dawniejszego pozytywizmu prawniczego, ani jego współczesnych analitycznych odmian.

Celem drugiej grupa argumentów jest wykazanie, że „siła uzasadnień" twierdzeń fundujących poszczególne pozytywistyczne mity metodologiczne jest niewielka, a w każdym razie nie jest ona większa niż „siła uzasadnień" twierdzeń przeciwnych. Zwolennicy pozytywizmu prawniczego nie znoszą tego typu argumentów, godzących przecież w najważniejsze pozytywistyczne przekonania. A tymczasem, czy się to komu podoba, czy nie, w zasadzie każdej „pozytywistycznej tezie" daje się przyporządkować pewną „niepozytywistyczną antytezę". I tak na przykład twierdzeniu, że poznanie prawnicze jest logiczne, można przyporządkować twierdzenie, że logiczne oczywiście nie jest. Tezie, że poznanie prawnicze ma systematyczny (dedukcyjny) charakter, z kolei tezę, że takiego charakteru nie ma, lecz że ma właśnie charakter topiczny (indukcyjny). Czy wreszcie ustaleniu, że istnieje jedynie uprawniona metoda prawnicza – ustalenie, że metod tych może być więcej.

Kolejną, trzecią grupę, stanowią argumenty wykazujące nieskuteczność i nieefektywność metod pozytywistycznych. Metody te bowiem nie działają dobrze albo nie działają wcale. W imię takich wartości, jak formalnie pojmowana sprawiedliwość oraz pewność prawa (*Rechtssicherheit*), pozytywizm prawniczy propagował „metody", które są zarazem nieskuteczne i ekonomicznie nieefektywne. Metody te mają służyć tylko jednemu celowi, a mianowicie badaniu obowiązującego prawa. Prawo zaś obowiązuje nawet wówczas, gdy już nie działa, gdy nie spełnia żadnego z możliwych kryteriów efektywności[10]. W dobie wielkich cywilizacyjnych zmian, poważnych, pojawiających się z coraz większą częstotliwością kryzysów ekonomicznych, system myślenia prawniczego oparty przede wszystkim na „zasadzie bezwładności" (*Prinzip*

9 Zresztą również na poziomie „spekulacji" koncepcja *Reine Rechtslehre* nie jest przecież wolna od błędów i sprzeczności.

10 W grę może wchodzić kilka różnych kryteriów (rodzajów) efektywności, na przykład „kryterium maksymalizacji bogactwa społecznego" opisane przez Posnera, następnie kryteria Pareto oraz Kaldora-Hicksa, czy wreszcie kryterium efektywności rozumianej jako analiza kosztów marginalnych. Więcej na ten temat J. Stelmach, B. Brożek, W. Załuski, *Dziesięć wykładów o ekonomii prawa*, Warszawa 2007, s. 25 i n.

der Trägheit), który doprowadził do powstania porządków prawnych do granic rozsądku przeregulowanych, sformalizowanych i zbiurokratyzowanych, oczywiście nie może dobrze działać; no i nie działa! W konsekwencji taki system najczęściej „reaguje" na dokonujące się zmiany albo zbyt późno, czyli już po fakcie, albo nie reaguje wcale, bo już i tak nie ma po co.

Celem ostatniej, czwartej grupy argumentów, jest pokazanie alternatywy metodologicznej, zaproponowanie koncepcji metody prawniczej opartej na idei relatywizmu i pluralizmu epistemologicznego.

Poznawczy relatywizm opiera się na przekonaniu, że nie istnieje żadna absolutna, obiektywna wiedza, jak również żadna szczególna, uprzywilejowana metoda prawnicza. Ostatecznie wszystko w poznaniu prawniczym jest względne, łącznie z samym przedmiotem tego poznania, czyli prawem. Prawo powstaje bowiem albo jako rezultat procesu interpretacji, albo jako rezultat otwartego, podlegającego ciągłym zmianom dyskursu społecznego. W konsekwencji, gdy idzie o treść i formę prawa, nic nie jest stałe, dane raz na zawsze (jak chcieliby tego zwolennicy „twardego" pozytywizmu). Prawo jest „po", a nie jak chce tego pozytywizm prawniczy „przed". W jednym z możliwych ujęć „prawa nie ma przed interpretacją", w drugim zaś „prawa nie ma przed dyskursem". „Konkretne prawo" zależy więc albo od tego, jaką metodą interpretacyjną posłużymy się w danym przypadku, albo od zmiennych rządzących przebiegiem dyskursu społecznego, w szczególności zaś od zmiennych historycznych, politycznych, ekonomicznych oraz aksjologicznych.

Metodologiczny pluralizm w odniesieniu do poznania prawniczego oznacza akceptację twierdzenia głoszącego istnienie wielu niewspółmiernych metod, którymi może posłużyć się prawnik: zarówno metod logicznych i językowych, jak i metod ekonomicznych, ze szczególnym uwzględnieniem ekonomicznej analizy prawa, metod argumentacyjnych, a nawet metod hermeneutycznych. Wyboru określonej metody lub metod dokonuje się w procesie „ważenia", w którym uwzględnionych winno być szereg czynników: przede wszystkim rodzaj oraz stopień trudności interpretowanego przypadku, kontekst interpretacyjny, metodologiczne nawyki samego interpretatora, czy wreszcie – dominująca tradycja interpretacyjna.

Dopiero w ten sposób możemy z „poziomu mitu" (czyli z poziomu teorii lub metateorii) przejść do „poziomu praktyki" interpretacyjnej.

Lóránt Csink i Johanna Fröhlich

Ustawa zasadnicza Węgier – uwagi wstępne i możliwe konsekwencje

The New Hungarian Basic Law – Preliminaries and Consequences

Johanna Fröhlich

Wykładowca w Katedrze Prawa Konstytucyjnego na Katolickim Uniwersytecie Pétera Pázmánya oraz doradca węgierskiego Trybunału Konstytucyjnego. Stypendystka Instytutu Maxa Plancka.

Lóránt Csink

Adiunkt w Katedrze Prawa Konstytucyjnego na Katolickim Uniwersytecie Pétera Pázmánya i starszy doradca w Biurze Rzecznika Praw Podstawowych. Autor około 60 publikacji z zakresu prawa konstytucyjnego i prawa porównawczego.

The Basic Law is almost beyond its first half year but in several questions the constitutional adjudication is still unknown. In certain issues the Basic Law introduced significant novelties (while other issues remained unaltered) and it is an open question how the judiciary and especially the Constitutional Court will apply the particular regulations. The role the political atmosphere plays in the constitutional system of a given country can hardly be neglected in the evaluation of the constitutionalism of a state; however, it is out of the scope of legal sciences in a narrow sense. Therefore, in order to introduce the Basic Law of Hungary, the text of the constitution was used as a starting point, as the interpretation and the application of the new constitution in practice has not developed yet. We focus on three issues. Firstly, on the creation of the Basic Law, secondly, the philosophical background and the general questions, and finally we point out the most significant changes in the Hungarian state organisation and the field of human rights. We emphasise that the constitution cannot be regarded as equal with its mere text. The role of the constitution is not only to lay down the basic rules of the constitutional system and to recognise human rights. To a certain extent it has to be a flexible, open document which can conform to the changing circumstances, and which is highly influenced by the constitutional culture and the course of interpretation. The new Hungarian Basic Law will serve as a good example of the fragile relation between the constitutional norm and the constitutional reality.

Prezentacja i ocena nowej ustawy zasadniczej w tekście o stosunkowo niewielkiej objętości jest zadaniem trudnym, jeśli nie niemożliwym. Ład konstytucyjny danego kraju zależy ogólnie od trzech czynników: po pierwsze – od samego tekstu konstytucji; po drugie –

od jej interpretacji i praktyki stosowania; po trzecie – od ogólnej atmosfery politycznej danego kraju[1].

Na Węgrzech obowiązywać niedawno zaczęła nowa Ustawa zasadnicza – dlatego też brakuje jeszcze oceny szeregu rozwiązań obecnych w rzeczonej konstytucji. Ustawa zasadnicza wprowadza w pewnych obszarach istotne zmiany – podczas gdy w części pozostawiła rozwiązania, które obowiązywały już wcześniej. Otwartym zatem pozostaje pytanie, jak określone przepisy będą stosowane przez sądownictwo, zwłaszcza przez węgierski Trybunał Konstytucyjny (dalej: TK). Można się także zastanawiać nad tym, jaką rolę odgrywa atmosfera polityczna w systemie konstytucyjnym określonego państwa. Czynnik ten – choć nie znajduje się w ścisłym obszarze zainteresowań nauk prawnych – nie powinien być pomijany przy ocenie konstytucyjności ustroju.

Ład konstytucyjny danego kraju zależy od trzech czynników: od samego tekstu konstytucji, od jej interpretacji i praktyki stosowania i od ogólnej atmosfery politycznej danego kraju.

Z tego też powodu, aby przedstawić Ustawę zasadniczą Węgier, uwagę skupiać będziemy na trzech zagadnieniach: procesie jej tworzenia; kwestiach ogólnych i tle światopoglądowym; ukazaniu najistotniejszych zmian w węgierskim ustroju państwowym i w obszarze praw człowieka.

1. Droga do uchwalenia

Tło historyczne

Zasady odnoszące się do struktur państwa, relacji pomiędzy obywatelami i władzami publicznymi, jak i ustroju społeczno-gospodarczego na Węgrzech – do XX wieku nie były ujęte w jednym dokumencie. Można to wytłumaczyć tym, iż od XVI wieku Węgry pozostawały w ciągłej relacji podległości wobec obcej władzy. Podlegając zaś zaborczym siłom, kraj nie miał możliwości stworzenia swej własnej konstytucji – praktycznie do początku lat 90. minionego stulecia.

Dlatego też węgierscy politycy i teoretycy często odnosili się do „historycznej konstytucji" jako symbolu niepodległości i suwerenności państwa. Pierwsze elementy tak zwanej doktryny Świętej Korony sięgają średniowiecza i rządów króla (świętego Stefana), który zjednoczył węgierskie plemiona w jeden organizm państwowy, a także Złotej Bulli Andrzeja II (króla Węgier) z roku 1222, określającej prawa przysługujące wspólnocie politycznej. Wiele dokumentów składających się na ową „historyczną konstytucję" było tworzonych przez wieki – nigdy jednak nie doprowadziły do powstania spójnego systemu konstytucyjnego.

Pierwsza próba spisania konstytucji była podjęta w okresie istnienia Węgierskiej Republiki Rad w 1919 roku. Po II wojnie światowej ważnym wydarzeniem była ustawa nr I z 1946 roku. Odnosiła się ona jednak tylko do zagadnień związanych z organizacją ustroju państwa – proklamowała republikę, przekazywała władzę wykonawczą w ręce rządu podległego parlamentowi. Republikanizm i parlamentaryzm nie trwały jednak długo i pod naciskiem władz sowieckich w 1949 r. Węgry zostały republiką ludową, i podobnie jak w innych krajach Europy Środkowo-Wschodniej także konstytucję Węgier zredagowano podług marksistowskiej wizji. Nie wprowadzała ona podziału władzy zgodnie z teorią Monteskiusza – nie zawierała również gwarancji podstawowych praw.

Czterdzieści lat później system komunistyczny w Europie Wschodniej upadał, a każde państwo re-

1 Szerzej M. Duverger, *A New Political System Model. Semi Presidential Government* (w:) A. Lijphart (ed.), *Parliamentary Versus Presidential Government*, Oxford University Press, New York 1992, s. 146.

gionu zaczynało szukać swej własnej drogi w kierunku ustroju demokratycznego. Miała to być jednak długa podróż.

W czerwcu 1989 r. rozpoczęły się obrady węgierskiego opozycyjnego Okrągłego Stołu, a we wrześniu zaczęto negocjacje z partią komunistyczną dotyczące zmiany ustroju politycznego i uformował się tzw. Narodowy Okrągły Stół, który dążył przede wszystkim do przeprowadzenia wolnych wyborów, nie uważając się przy tym za narodową reprezentację opowiadającą się za konstytucjonalizacją (ustroju). Niemniej jednak, węgierski demokratyczny system konstytucyjny wyrasta z korzenia okrągłostołowych rozmów. Przed wolnymi wyborami parlament przyjął poprawkę do Konstytucji, która w istotny sposób zmieniała system konstytucyjny, przekształcając kraj w demokratyczną, niepodległą republikę, stwierdzając jednocześnie, że Węgry są państwem prawa. Po wyborach doszło jednak do porozumienia pomiędzy konserwatywnym Węgierskim Forum Demokratycznym (*Magyar Demokrata Fórum* – MDF) a największą partią opozycyjną Związkiem Wolnych Demokratów (*Szabad Demokraták Szövetsége* – SZDSZ) w kwestii zmiany Konstytucji, w kierunku pozwalającym na stabilizację rządów. Węgierski system konstytucyjny w latach 1989–2011 opierał się więc w praktyce na tych dwóch poprawkach.

W okresie zmiany ustroju politycznego oczywiste było dla opozycji, że po wyborach należy opracować formalnie nową konstytucję. Atmosfera polityczna nie sprzyjała jednak tej idei – partie nie mogły dojść do porozumienia w odmienionych realiach społecznych[2]. Dlatego też odłożono tymczasowo kwestię przyjęcia nowej ustawy zasadniczej. Również rząd wycofał ustawy o treści uzgodnionej w trakcie negocjacji[3] Trójkątnego Stołu[4]. Tymczasowość zastosowanego rozwiązania znalazła odzwierciedlenie w preambule Konstytucji z 1949 r. po zmianach wprowadzonych w końcówce lat 80.

Węgierscy politycy i teoretycy często odnosili się do „historycznej konstytucji" jako symbolu niepodległości i suwerenności państwa.

Po transformacji w węgierskim systemie politycznym funkcjonowały trzy główne grupy: narodowo-konserwatywna koalicja rządząca[5], liberałowie (Fidesz[6] i SZDSZ) oraz lewicowa Węgierska Partia Socjalistyczna (*Magyar Szocialista Párt* – MSZP). W 1994 r., częściowo z powodu rozczarowania skutkami transformacji, MSZP wygrała wybory i utworzyła koalicję z liberalną SZDSZ.

Jednym z najważniejszych celów koalicji rządzącej – jak i każdej innej partii – było przyjęcie nowej konstytucji. Rządowym dekretem o planie działań nad projektem konstytucji zadanie opracowania nowej ustawy zasadniczej zostało powierzone ministrowi sprawiedliwości. Robiąc krok w kierunku opozycji, koalicja rządząca zgodziła się przyjąć poprawkę do Konstytucji, zgodnie z którą przyjęcie parlamentarnego rozporządzenia zawierającego szczegółowe wytyczne na temat procesu opracowywania i przyjmowania nowej konstytucji miało odbywać się większością czte-

2 Próby stworzenia konstytucji opisał L. Trócsányi, *The Creation of the Basic Law of Hungary* (w:) L. Csink, B. Schanda, A.Zs. Varga (eds.), *The Basic Law of Hungary. A First Commentary*, Clarus Press, Dublin 2012, s. 3–7.

3 A. Rácz, *Remodelling the System of Legal Protection in Hungary* (w:) „Acta Juridica Hungarica" 2005, nr 3–4, s. 151.

4 Tworzyły go Węgierska Socjalistyczna Partia Robotnicza (*Magyar Szocialista Munkáspárt* – MSZMP), opozycja oraz organizacje społeczno-polityczne, które rozpoczęły rozmowy dotyczące zmiany ustroju państwowego na demokratyczny (przyp. tłum.).

5 Węgierskie Forum Demokratyczne, Niezależna Partia Drobnych Posiadaczy (*Független Kisgazdapárt* – FKGP), Chrześcijańsko-Demokratyczna Partia Ludowa (*Kereszténydemokrata Néppárt* – KDNP).

6 Związek Młodych Demokratów (*Fiatal Demokraták Szövetségé* – Fidesz).

rech piątych głosów parlamentarzystów. Zasada ta miała obowiązywać jedynie do wygaśnięcia kadencji parlamentu w składzie wybranym podczas wyborów 1994 roku[7].

Wskutek rozdrobnienia celów politycznych i pomysłów dotyczących systemu konstytucyjnego oraz dużego opóźnienia prac nad projektem – ostateczny jego szkic został przesłany parlamentarzystom dopiero 10 marca 1997 roku. Kadencja skończyła się jednak sześć dni później – przez co projekt nie został przyjęty w głosowaniu, a nowa konstytucja na długo została pozbawiona szansy wejścia w życie.

W 1998 r. Fidesz po raz pierwszy wygrał wybory. Cztery lata później MSZP i SZDSZ odzyskały władzę i od 2002 r. partie lewicowe rządziły krajem. Jednak z powodu poważnego kryzysu gospodarczego i politycznego – w następnych ośmiu latach Fidesz zyskał pozycję największej konserwatywnej prawicowej partii na Węgrzech, a w 2010 r. wraz z satelickim ugrupowaniem KDNP wygrał wybory[8] przytłaczającą większością głosów i zdobył większość dwóch trzecich miejsc w parlamencie.

Proces uchwalania w latach 2010–2011

Pomimo słabości systemu konstytucyjnego z 1989 r. zarówno wspólnota polityczna, jak i konstytucjonaliści teoretycy przyzwyczaili się do funkcjonujących rozwiązań. Konstytucyjne orzecznictwo miało w tym procesie swój istotny udział, a wskutek interpretacji Konstytucji niemal wszystkie siły polityczne odnajdywały podstawowe zasady i wartości w tekście, który chciały opracować.

Zdobywszy większość dwóch trzecich w powszechnym wyborach parlamentarnych, partia rządząca poczuła się uprawniona i zobowiązana do napisania nowej konstytucji. Przypuszczamy, że przyczyny podjęcia kroków zmierzających w kierunku stworzenia nowej ustawy zasadniczej były raczej polityczne niźli prawne – partia rządząca informowała, że wspólnota polityczna aspirowała do ustanowienia nowej podstawy ładu społecznego.

W początkowych stadiach prac opracowywanie tekstu zdawało się opierać na konsensusie – Parlament naprędce powołał komisję odpowiedzialną za stworzenie podstawowych zasad i reguł dotyczących nowej konstytucji. W komisji zasiadali przedstawiciele wszystkich ugrupowań obecnych w parlamencie. Po pewnym czasie jednak – z powodu bieżących zatargów politycznych – socjalistyczna MSZP i liberalna LMP zdecydowały się nie uczestniczyć w dalszych pracach komisji[9]. Od tego momentu stało się jasne, że nowa konstytucja będzie owocem rządzących ugrupowań, a nie politycznego kompromisu wypracowanego przez wszystkie partie.

Partie rządzące delegowały trzy osoby (dwie zasiadające w krajowym parlamencie i jedną z Parlamentu Europejskiego) do wspólnego z rządem opracowania tekstu nowej konstytucji. W trakcie prac zarys projektu był przedstawiany na wielu forach międzynarodowych, w tym także na forum Europejskiej Komisji na rzecz Demokracji przez Prawo (tzw. Komisji Weneckiej)[10].

Partie socjalistyczna i liberalna nie brały udziału w debacie parlamentarnej. Radykalny Jobbik i niezależni członkowie parlamentu głosowali przeciwko projektowi, który został ostatecznie przyjęty 18, a ogłoszony 25 kwietnia 2011 roku.

7 Pojawiały się nieustannie głosy krytyki, że Fidesz nie przestrzegał ustanowionych zasad podczas prac nad nową konstytucją. Ustawa nr XLIV z 1995 r. nowelizująca Konstytucję wyraźnie jednak stwierdzała, że zasada czterech piątych obowiązywała wyłącznie do końca kadencji parlamentu: A. Arato, http://www.comparativeconstitutions.org/2011/04/arato-on-constitution-making-in-hungary.html (dostęp: 8 czerwca 2012); A. Jakab, *Az Alkotmány kommentárjának feladata* (w:) A. Jakab (ed.), *Az Alkotmány kommentárja*, Budapest 2009 s. 174. Zgodnie z poglądem Jakaba szeroka teleologiczna interpretacja Konstytucji oraz ustawy oznacza, iż zasada czterech piątych nie była w mocy po 1998 r.

8 Podczas wyborów parlamentarnych 2010 r. pojawiły się w parlamencie dwie nowe partie: Polityka Może Być Inna (*Lehet Más a Politika* – LMP), będąca liberalną frakcją opowiadającą się za ochroną środowiska, oraz prawicowy Ruch na rzecz Lepszych Węgier (*Jobbik Magyarországért Mozgalom* – Jobbik). Poparcie uzyskane przez partie w tamtych wyborach wynosiło: 67,88% – Fidesz–KDNP; 15, 28% – MSZP; 12,18% – Jobbik; 4,15% – LMP; 0,26% – niezależni.

9 Było to bezpośrednio poprzedzone ograniczeniem przez parlament kompetencji TK w zakresie spraw dotyczących finansów.

10 Opinia 62/2011 Komisji Weneckiej, CDL-AD(2011)016.

2. Ogólna charakterystyka

Terminologia i układ

Po pierwsze, wyraźnie rzucającym się w oczy *novum* wnoszonym przez Ustawę zasadniczą Węgier jest jej nazwa „Ustawa zasadnicza", która to nazwa musi być znana z konstytucji Niemiec *Deutsches Grundgesetz*, będąca węgierskim zapożyczeniem niemieckiego terminu[11]. Ustawa zasadnicza Węgier składa się z czterech głównych części: „Narodowe wyznanie wiary", „Fundamenty", „Wolność i odpowiedzialność" oraz „Państwo". Na końcu znajdują się „Postanowienia końcowe", na które składają się cztery punkty traktujące o wejściu w życie Ustawy zasadniczej. Każda z części zawiera na początku wyróżnione słowo lub frazę zapisane wielkimi literami. Są to w porządku występowania: „MY CZŁONKOWIE NARODU WĘGIERSKIEGO", „NASZA OJCZYZNA", „CZŁOWIEK" oraz „WĘGRY". Nie tylko nazwa i podział, ale także numerowanie tekstu w porównaniu do poprzedniej Konstytucji uległy zmianie. W Ustawie zasadniczej zastosowano trzy różniące się notacje: „Fundamenty" mają artykuły – od A do T; „Wolność i odpowiedzialność"– artykuły oznaczone cyframi rzymskimi; w „Państwie" zaś artykuły oznaczone są cyframi arabskimi. „Narodowe wyznanie wiary" podzielone jest na akapity, bez numeracji. Mimo iż taka notacja może przysparzać nieco kłopotu i utrudniać cytowanie, można ją uznać za symboliczne nawiązanie – i przejaw szacunku – do odrębnych części historycznej konstytucji[12].

Jedną z najważniejszych cech tekstu jest jego symboliczny i tradycyjny charakter. Preambuła „Narodowe wyznanie wiary" daje tego koronny dowód, zaczynając się pierwszymi słowami węgierskiego hymnu narodowego: „Boże, błogosław Węgrów!". Ów historyczny charakter pojawia się nie tylko w preambule, ale także w zakończeniu[13], gdzie można znaleźć motto wzięte z jednego z 12 postulatów Rewolucji Węgierskiej 1848 r.: „Niech będzie pokój, wolność i zgoda".

Mówiąc o charakterze historycznym, trzeba wspomnieć o szeroko komentowanych odniesieniach do chrześcijaństwa. W „Narodowym wyzwaniu wiary" występują dwukrotnie – raz, gdy mówi się o chrześcijańskiej Europie, której Węgry są częścią, a po raz wtóry, gdy uznaje się rolę chrześcijaństwa w przetrwaniu narodu; by zrównoważyć wyeksponowanie chrześcijaństwa, mówi się tam także o szacunku względem różnorodnych tradycji religijnych kraju. Ustawa zasadnicza zawiera jeszcze jedno odniesienie do religii, gdy w „Postanowieniach końcowych" mowa jest, iż deputowani do Zgromadzenia Krajowego ustanowili pierwszą, jednolitą Ustawę zasadniczą Węgier „świadomi odpowiedzialności przed Bogiem i człowiekiem". Także tu można doszukać się podobieństwa do niemieckiej konstytucji, używającej niemalże takiego samego wyrażenia[14].

> **„Narodowe wyznanie wiary", jak i „Postanowienia końcowe" stanowią narzędzia interpretacyjne całej Ustawy zasadniczej.**

Należy podkreślić, iż „Narodowe wyznanie wiary", jak i „Postanowienia końcowe" stanowią narzędzia interpretacyjne całej Ustawy zasadniczej; w przypadku Węgier jest to w najwyższym stopniu prawdziwe. Po pierwsze – ponieważ preambuły z reguły nie mają charakteru normatywnego i głównie pozwalają lepiej

11 Istnieją inne tłumaczenia tytułu nowej konstytucji Węgier – jak np. „Prawo podstawowe", co wprowadza jednak w błąd, ponieważ węgierski oryginał jest dosłownym tłumaczeniem z niemieckiego: „zasadniczy", a nie „podstawowy".

12 Opinia taka pojawia się w pracy A. Jakaba o nowej Ustawie zasadniczej Węgier: A. Jakab: *Az új Alaptörvény keletkezése és gyakorlati következményei*, HVG-Orac, Budapest 2011, s. 176.

13 Pod „Postanowieniami końcowymi" znajduje się krótki ustęp, w którym mowa jest, iż parlament ustanowił pierwszą jednolitą Ustawę zasadniczą Węgier.

14 Pierwszy wiersz *Deutsches Grundgesetz*: „Im Bewußtsein seiner Verantwortung vor Gott und den Menschen".

zrozumieć znaczenie zapisów poszczególnych części konstytucji. Po drugie – ponieważ Ustawa zasadnicza Węgier w art. R ust. 3 stanowi, iż „przepisy Ustawy Zasadniczej należy interpretować zgodnie z ich celami, określonymi w narodowym wyznaniu wiary oraz zdobyczami naszej historycznej konstytucji". Wyraźnie wskazuje to na interpretacyjną funkcję preambuły.

Ustawa zasadnicza łączy system prawny z dorobkiem prawnym Wspólnot Europejskich i Unii Europejskiej, jak i z międzynarodowym systemem prawnym. Poza tym w art. E ust, 1, traktującym o członkostwie Węgier w Unii Europejskiej, mowa jest, iż Węgry mają współdziałać w tworzeniu jedności w celu „urzeczywistnienia wolności, dobrobytu i bezpieczeństwa narodów europejskich". Dodatkowo w art. Q ust. 2 znajduje się zapewnienie o zgodności prawa węgierskiego z prawem międzynarodowym „w imię wypełnienia zobowiązań wynikających z prawa międzynarodowego".

Ustawa zasadnicza, w przeciwieństwie do Konstytucji, posługuje się bardziej retoryką wspólnotową w obszarze praw podstawowych, a mniej miejsca zostawia podejściu indywidualnemu.

Mocno religijny charakter i treść odnosząca się do wyższych wartości wzbudziły krytyczne reakcje – że interpretowanie Ustawy zasadniczej zgodnie z określonym kluczem wartości może prowadzić do dyskryminujących praktyk sądowych i słabszej ochrony w zakresie podstawowych praw. Chociaż sam tekst pozwala na dokonanie różnorakich interpretacji, spodziewać się tu można raczej kontynuacji tradycji konstytucjonalizmu ostatnich dwudziestu lat.

Jako że Ustawa zasadnicza weszła w życie dopiero 1 stycznia 2012 r. – rzeczywiste efekty i konsekwencje przyjdzie ocenić dopiero za jakiś czas. Teraz zaś jedynym sposobem na uzyskanie obiektywnego jej obrazu jest rozważenie wszystkich propozycji w niej zawartych.

System prawny

Poprzednia nazwa państwa „Republika Węgierska" została zastąpiona przez „Węgry". Pomimo zmiany nazwy kraju – zgodnie z art. B ust. 2 formą państwa nadal jest republika. W tym samym artykule jest także mowa o tym, że Węgry są demokratycznym państwem prawa, a art. C ust. 1 gwarantuje oparcie funkcjonowania państwa na zasadzie podziału władz[15].

Jedną z najczęściej poddawanych krytyce jest zasada zawarta we wspomnianym art. R ust. 3, dotyczącym interpretacji Ustawy zasadniczej, zgodnie z którym główną wykładnią przepisów jest wykładnia teleologiczna i określony rodzaj historycznej interpretacji. W obliczu nieostrości, braku dokładnego znaczenia tego zapisu – obawy są w pewnym stopniu uzasadnione. Choć nie znamy dokładnego kierunku praktyki sądowej, pewne jest, że interpretacja będzie zgodna z wymogami prawa międzynarodowego (art. Q ust. 2 i 3) i innymi zasadami zawartymi w Ustawie zasadniczej, takimi jak równość wszystkich wobec prawa (art. XV). Z drugiej jednak strony nie należy mylić interpretacji teleologicznej z intencjami władzy ustawodawczej. Obiektywna interpretacja teleologiczna to głównie znalezienie abstrakcyjnego, racjonalnego celu (danego) postanowienia (przepisu), który byłby najbardziej odpowiedni w świetle całości systemu prawnego.

Pierwszego stycznia weszły także w życie „Zasady przejściowe Ustawy zasadniczej", traktujące o transformacji różnych ciał konstytucyjnych (na przykład odnoszące się do urzędu prezesa Sądu Najwyższego

15 Wcześniej zasada rozdziału władz wywodzona była z orzecznictwa TK.

lub komisarza do spraw ochrony danych osobowych i bezpieczeństwa informacji), zasady procesowe (np. dotyczące zakończenia obowiązywania poprzedniej Konstytucji) oraz zasady formalne (np. odnoszące się do zmniejszenia uposażeń emerytalnych byłych liderów komunistycznych lub traktujące o wieku emerytalnym sędziów). Mimo iż formalnie „Zasady przejściowe" były przyjęte przez parlament – władzę ustawodawczą – jednak ich konstytucyjność pozostaje kontrowersyjna. Prawdopodobnie kwestia ta zostanie rozstrzygnięta przez Trybunał Konstytucyjny.

Prawa podstawowe

Artykuł II chroni ludzką godność, stwierdzając jednocześnie jej nienaruszalność. W dalszej części mowa jest o tym, iż każdy ma prawo do życia i poszanowania ludzkiej godności, a życie zarodka podlega ochronie od momentu poczęcia. W poprzedniej Konstytucji były chronione „wrodzone prawo do życia i ludzkiej godności", co oznacza, że Ustawa zasadnicza celowo rozdzieliła ochronę życia i ochronę ludzkiej godności[16]. Toczą się zawzięte dyskusje, czy artykuł ten doprowadzi do całkowitego zakazania aborcji, czy też nie. Zgodnie z tekstem i dotychczasową praktyką sądową[17] Trybunału Konstytucyjnego – nie ma uzasadnienia dla tych obaw. Zasada ochrony życia w fazie prenatalnej nie zawiera w sobie podmiotowego prawa podstawowego, ale konstytucyjny wymóg dotyczący ochrony życia zarodka. Dlatego też podkreślenie ludzkiej godności i prawa matki do samostanowienia o sobie z jednej strony, a odniesienie do życia zarodka z drugiej – nie wpłyną zapewne na zmianę praktyki sądowej.

Wspomnieliśmy już o krytyce odnoszącej się do zagadnienia wyboru wartości umieszczonych w „Narodowym wyznaniu wiary". Takowe zaangażowanie można także zauważyć w „Fundamentach" oraz w „Wolności i odpowiedzialności", gdzie rzuca się w oczy kwestia powrotu do tradycyjnych wartości. W art. L ust. 1 stwierdza się, że „Węgry chronią instytucję małżeństwa jako dobrowolną wspólnotę życiową kobiety i mężczyzny, a także rodzinę jako podstawę przetrwania narodu". Obecna praktyka sądowa[18] Trybunału Konstytucyjnego nie zakazuje rejestracji związków partnerskich par homoseksualnych[19], nie ogranicza także rodziny wyłącznie do małżeństwa.

Należy poruszyć kolejne, nowe zagadnienie odnoszące się do praw podstawowych, które pojawiło się w Ustawie zasadniczej. Jedną z najważniejszych filozoficznych zmian jest obecność pojęć „odpowiedzialność" i „wspólne wartości" – obok wartości osobistych. W tym duchu w „Narodowym wyznaniu wiary" stwierdza się, że Węgry są odpowiedzialne za swe przyszłe pokolenia, a także że państwo powinno poczuwać się do odpowiedzialności za losy Węgrów żyjących poza granicami i wspierać trwanie i rozwój ich wspólnot.

Z tekstu i z artykułów Ustawy zasadniczej, o których wspominano, widać nie tyle zmianę poziomu ochrony praw podstawowych, ile raczej zmianę podejścia do tego zagadnienia. Ustawa zasadnicza prezentuje nową wizję ludzi – osób obdarzonych prawami i odpowiedzialnością. W art. O stwierdzono wszak, że „[k]ażdy jest odpowiedzialny za siebie i jest zobowiązany do współuczestnictwa – w miarę swych zdolności i możliwości – w realizacji zadań państwowych oraz wspólnotowych"[20]. Ustawa zasadnicza, w przeciwieństwie do Konstytucji, posługuje się bardziej retoryką wspólnotową w obszarze praw podstawowych, a mniej miejsca zostawia podejściu indywidualnemu, co widać w tekście „Narodowego wyznania wiary",

16 Rozwiązanie to także wzorowane jest na niemieckim przykładzie z art. I ust. 1 *Deutsches Grundgesetz*: „Godność ludzka jest nienaruszalna, a jej przestrzeganie i ochrona są obowiązkiem każdej władzy państwowej".

17 Zob. wyrok w sprawie aborcji 64/1991 CC, http://www.codices.coe.int/NXT/gateway.dll/CODICES/precis/eng/eur/hun/hun-1991-s-003?fn=document-frameset.htm$f=templates$3.o (dostęp: 8 czerwca 2012).

18 Wyrok 154/2008 CC, http://www.mkab.hu/admin/data/file/755_154_2008.pdf (dostęp: 28 maja 2012).

19 Warto nadmienić, iż mimo że hiszpańska konstytucja definiuje małżeństwo jako związek mężczyzny i kobiety, kilka lat temu wprowadzono do systemu prawnego instytucję małżeństw homoseksualnych. Było to następnie zakwestionowane przed hiszpańskim Trybunałem Konstytucyjnym – wyrok wciąż jednak nie zapadł. Zob. http://en.wikipedia.org/wiki/Same-sex_marriage_in_Spain (dostęp: 28 maja 2012).

20 Podobne rozwiązanie znaleźć można w art. 6 konstytucji Konfederacji Szwajcarskiej: „Każdy człowiek odpowiada za siebie na miarę swych zdolności i możliwości, przyczyniając się do osiągania celów państwa i społeczeństwa", http://www.admin.ch/ch/e/rs/1/101.en.pdf (dostęp: 28 maja 2012).

mówiącym, iż „wolność jednostki może się realizować jedynie we współdziałaniu z innymi".

Blisko tej koncepcji do komunitarystycznej filozofii politycznej, opierającej się na jednostce jako części określonej wspólnoty, zdolnej do określenia swej tożsamości jedynie poprzez przynależność to owej wspólnoty. Zgodnie z tym poglądem uznaje się, że całkowita niezależność jednostki jest fikcją, a osobista tożsamość związana jest ze wspólnotą. Dlatego też niemożliwe jest zrozumienie jednostki w oderwaniu od jej zewnętrznego otoczenia[21]. W konsekwencji wzrosła także istotność zachowania równowagi – w zarządzaniu budżetem, zasobami naturalnymi, ochroną środowiska.

Nie można wybierać pomiędzy wartościami filozoficznymi, stosując podejście naukowe. Dlatego też w obrębie prawa nie można stwierdzić, że solidarność jest lepsza niż indywidualizm, lub odwrotnie. Ważnym pytaniem jest, czy owa odmienna filozofia Ustawy zasadniczej przekłada się na system prawny. Znowu sądownictwo i Trybunał Konstytucyjny będą miały nie lada orzech do zgryzienia: jeśli bowiem zastosują nie tylko same zasady zawarte w Ustawie zasadniczej, ale także ich tło filozoficzne – skutkiem będzie zmienione podejście do kwestii praw podstawowych.

Historyczna konstytucja

Wspomnieliśmy już o art. R, mówiącym, że przepisy Ustawy zasadniczej należy interpretować zgodnie ze „zdobyczami naszej historycznej konstytucji". Przed komunistyczną Konstytucją z 1949 r. na historyczną konstytucję składało się szereg formalnie prostych dokumentów, z których każdy miał tak samo fundamentalne znaczenie. Z tego też powodu – nawet w węgierskiej literaturze – trudno jest doszukać się, które akty składały się na ową konstytucję. Inny problem wiąże się z tym, iż wiele z dokumentów należących do historycznej konstytucji jest niespójnych z zasadami określonymi w Ustawie zasadniczej, jak i europejskim dorobkiem prawnym (zob. art. E i Q). Dlatego też mówi się o „zdobyczach" – by na przykład wykluczyć prawa arystokracji (i jej potomków) do niepłacenia podatków[22]. Również w węgierskiej literaturze prawniczej przedmiotem dyskusji jest istnienie i treść historycznej konstytucji, zważywszy na rozmycie całego zagadnienia.

Ogólnie biorąc, historyczna konstytucja pojawia się w Ustawie zasadniczej. W węgierskiej literaturze prawniczej znaleźć można dwa ujęcia odnoszące się do tego zagadnienia. Zgodnie z pierwszym stanowiskiem historyczna konstytucja spełniać będzie wyłącznie symboliczną rolę przy interpretacji, gdyż spisana, ujednolicona konstytucja, jaką jest Ustawa zasadnicza (zob. „Postanowienia końcowe"), nie będzie „tolerować" niespisanej „wewnętrznej konkurentki".

Drugie podejście sprowadza się do poglądu, iż historyczna konstytucja może stanowić narzędzie przywrócenia tradycji i wcześniej obowiązujących rozwiązań – z węgierskiego ustroju konstytucyjnego do nowego ładu, zaprowadzonego już po transformacji ustroju. Przyszłość historycznej konstytucji w nowym systemie konstytucyjnym zależy zatem od orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego.

3. Nowe elementy w węgierskim systemie konstytucyjnym

Konstytucja gospodarcza

Określenie „konstytucja gospodarcza" powstało w Niemczech, tuż po I wojnie światowej. Nazwa odnosi się do konstytucyjnych zasad traktujących o relacji państwa i gospodarki, a także do najbardziej podstawowych regulacji dotyczących uczestników życia gospodarczego[23]. Pomysł uregulowania na poziomie konstytucyjnym zagadnień związanych z gospodarką pojawił się w całej ówczesnej Europie wskutek ogólnoświatowej recesji. Uregulowanie zagadnień związanych z rynkami finansowymi i gospodarką na poziomie konstytucji wydaje się być jedną z najważniejszych zmian wprowadzonych przez Ustawę zasadniczą, która określa przy tym rolę parlamentu w odniesieniu do gospodarki, art. 36 stanowi bowiem:

„4. Zgromadzenie nie może uchwalić ustawy budżetowej, jeśli jej wykonanie skutkowałoby zadłużeniem państwa przekraczającym połowę produktu krajowego brutto.

21 F. Horkay-Hörcher, *Közösségelvû politikai filozófiák*, Századvég, Budapest 2002, s. 21–22.

22 Prawo to zostało dane węgierskim arystokratom w II rozdziale Złotej Bulli Andrzeja II.

23 L. Trócsányi, *Alaptanok* (w:) *Bevezetés az Alkotmányjogba*, SZTE–PPKE, Budapest 2010, s. 29.

5. Tak długo jak zadłużenie państwa przekracza połowę produktu krajowego brutto, Zgromadzenie Krajowe może przyjąć wyłącznie ustawę budżetową, która zakłada zmniejszenie zadłużenia państwa w odniesieniu do produktu krajowego brutto".

Podniosło się wiele głosów krytycznych, twierdzących, że parlament nie będzie mógł efektywnie kształtować stosunków gospodarczych i że nie będzie wystarczająco elastyczny w odpowiadaniu na zmieniające się potrzeby społeczne. Trudno jednoznacznie

Zgodnie z Ustawą zasadniczą nie tylko niekonstytucyjne prawa, ale i niekonstytucyjne orzecznictwo sądów będą analizowane po złożeniu skargi konstytucyjnej.

Kolejnym, wartym odnotowania faktem jest, iż organem kontrolnym w zakresie przestrzegania wspomnianych przepisów została stosunkowo młoda instytucja Rady Budżetowej[24]. Ustawa zasadnicza przekazuje jej liczne kompetencje – przykładowo warunkiem koniecznym uchwalenia ustawy budżetowej jest uzyskanie uprzedniej zgody Rady Budżetowej (art. 44 ust. 3). Kompetencja Rady jest dodatkowo wzmocniona w art. 3 ust. 3b, w którym mowa jest o tym, iż Prezydent Republiki może rozwiązać Zgromadzenie Krajowe, jeśli „nie przyjmie [ono] do 31 marca centralnego budżetu państwa na dany rok".

Przyjęcie budżetu państwa jest zatem równoznaczne z wyrażeniem wotum zaufania. Chociaż ani rząd, ani parlament nie podważają owego zaufania, polityczne jest to na tyle fundamentalna kwestia dla rządu, że nie mógłby on dalej sprawować władzy[25]. Co się jednak tyczy możliwości rozwiązania Zgromadzenia Krajowego – parlamentu – należy ponownie zwrócić uwagę na przepis umieszczony we wspomnianym art. 33 ust. 3. Rada Budżetowa ma w tym kontekście prawo zawetowania ustawy budżetowej, a w konsekwencji – możliwość wymuszenia rozwiązania Zgromadzenia Krajowego, jeśli uchylałoby się ono od przygotowywania budżetu.

stwierdzić, czy konstytucyjne uregulowanie podstawowych zasad tyczących się sfery finansów związuje parlament, czy też odwrotnie – stabilizuje finanse i gospodarkę. Odpowiedź na to pytanie możliwa będzie dopiero za jakiś czas, w oparciu o efekty polityki fiskalnej i stosowanie Ustawy zasadniczej w praktyce.

Trybunał Konstytucyjny

W poprzedniej Konstytucji rolą Trybunału Konstytucyjnego było przede wszystkim zachowanie spójności tego aktu, czyli zniesienie obowiązywania wszelkich norm sprzecznych z Konstytucją. Dlatego też Konstytucja dawała każdemu prawo zwrócenia się do Trybunału Konstytucyjnego, jeśli tylko dana osoba uznała konkretne rozwiązanie prawne za niekonstytucyjne (*actio popularis*).

Najbardziej widoczną zmianą w obszarze organizacji państwa wydaje się to, że Trybunał Konstytucyjny zaczął rozpatrywać pojedyncze skargi, zamiast analizować uchwalane prawa. Zgodnie z Ustawą zasadniczą nie tylko niekonstytucyjne prawa, ale i niekonstytucyjne orzecznictwo sądów będą analizowane po złożeniu skargi konstytucyjnej. Oczywiście zmniejsza się przez to ważność abstrakcyjnego analizowania prawa, a *actio popularis* ustaje. Podobne doświadczenia pokazują, że skarga konstytucyjna i abstrakcyjna analiza nie mogą być „skuteczne" w tym samym czasie – jedno z nich jest zawsze zasadą ogólną, drugie zaś wyjątkiem[26].

24 Rada Budżetowa została powołana w 2009 r. na mocy ustawy, ale dopiero Ustawa zasadnicza Węgier nadała jej rangę organu.

25 P. Norton, *Government defeats in the House of Commons. Myth and reality* (w:) *Ministerial Responsibility*, Clarendon Press, Oxford 1998, s. 40.

26 L. Csink, B. Schanda, *The Constitutional Court* (w:) L. Csink, B. Schanda, A.Zs. Varga (eds.), *The Basic Law of Hungary*…, s. 162.

Taka zmiana w podejściu ma fundamentalny wpływ na rolę Trybunału Konstytucyjnego i relacji pomiędzy nim a innymi sądami. Ustawa zasadnicza wprowadziła klarowną hierarchię pomiędzy Trybunałem Konstytucyjnym a zwykłymi sądami w interpretacji treści praw podstawowych. Jeżeli w gestii TK leży ocena poszczególnych decyzji sądów – nie mogą one inaczej interpretować przepisów. Mechanizm taki zdaje się zwiększać jednolitość interpretacji praw podstawowych.

Z drugiej jednak strony zmniejszyły się kompetencje Trybunału Konstytucyjnego w zakresie analizy i oceny abstrakcyjnych norm prawnych, a wskutek tego podstawową misją TK ma być raczej ochrona określonych praw w praktyce, niźli analizowanie poszczególnych projektów prawodawstwa pod kątem ich konstytucyjności.

Poważne zastrzeżenie w stosunku do Ustawy zasadniczej wiąże się z faktem, iż zachowała ona – w omawianej kwestii – tekst Konstytucji w wersji poprawionej z 2010 r., ograniczając przy tym przeanalizowanie regulacji dotyczących finansów. Zgodnie z poprawką konstytucyjną z 2010 r. TK może analizować i uchylać regulacje dotyczące budżetu państwowego i podatków jedynie w sytuacji, gdy naruszają one prawo do życia i ludzką godność, dotyczące ochrony danych osobowych, wolności sumienia i wyznania oraz praw tyczących się obywatelstwa. Na gruncie teoretycznym regulacja taka jest kontrowersyjna. Po pierwsze narusza formalną konstytucyjność, gdyż bez kontroli sądowej nie można mieć pewności, że konstytucyjne rozwiązania dotyczące spraw finansowych się utrzymają. Po wtóre zaś – niejasne jest, w jaki sposób w Konstytucji wskazano cztery prawa podstawowe mające być podstawą owej kontroli[27].

27 L. Csink, B. Schanda, *The Constitutional Court*…, s. 161.

Chociaż w art. 37 ust. 4 Ustawy zasadniczej zawarte jest stwierdzenie, iż owo ograniczenie ustaje, gdy zadłużenie państwa spadnie poniżej 50% PKB, to – patrząc na obecny stan gospodarki – trzeba zauważyć, że wydaje się to mało prawdopodobne w najbliższej przyszłości[28].

Ustawa zasadnicza wprowadziła klarowną hierarchię pomiędzy Trybunałem Konstytucyjnym a zwykłymi sądami w interpretacji treści praw podstawowych.

W 2010 r. wprowadzono kolejną zmianę w strukturze TK, zgodnie z którą przewodniczący Trybunału miał być od tej pory wybierany przez parlament, podczas gdy wcześniej był wybierany przez sędziów TK[29]. Chociaż Komisja Wenecka stwierdziła, że wybór przewodniczącego przez gremium polityczne jest powszechnie akceptowanym zjawiskiem, jest to jednak krok wstecz – w kierunku zmniejszenia niezależności Trybunału[30]. Poprawka wydłużyła jednocześnie kadencję z dziewięciu do dwunastu lat, zniosła jednak możliwość reelekcji sędziów, co przyczyniło się do wzmocnienia ich niezależności[31].

Rzecznik Praw Podstawowych

Konstytucja określała rzeczników jako niezależne organy parlamentarnej kontroli. Ze względu na cha-

28 Przed recesją dług państwowy bliski był 50% PKB (ok. 55%), jednakże w kolejnych latach osiągnął on poziom 70–80% PKB.

29 Były prezydent Republiki, prof. Ferenc Madl uważał zmiany modyfikujące rolę TK za panaceum na nierównowagę władz: F. Madl, *Hungary, on a new path*, „Hungarian Review" 2011, vol. II, nr 3.

30 Opinia 621/2011 Komisji Weneckiej, CLD-AD(2011)016, poz. 94. Należy jednak dodać, że już w okresie obowiązywania nowego rozwiązania parlament na stanowisko przewodniczącego ponownie delegował Pétera Pacholaya, który uprzednio wybrany był przez sędziów.

31 A. Jakab, *The Republic of Hungary* (w:) *Constitutions of the Countries of the World*, wyd. 2, OUP, Oxford 2008.

rakter tej instytucji znajduje się ona poza domeną władzy wykonawczej. Rzecznicy mają za zadanie nie tyle oferować środki zaradcze na anomalie tyczące się przestrzegania praw człowieka, ile raczej „analizować" i „inicjować", analizować owe anomalie, z którymi się stykają, oraz inicjować konkretne lub ogólne działania zmierzające ku – pozwalające dochodzić – sprawiedliwości.

Do 1 stycznia 2012 r. w systemie prawnym istniały organy czterech rzeczników: rzecznika praw podstawowych, rzecznika praw mniejszości, rzecznika do spraw przyszłych pokoleń (zajmującego się ochroną środowiska) oraz rzecznika do spraw ochrony danych i wolności informacji. Instytucje dwóch ostatnich posiadały dwojaką naturę: z jednej strony były to urzędy quasi-ombudsmanów, z drugiej zaś były organami władzy i dysponowały bezpośrednimi środkami administracyjnymi, pozwalającymi chronić prawa we właściwym dla danego urzędu obszarze.

Ustawa zasadnicza nie wprowadzała zmian do roli instytucji rzecznika. Zmieniła jednak strukturę samej instytucji. Zniosła urząd Komisarza do spraw Ochrony Danych Osobowych i Bezpieczeństwa Informacji, pozostawiając zadanie ochrony danych osobowych oraz prawa do dostępu do informacji publicznych niezależnemu organowi.

Instytucje pozostałych trzech rzeczników połączono zaś w jeden urząd. Zgodnie z art. 30 ust. 3 Ustawy zasadniczej Rzecznik Praw Podstawowych ma dwóch zastępców, którzy „zajmują się obroną interesów przyszłych pokoleń oraz praw narodowości żyjących na Węgrzech".

Co ciekawe, Ustawa zasadnicza określa także zakres uprawnień zastępców – formalnie niezależnych od Rzecznika Praw Podstawowych. W konsekwencji istnieje jednak administracyjna podległość pomiędzy Rzecznikiem a zastępcami, przy czym zastępcy mają także swoje obowiązki, a ich umocowanie prawne jest takie samo – też są bowiem wybierani przez Zgromadzenie Krajowe kwalifikowaną większością głosów.

Ustawy organiczne

Ustawa zasadnicza wprowadziła do systemu prawnego nowy element – ustawy organiczne. Artykuł T stanowi: „Ustawa organiczna to akt Zgromadzenia Krajowego, do którego uchwalenia lub zmiany wymagana jest większość 2/3 głosów deputowanych uczestniczących w głosowaniu". Jednakże, w porównaniu do poprzedniego systemu, samo wprowadzenie ustaw organicznych jest większą zmianą niż ich instytucja – Konstytucja bowiem także wskazywała na kwestie, których uchwalenie wymagało większości 2/3 głosów deputowanych obecnych w głosowaniu[32].

Ustawa zasadnicza zawiera ponad pięćdziesiąt odniesień do ustaw organicznych, co jest zbliżone do liczby odniesień (w Konstytucji) do spraw podlegających uchwaleniu przez kwalifikowaną większość. Istotną różnicą jest jednak fakt, iż Konstytucja wymagała kwalifikowanej większości w odniesieniu do spraw odnoszących się głównie do praw człowieka, podczas gdy Ustawa zasadnicza odnosi się głównie do kwestii organizacji ustroju państwowego – powierzając porządek gospodarczy ustawom organicznym.

Komisja Wenecka skrytykowała instytucję ustaw organicznych, stwierdzając, że ryzykiem dla demokracji[33] jest powierzanie kontroli nad zbyt wieloma kwestiami parlamentarnej większości. W rzeczy samej – duża liczba ustaw podlegających uchwaleniu przez kwalifikowaną większość może sprawić, że władze nie będą mogły rozwiązać prostych problemów dnia codziennego przy zwykłej większości. Z drugiej jednak strony wymóg kwalifikowanej większości może doprowadzić do ustabilizowania społeczno-ekonomicznych fundamentów państwa. Wydaje nam się, że wymóg kwalifikowanej większości przy uchwalaniu ustaw nie jest sam w sobie zagrożeniem dla demokracji, zwłaszcza w krajach, które nie posiadają zbyt długich tradycji demokratycznych. Jednocześnie jednak towarzyszy nam przeświadczenie, że blokowanie ustaw o charakterze politycznym – poprzez wymów kwalifikowanej większości potrzebnej do ich uchwalenia – mieć będzie negatywne skutki dla przyszłych rządów i ustawodawstwa.

Podsumowanie

Konstytucja nie jest tym samym, czym prawny zapis jej tekstu. Rolą konstytucji jest nie tylko stanowienie podstawowych zasad ustroju i zatwierdzanie praw

32 L. Csink, *Sources of Law* (w:) L. Csink, B. Schanda, A.Zs. Varga (eds.), *The Basic Law of Hungary*…, s. 60.

33 Opinia 621/2011 Komisji Weneckiej, CDL-AD(2011)016, poz. 24.

człowieka. W pewnym sensie musi ona być elastycznym i otwartym dokumentem, dającym się dostosowywać do zmieniających się okoliczności. Taka konstytucja winna być najwyższym prawem, zdolnym uzupełniać wszelkie braki poprzez instytucyjne gwarancje.

Nie istnieje konstytucja, która byłaby oderwana od czasu i miejsca, w którym obowiązuje. Na nową węgierską Ustawę zasadniczą wpływ wywarły warunki polityczne, w których powstawała. Zdominuje ona w pewnym sensie parlament. Rząd i inne instytucje ustrojowe stosują i stosować ją będą w sposób, w jaki Trybunał Konstytucyjny formułować będzie swe orzecznictwo. Jeżeli organy władzy państwowej pozostaną przy konstytucyjnej kulturze ostatnich dwudziestu lat, Ustawa zasadnicza będzie miała szansę stać się dokumentem skutecznie wspierającym ochronę i rozwój demokracji, praw człowieka i dobra społecznego. Z drugiej jednak strony: jeśli Ustawa zasadnicza będzie wykorzystywana jako narzędzie do osiągania określonych politycznych celów – nie stanie się ona długotrwałym elementem porządku prawnego.

Przypuszczamy, że rzeczywiste skutki wprowadzenia na Węgrzech Ustawy zasadniczej będzie można oceniać dopiero za jakiś czas. Wówczas jednak – poza tekstem aktu – kultura konstytucyjna oraz kierunek interpretacji także odgrywać będą dużą rolę.

Przełożył *Jakub Siudyka*

Radosław Zyzik

Genetyka behawioralna na sali sądowej

Radosław Zyzik

Adiunkt w Katedrze Systemów Politycznych w Instytucie Politologii Akademii Ignatianum w Krakowie. Członek grupy badawczej „Biologiczne podstawy etyki i prawa" w Centrum Kopernika Badań Interdyscyplinarnych. W swojej pracy badawczej podejmuje problematykę związku nauk prawnych i politycznych z naukami ewolucyjnymi, genetyką behawioralną i neuroscience.

Behavioral Genetics in the Courtrooms

The paper posits the thesis that there is no methodological shortcut between behavioral genetics and legal sciences, and we are not into position to walk on the bridge between genetics and law (especially, in the courtrooms). The structure of the paper is as follows. First, legal cases where behavioral genetics played some role are presented (Bayout, Stefani, Landrigan). In the next step possible points of intersection of law and genetics are described (culpability, mitigation etc.). The third and fourth part of the paper are devoted to genetic research (i.e. on C. elegans) in order to establish the relation between genes, neurons, environment (and again – genes). The conclusion of the paper is twofold (or even threefold). There is no strong evidence that genetic research can be of any use in legal proceedings. On the other hand, behavioral genetics is already on the courtroom's doorstep and legal community should be prepared for it. And at the end, the relation between behavioral genetics and legal cases is a very interesting problem for legal philosophy and theory.

1. Dwa słowa wstępu

Genetyka behawioralna jest dzisiaj obok neurobiologii tą dziedziną nauk biologicznych, która wzbudza największe zainteresowanie. Nieczęsto zdarza się, by prace naukowe były uważnie śledzone przez opinię publiczną, a relacje o nowych odkryciach trafiały na pierwsze strony największych dzienników. Nie bez przyczyny postęp w tych dwóch dziedzinach jest tak mocno interesującym tematem. Dzieje się tak przede wszystkim dlatego, że w przeciwieństwie do fizyki kwantowej czy astronomii, genetyka behawioralna i neurobiologia mówią nam coś nowego o człowieku. To właśnie ta cecha odpowiedzialna jest za ich popularność w mediach[1].

1 Zob. P. Cohen, *Genetic Basis for Crime: A New Look*, „The New York Times" z 19 czerwca 2011 r., http://www.nytimes.com/2011/06/20/arts/genetics-and-crime-at-institute-of-justice-conference.html?pagewanted=all (dostęp: 1 lutego 2012); N. Wade, *Genes Play Major Role in Primate Social Behavior, Study Finds*, „The New York Times" z 16 grudnia 2011 r., http://www.nytimes.com/2011/12/20/science/

Rezultaty badań genetycznych wydają się równie interesujące dla zupełnie odmiennych dyscyplin, przede wszystkim dla prawa i prawników. Każda nowa nauka czy teoria, która odkrywa pewne fakty o człowieku i sposobie jego funkcjonowania, jest wnikliwie analizowana przez środowisko prawnicze pod kątem jej użyteczności dla praktyki stosowania prawa. Tak było w czasie, kiedy na horyzoncie naukowym pojawiła się psychologia, a potem – frenologia i eugenika[2]. Nie inaczej rzecz przedstawia się dzisiaj. Genetyka behawioralna – mimo że w początkowej fazie rozwoju – już znalazła się pod prawniczą lupą. Efekty tej obserwacji są, trzeba przyznać, zadziwiające. Sama pobieżna analiza przypadków, w których wykorzystywano lub próbowano powoływać się na badania genetyczne, wskazuje, że genetyka rzeczywiście może mieć wiele do powiedzenia o sposobach funkcjonowania człowieka, w zakresie w jakim to funkcjonowanie stanowi przedmiot nauk prawnych. To milczące przyzwolenie na wykorzystanie dowodów genetycznych w procesach sądowych, dotychczas w Stanach Zjednoczonych i Europie Zachodniej (szczególnie w Wielkiej Brytanii i Republice Włoskiej), stało się przyczyną wyraźnego wzrostu liczby spraw, w których genetyka behawioralna już nie puka do drzwi sal sądowych, ale jest na nich obecna.

Sam fakt korzystania przez prawników z osiągnięć innych nauk nie może świadczyć o poprawności bądź braku poprawności postępowania sądowego. Początkowo eugenika również była wykorzystywana w sądach. Co więcej, na jej podstawie uchwalono w Stanach Zjednoczonych szereg ustaw w latach 30. ubiegłego wieku. Dopiero w następstwie licznych głosów krytycznych zaczęto zastanawiać się, czy aby nie doszło do nadużycia przy sięganiu do „badań eugenicznych" i czy mają one coś wspólnego z prawem. Sytuacja z genetyką jest jednak zupełnie inna. W tym przypadku nie ma bowiem nawet cienia wątpliwości co do naukowego charakteru dyscypliny[3]; jej rezultaty stanowią obecnie fundament w leczeniu pewnych zaburzeń psychicznych. Mimo wszystko ciągle pozostają wątpliwości, czy genetyka ma coś do powiedzenia prawnikowi, a jeżeli tak, to właściwie jak może ona pomóc w rozwoju nauk prawnych i w stosowaniu prawa. Oprócz oczywistych problemów metodologicznych, związanych z przerzucaniem mostów pomiędzy naukami humanistycznymi a przyrodniczymi, inkorporacja danych genetycznych do procesów karnych niesie za sobą nowy i szczególny zestaw przeszkód.

Genetyka behawioralna jest dzisiaj obok neurobiologii tą dziedziną nauk biologicznych, która wzbudza największe zainteresowanie.

W artykule przedstawiona zostanie teza głosząca, iż ograniczenia genetyki behawioralnej sprawiają, że nie ma ona większego znaczenia dla procesu stosowania prawa, a jej wykorzystywanie w procesach karnych powinno być szczegółowo analizowane. Nie można zapominać, że dyskusje na sali sądowej nie są dyskusjami o charakterze akademickich rozważań, a argumenty podnoszone przez uczestników postępowania sądowego mają poważny wymiar praktyczny, ponieważ mogą przesądzić o odpowiedzialności, winie lub karze.

W literaturze przedmiotu poświęconej związkom prawa i genetyki badacze o nastawieniu sceptycznym wskazują na dwa różne rodzaje problemów[4]. Pierw-

genes-play-major-role-in-primate-social-behavior-study-finds.html (dostęp: 14 lutego 2012).

2 Zob. E. Lillquist, Ch.A. Sullivan, *The Law and Genetics of Racial Profiling in Medicine*, „Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review" 2004, vol. 39, s. 391–483.

3 Zob. K.E. Hood (red.) i inni, *Handbook of Developmental Science, Behavior, and Genetics*, Oxford 2010.

4 J. Kaplan, *Misinformation, Misrepresentation, and Misuse of Human Behavioral Genetics Research*, „Law and Contemporary Problems" 2006, vol. 69, s. 55.

sza grupa dotyczy ograniczeń genetyki behawioralnej i stanowi przestrogę przed nadinterpretacją rezultatów badań genetyków. Programy badawcze, mające na celu odnalezienie genetycznych podstaw konkretnych cech behawioralnych, czyli zachowań, muszą stawić czoła różnicom pomiędzy badaniami na bardzo małych organizmach (jak *C. elegans* czy *Drosophila*), a badaniami na zwierzętach i ludziach. Większość badań dokonywana jest na bardzo małych organizmach, trochę mniej badań przeprowadza się na zwierzętach, a przedmiotem najmniejszej ilości badań i eksperymentów jest człowiek. Jak zobaczymy w dalszej części tekstu, interpretacja jakiegoś eksperymentu, którego przedmiotem są zwierzęta – z jednoczesnym odniesieniem do zachowań człowieka – jest postępowaniem niezwykle kuszącym, jak i niewłaściwym metodologicznie. Sceptycy zauważają, że nie ma prostego skrótu łączącego badania nad zachowaniami muszki owocówki (*Drosophila melanogaster*)i człowieka. Druga grupa problemów, z którą należy się zmierzyć, to problemy związane z siatką pojęciową. Co właściwie znaczy stwierdzenie, że poszukuje się biologicznych podstaw zachowań antyspołecznych. Do zachowań antyspołecznych można zaliczyć czynności związane z użyciem przemocy, czynności przeciwko mieniu, przestępstwa „białych kołnierzyków", a także przekraczanie przepisów ruchu drogowego. Przestępczość, jak słusznie zauważył Jonathan Kaplan, jest złożoną cechą fenotypową. Podsumowując, siatka pojęciowa genetyki behawioralnej jest szczególna i bezpośrednie jej wykorzystanie w prawie jest nie tyle trudne, co niewłaściwe metodologicznie[5].

W tym miejscu nasuwa się następujące pytanie: w czym tkwi problem, gdy rozważa się powyższe kwestie? Skoro jest tyle wątpliwości, czy nie należy po prostu podchodzić z rezerwą do „objawień" genetycznych? Problemy są zasadniczo dwa, jeden o charakterze praktycznym, a drugi o charakterze filozoficznym. Pierwszy polega na pewnym ciągu argumentów, który stoi za poszukiwaniem (i wykorzystaniem) genetycznych podstaw zachowań antyspołecznych. Jeśli duża liczba przestępstw popełniana jest przez stosunkowo małą liczbę jednostek i jednostki te można zidentyfikować na bardzo wczesnym etapie ich karier przestępczych, albo nawet przed ich rozpoczęciem, to powstrzymanie ich od dokonania czynu zabronionego pozwoli na znaczną redukcję poziomu przestępczości. Jeśli skłonność do zachowań antyspołecznych i przemocy jest rezultatem genetycznych (lub biologicznych) predyspozycji, to taka redukcja przestępczości jest możliwa.

> **Sam fakt korzystania z osiągnięć naukowych przez prawników nie może świadczyć o poprawności takiego postępowania.**

Ponadto proces karny, skonstruowany w oparciu o zasadę kontradyktoryjności, wymaga, by obrońcy poszukiwali jak największej liczby dowodów na rzecz swoich klientów[6]. Nie ma większego znaczenia, czy dowody, które przedstawiane są w trakcie procesu, są dowodami, o których z dużym prawdopodobieństwem można orzec, że są naukowe, skoro i tak sędziowie nie zawsze są przygotowani merytorycznie do rozstrzygania spraw, w których *dowody genetyczne* są wykorzystywane. To sprawia, że biologia behawioralna ma coraz większy udział w procesach sądowych.

Drugi problem, który z pewną dozą życzliwości można nazwać problemem filozoficznym, dotyczy przedmiotu genetyki i filozoficznej interpretacji jej wyników, a także związku tych interpretacji z filozo-

5 J. Kaplan, *The Limits and Lies of Human Genetic Research: Dangers for Social Policy*, New York 2009, s. 89.

6 M.A. Rothstein, *Behavioral Genetic Determinism. Its Effects on Culture and Law* (w:) R.A. Carson, M.A. Rothstein (eds.), *Behavioral Genetics. The Clash of Culture and Biology*, Baltimore 1999, s. 102.

ficznymi założeniami systemu prawnego, w centrum którego stoi człowiek i jego zachowanie. Czy prawo i genetyka dotyczą tych samych aspektów działania człowieka, czy operują na podobnej płaszczyźnie badawczej? Innymi słowy, czy mówią o tym samym?

W ciągu ostatniej dekady systemy prawne Europy Zachodniej przestały być odporne na „egzotyczne" argumenty stron procesowych w postępowaniach karnych. Powoływanie się na obrazy mózgu uzyskiwane dzięki użyciu funkcjonalnego magnetycznego rezo-

Co właściwie znaczy stwierdzenie, że poszukuje się biologicznych podstaw zachowań antyspołecznych?

Prace poświęcone stosowalności dowodów genetycznych i ocenie możliwości (lub zagrożeń), jakie niosą one dla nauk prawnych i procesu stosowania prawa, nie postępują wystarczająco szybko, w stosunku do ilości i rodzaju spraw rozstrzyganych w różnych systemach prawnych. Dlatego też trzeba zastanowić się, czy dowody genetyczne powinny mieć wpływ na proces przypisania odpowiedzialności karnej. W artykule tym przywołane zostaną argumenty w celu uzasadnienia tezy, że dopuszczenie dowodów genetycznych w procesach sądowych byłoby w wielu przypadkach przedwczesne.

2. Genetyka behawioralna w sądzie. Case studies

Genetyka behawioralna zawitała na sale sądowe już w latach sześćdziesiątych ubiegłego wieku, kiedy to próbowano argumentować, że osoby z dodatkowym chromosomem Y (mające tzw. zespół XYY) cechuje skłonność do zachowań agresywnych, antyspołecznych i przestępczych, tym samym nie powinny one ponosić odpowiedzialności za swoje czyny albo przynajmniej wymiar kary wobec nich powinien zostać wyraźnie zmniejszony[7]. W ostatnim czasie argumenty przedstawiane przed sądem stały się bardziej złożone i – jedynie z pozoru – bardziej przekonujące, ale sposób argumentacji i jej cel pozostały w dużej mierze niezmienione.

nansu jądrowego (ang. *functional Magnetic Resonance Imaging* – fMRI) czy na badania genetyczne przestało być jedynie domeną – najbardziej otwartego na nowości techniczne – rynku usług prawniczych w Stanach Zjednoczonych.

Przykłady dobrze ilustrujące sposoby wykorzystywania dowodów, nazwijmy je genetycznymi, w Europie Zachodniej można odnaleźć w Republice Włoskiej. Pierwszym przypadkiem, gdy powołano się przed sądem na mutację genetyczną mającą wyjaśniać i usprawiedliwiać zachowanie oskarżonego, była sprawa, w której oskarżony zabił swoją ofiarę. Abdelmalek Bayout, z pochodzenia Algierczyk, mieszkający od trzynastu lat we Włoszech, przyznał się do zasztyletowania w 2007 r. innego imigranta, Felipe Novoa Pereza. W trakcie zeznań, zapytany o motyw zabójstwa Pereza, wyjaśnił, że naśmiewał się on z jego praktyk religijnych. Mianowicie, w trakcie niektórych świąt religijnych muzułmanie mają makijaż na twarzy. Perez naśmiewał się z makijażu Bayouta, co sprawiło, że ten poczuł się obrażony i sprowokowany do działania, które skończyło się zasztyletowaniem Pereza. Tak w skrócie wyglądał stan faktyczny, który został potwierdzony przez świadków. Zgodnie z praktyką stosowania prawa karnego we Włoszech za popełnienie tego typu zbrodni oskarżony zostałby skazany na dwanaście lat więzienia. Przynajmniej tyle dostałby Bayout – zdaniem prawników – gdyby nie działanie jego obrońcy.

Już podczas postępowania przed sądem pierwszej instancji obrońca Bayouta przedstawił opinie biegłych psychiatrów, które miały wskazywać na pewne zabu-

7 D.W. Denno, *Legal Implications of Genetics and Crime Research* (w:) G. Bock, J. Goode (eds.) *Genetics Of Criminal And Antisocial Behaviour*, Chichester 1996, s. 248–264.

rzenia psychiczne, mogące mieć wpływ na proces decyzyjny oskarżonego i które powinny być wzięte pod uwagę przy wymierzaniu kary. Dzięki tym opiniom Bayout, skazany za morderstwo, otrzymał karę dziewięciu lat i dwóch miesięcy pozbawienia wolności. W ramach przesłuchania odwoławczego, które miało miejsce w maju 2009 r., sędzia poprosił o przeprowadzenie dodatkowych badań przez niezależnych ekspertów, ponieważ nie był pewien, czy powinien zaostrzyć, utrzymać czy złagodzić wyrok. Przeprowadzone badania dowodziły, że budowa mózgu skazanego wykazuje pewne odchylenia od normy. Ponadto zostały zidentyfikowane pewne mutacje genetyczne, które zdaniem obrońców mają związek ze skłonnością do zachowań antyspołecznych. Jedna z mutacji genetycznych dotyczyła niskiej ekspresji genu MAOA, odpowiedzialnego za – mówiąc w dużym skrócie – zachowania agresywne i kompulsywne[8]. W szczególności skłonność do takich zachowań mają osoby, które dorastały w „trudnym środowisku", a także te, które były wcześniej prowokowane (tak jak w przypadku Bayout, który twierdził, że został sprowokowany niewybrednymi żartami Pereza). Gen MAOA zyskał sobie w literaturze przedmiotu przydomek gen wojownika (ang. *warrior gene*). Ów gen wojownika budzi jednak powszechne wątpliwości, zwłaszcza jego związek z konkretnym zachowaniem konkretnej jednostki. Opinie głoszące, że mutacja tego genu odpowiedzialna jest za skłonność do zachowań agresywnych, nie są podzielane powszechnie[9]. Metodologia badań nad mutacją genu MAOA i jego związku z cechami behawioralnymi również jest szeroko i krytycznie dyskutowana[10]. Zastrzeżenia te nie miały jednak znaczenia, ponieważ sędzia Reinotti pod wpływem przedstawionych mu dowodów genetycznych i opinii biegłych złagodził wyrok Bayouta o kolejny rok. W uzasadnieniu wyroku można odnaleźć stwierdzenie, że geny oskarżonego „mogły w znacznym stopniu zwiększać poziom agresji w sytuacjach stresowych". Podczas ogłaszania wyroku sędzia stwierdził, że to „dowód genetyczny" był szczególnie przekonujący. Po tym wyroku, kiedy sprawa stała się dość popularna, rozgorzała dyskusja wśród genetyków, prawników i filozofów nauki, czy rzeczywiście można już wykorzystywać tego typu dowody. Wśród wielu opinii, komentujących wyrok, interesujące okazały się zwłaszcza te zaprezentowane przez czasopismo naukowe „Nature", które sprowoko-

Jeśli duża liczba przestępstw popełniana jest przez stosunkowo małą liczbę jednostek i jednostki te można zidentyfikować na bardzo wczesnym etapie ich karier przestępczych albo nawet przed ich rozpoczęciem, to powstrzymanie ich od dokonania czynu zabronionego pozwoli na znaczną redukcję poziomu przestępczości.

8 Zob. R. McDermott, D. Tingley, J. Cowden, G. Frazzetto, D.P. Johnson, *Monoamine oxidase A gene (MAOA) predicts behavioral aggression following provocation*, „Proceedings of the National Academy of Sciences" 2009, vol. 106, nr 7, s. 2118–2123.

9 Zob. C.S. Widom, L.M. Brzustowicz, *MAOA and the „Cycle of Violence": Childhood Abuse and Neglect, MAOA Genotype, and Risk for Violent and Antisocial Behavior*, „Biological Psychiatry" 2006, vol. 60, nr 7, s. 684–689.

10 J. Kaplan, *Misinformation*…, s. 68–72.

wało dyskusję (na przykładzie sprawy Bayouta) nad rolą genetyki w procesach karnych[11].

Podsumowując spory wokół wyroku, można powiedzieć, że nie ma zgody w środowisku uczonych, co do rzeczywistego związku pomiędzy mutacją tego konkretnego genu i skłonnością do zachowań antyspołecznych. Jak się okazało, sceptyczne stanowisko środowiska naukowego nie zostało podzielone przez środowisko prawnicze – w osobie obrońcy skazanego, który zaznaczył, że jego rolą jest poszukiwanie wszelkich informacji mogących mieć znaczenie dla jego klientów. Nie ma więc – z punktu widzenia praktyki stosowania prawa – większego znaczenia, czy dowody genetyczne są wiarygodne, czy też są przykładem tzw. nauki śmieciowej (ang. *junk science*).

W drugim procesie karnym we Włoszech, w którym także wykorzystano dowody neuronaukowe i genetyczne, argumentacja obrońców oskarżonej wyglądała podobnie do tej w sprawie Bayouta. Stefania Albertani, 28-letnia Włoszka, została uznana za winną zamordowania swojej siostry oraz porwania swoich rodziców w celu ich zabicia. Podobnie jak w pierwszej sprawie, początkowo zdecydowano się zapoznać z opiniami biegłych psychiatrów. Ich wyniki okazały się jednak wzajemnie sprzeczne. Zgodnie z jedną z opinii Albertani została uznana za osobę zdrową psychicznie, która w momencie popełnienia czynu była w pełni poczytalna i mogła kierować swoim postępowaniem. Z kolei druga opinia stwierdzała niepoczytalność skazanej. Obrońcy Albertani postanowili sięgnąć po badania neuronaukowe i genetyczne. W sprawę zaangażowano tych samych biegłych, którzy przedstawili swoje opinie w sprawie Bayouta. Badania mózgu wskazały odchylenia anatomiczne w stosunku do grupy kontrolnej, składającej się z dziesięciu kobiet. Przeprowadzone testy genetyczne wykazały niską aktywność genu MAOA. Te dwa fakty pozwoliły na stwierdzenie, że Albertani nie była w pełni poczytalna w trakcie popełniania czynów, za które została skazana. Kierując się treścią opinii biegłych, sędzia Luisa Lo Gatto zmniejszyła wymiar kary z dożywocia do dwudziestu lat pozbawienia wolności. Sąd w wyroku uznał oskarżoną za „częściowo chorą psychicznie"[12].

Te dwie sprawy karne stosunkowo wyraźnie pokazują sposób, w jaki dane genetyczne (i neuronaukowe) mogą wpływać na przebieg procesów sądowych. Obrońcy powołują się na testy genetyczne, ponieważ mogą one, jeśli nie uwolnić od odpowiedzialności ich klientów, to mieć wpływ na zmniejszenie wymiaru kary, a także zmiany miejsca jej odbywania – z zakładu karnego na szpital psychiatryczny.

Dowody genetyczne w sądzie to nie tylko historia ułaskawień i łagodzenia wyroków.

Dowody genetyczne w sądzie to nie tylko historia ułaskawień i łagodzenia wyroków. To prawda, że w większości spraw, w których genetycy występowali w rolach biegłych, testy genetyczne okazywały się pomocne dla oskarżonych. Byli oni skazywani zwykle na mniejsze wyroki, czasem nawet uniewinniani. W gruncie rzeczy można odnieść wrażenie, że genetyka działa na korzyść oskarżonych. Sytuacja ta może w niedalekiej przyszłości ulec zmianie. Nie zawsze dostrzega się bowiem, że genetyczne predyspozycje do określonych zachowań mogą okazać się bronią obosieczną i stać się zagrożeniem dla całego procesu stosowania prawa i polityki karnej.

11 E. Feresin, *Lighter sentence for murderer with 'bad genes'*, „Nature News", http://www.nature.com/news/2009/091030/full/news.2009.1050.html (dostęp: 24 stycznia 2012).

12 Por. B. Bottalico, *The Albertani Case in Italy*, http://kolber.typepad.com/ethics_law_blog/2011/09/the-albertani-case-in-italy-bottalico.html (dostęp: 24 stycznia 2012); J. Hamzelou, *Brain scans reduce murder sentence in Italian court*, http://www.newscientist.com/blogs/shortsharpscience/2011/09/brain-scans-reduce-sentence-in.html (dostęp: 24 stycznia 2012).

W amerykańskim systemie prawnym praktyczne zagrożenia związane z dopuszczalnością dowodów genetycznych zostały dostrzeżone i publicznie wyrażone na sali sądowej w sprawie *State v. Landrigan*. Oskrażonym w tej sprawie był Jeffrey Landrigan. Landrigan urodził się jako Billy Hill, następnie został adoptowany i zmieniły się jego dane. Historia rodzinna Hillów jest historią przemocy. Już dziadek był człowiekiem wykazującym skłonności antyspołeczne, do tego stopnia, że zginął podczas wymiany ognia z policją. Ojciec Billy'ego kontynuował kryminalną karierę swojego ojca i wkrótce po urodzinach syna trafił do więzienia za popełnione przestępstwa. Z kolei matka była klasycznym przykładem narkomanki, która nadużywała alkoholu i w trakcie ciąży zażywała narkotyki. Za co zresztą została pozbawiona opieki nad dzieckiem i Billy trafił do adopcji. W tym miejscu główny bohater zmienia imię i nazwisko na Jeffrey Landrigan. Już jako dziecko sprawiał dużo kłopotów wychowawczych, by w końcu zabić swojego najlepszego przyjaciela. W więzieniu jeden ze współosadzonych zauważył, że Landrigan wygląda bardzo podobnie do innego więźnia, który oczekiwał na wyrok śmierci. Był nim jego biologiczny ojciec. Po krótkim pobycie w więzieniu Landrigan uciekł i znów popełnił morderstwo. Sąd skazał go na karę śmierci, w uzasadnieniu zauważając, że skazany jest wyjątkowo amoralnym człowiekiem, pozbawionym jakichkolwiek skrupułów. W sądzie apelacyjnym obrońcy starali się złagodzić wyrok, powołując się na szereg dowodów genetycznych i „biologicznych". W trakcie procesu obrońcy utrzymywali, że sędzia powinien wziąć pod uwagę: (1) historię przemocy rodziny Hill i jej wpływ na zachowanie Landrigana, odrzucenie przez matkę zaraz po urodzeniu, (2) genetyczną skłonność do narkomanii i alkoholizmu, która miałaby być wynikiem zażywania narkotyków i nadużywania alkoholu przez matkę w czasie ciąży, (3) genetycznie uwarunkowaną skłonność do przemocy[13]. Tak skonstruowany ciąg argumentów prowadził do następującego wniosku: Landrigan nie może odpowiadać za swoje czyny jak człowiek zdrowy psychicznie, ponieważ nie był i nie jest w stanie kierować swoim postępowaniem. Dominującym czynnikiem odpowiedzialnym za jego decyzje nigdy nie była „wolna wola", ale czynniki genetyczne i środowiskowe. Ta łatwa do przewidzenia konkluzja nie była jednak tak oczywista dla sądu apelacyjnego. Sąd zwrócił uwagę na egzotyczny charakter dowodów genetycznych. Odniósł się także do podwójnej roli, jaką badania genetyczne faktycznie mogą odegrać w procesach karnych. Mogą one, co prawda – jak pisał sąd w uzasadnieniu wyroku – być wykorzystywane w jakimś ograniczonym zakresie do argumentacji na rzecz złagodzenia wyroku, to jednak w pierwszej kolejności przekonują sąd, że ma on do czynienia z oskarżonym, który jest zagrożeniem dla społeczeństwa i bez względu na resocjalizacje zawsze nim będzie. Dlatego badania genetyczne mogą obrócić się przeciwko tym, którzy się na nie powołują, ponieważ nie tyle udowadniają oni, że oskarżeni nie byli w stanie kierować swym postępowaniem w momencie popełnienia przestępstwa, ile, że w dalszym ciągu nie mogą tego robić i że w przyszłości również zdolność do podejmowania decyzji w ich przypadku będzie zaburzona. Może pojawić się więc tendencja do skazywania takich ludzi – niejako – prewencyjnie[14].

Badania genetyczne są dzisiaj nowym elementem procesów karnych, wpływającym na wymiar kary.

Badania genetyczne są dzisiaj nowym elementem procesów karnych, wpływającym na wymiar kary. Uwagi krytyczne w odniesieniu do metodologii badań

13 Zob. O.D. Jones, *Behavioral Genetics And Crime, In Context* (w:) N.A. Farahany, J.E. Coleman, Jr (eds.), „Law and Contemporary Problems. The Impact of Behavioral Genetics on the Criminal Law" 2006, vol. 69, nr 1, s. 81–100.

14 Zob. N.A. Farahany, J.E. Coleman, Jr, *Genetics And Responsibility: To know the Criminal From The Crime* (w:) N.A. Farahany, J.E. Coleman, Jr (eds.), „Law and Contemporary…", s. 115–164.

genetycznych i interpretacji ich wyników, a także krytyka praktyki ich wykorzystywania w sądach, pozostają w dużej mierze niezauważone. Jest to szczególnie widoczne na przykładzie ilości spraw, w których genetycy behawioralni występowali w rolach biegłych sądowych. W okresie 2004–2009 liczba spraw w Stanach Zjednoczonych, w których prawnicy sięgali do genetyki behawioralnej, przekroczyła dwieście, w Wielkiej Brytanii takich spraw było co najmniej dwadzieścia[15]. Liczby te systematycznie rosną, część wyroków wydanych w tego rodzaju sprawach ma znaczący wpływ na linię orzeczniczą, a tym samym na całość systemu prawnego.

Ocena, czy tendencja ta jest usprawiedliwiona, zależy od wielu kwestii. W następnym kroku dyskusja zostanie przeniesiona na grunt prawa karnego, w celu zidentyfikowania etapu procesu karnego, gdy genetyka wkracza na salę sądową. W kolejnych częściach tekstu znajdzie się próba odpowiedzi na pytanie, czym zajmuje się genetyka behawioralna i jakich właściwie dowodów może dostarczyć.

3. Prawo karne i genetyka behawioralna

Dlaczego – można by zapytać – genetyka stanowi gorący temat na gruncie prawa karnego i jest ledwo zauważana przez praktyków zajmujących się pozostałymi gałęziami systemu prawnego? Dzieje się tak przede wszystkim dlatego, ponieważ prawo karne wydaje się być szczególnie podatne na wiedzę, która jakoby ma być dostarczana przez genetyków behawioralnych. Badanie biologicznych podstaw zachowań i mechanizmów odpowiedzialnych za podejmowanie decyzji ma – w opinii wielu – odpowiedzieć na szereg fundamentalnych pytań, które pojawiają się w większości spraw karnych.

Struktura przestępstwa na podstawie polskiego kodeksu karnego i komentarza pod red. Andrzeja Zolla[16] jest następująca. Po pierwsze, przestępstwo jest zachowaniem człowieka spełniającym warunki do uznania go za czyn (nie jest wynikiem działania czynników mechanicznych, „pozaludzkich" itd.). Takie zachowanie człowieka narusza normę prawną, a gdy jednocześnie nie występują okoliczności je uzasadniające, to mamy do czynienia z czynem bezprawnym. Czyn bezprawny jest jednocześnie czynem karalnym, wtedy gdy naruszenie normy prawnej jest zagrożone sankcją karną; w opisywanych powyżej przypadkach takimi sankcjami była kara więzienia (*casus* Bayouta i Stefani) i kara śmierci (*casus* Landrigna). Czyn karalny jest jednocześnie czynem karygodnym, jeżeli jest społecznie szkodliwy. Newralgicznym – z punktu widzenia celów pracy – etapem w rekonstruowaniu struktury przestępstwa jest pytanie, czy konkretny czyn jest zawiniony, czyli czy można sprawcy przypisać winę. Zasada *nullum crimen sine culpa* należy do podstawowych reguł rządzących prawem karnym. Wina stanowi warunek konieczny dla stosowania kary. Ponadto stopień winy pełni funkcję modyfikującą wymiar kary:

> **Art. 53**
> § 1. Sąd wymierza karę według swojego uznania, w granicach przewidzianych przez ustawę, bacząc, by jej dolegliwość nie przekraczała stopnia winy, uwzględniając stopień społecznej szkodliwości czynu oraz biorąc pod uwagę cele zapobiegawcze i wychowawcze, które ma osiągnąć w stosunku do skazanego, a także potrzeby w zakresie kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa[17].

Warunkiem przypisania winy jest twierdząca odpowiedź na pytanie, czy można sprawcy przestępstwa zarzucić, że w czasie swego bezprawnego, karalnego i karygodnego czynu złamał prawo, czy można było wymagać od niego podporządkowania się normie prawnej. Za winę należy uznać nieusprawiedliwioną wadliwość procesu decyzyjnego. Sprawcy można przypisać winę, gdy charakteryzuje się dojrzałością (art. 10 k.k.) i poczytalnością. W prawie karnym występują okoliczności wyłączające winę. Jedną z nich jest właśnie niepoczytalność sprawcy czynu:

> **Art. 31**
> § 1. Nie popełnia przestępstwa, kto, z powodu choroby psychicznej, upośledzenia umysłowego

15 E. Feresin, *Lighter sentence…*, *passim*.

16 Zob. Andrzej Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz. Tom I. Komentarz do art. 1–116 k.k.*, Kraków 2004.

17 Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. Nr 88 poz. 553 z późn. zm.); dalej: k.k.

lub innego zakłócenia czynności psychicznych, nie mógł w czasie czynu rozpoznać jego znaczenia lub pokierować swoim postępowaniem.
§ 2. Jeżeli w czasie popełnienia przestępstwa zdolność rozpoznania znaczenia czynu lub kierowania postępowaniem była w znacznym stopniu ograniczona, sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary[18].

sensie geny mogą wpłynąć na proces decyzyjny niespełna trzydziestoletniej kobiety – w taki sposób, że zabija ona swoją siostrę i próbuje także zamordować swoich rodziców? W jaki sposób mutacja genetyczna prowadzi do braku samokontroli – do tego stopnia, że obrażany człowiek rzuca się z nożem w celu zabicia szydercy? Czym w takim razie zajmuje się genetyka behawioralna? jaki jest jej status? co faktycznie może

W jakim sensie geny mogą wpłynąć na proces decyzyjny niespełna trzydziestoletniej kobiety w taki sposób, że zabija ona swoją siostrę i próbuje także zamordować swoich rodziców?

Kodeks karny wyraźnie stwierdza, że w sytuacji zakłócenia czynności psychicznych, gdy nie można kierować swym postępowaniem, wina nie może być przypisana (czyn niezawiniony). Z kolei drugi paragraf wskazuje, że w sytuacji, gdy sprawca ma znaczne problemy z kontrolą nad własnym postępowaniem, sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary.

W tym właśnie miejscu ścieżki genetyki behawioralnej i prawa karnego mogą się przeciąć. Teza głosząca, że zachowania z użyciem przemocy są efektem konstrukcji biologicznej i pozostają poza kontrolą sprawcy, sugeruje, że takie zachowanie nie może być zawinione, ponieważ sprawca nie mógł w całości lub w części pokierować swoim działaniem. Bayoutowi nie można przypisać winy, ponieważ wystąpiła u niego usprawiedliwiona wadliwość procesu decyzyjnego, kiedy to decydował się zasztyletować Pereza, gdy ten czynił mu wymówki. Podobnie Stefani, w związku ze strukturalnymi zmianami w mózgu i wystąpieniem mutacji genetycznych, stanowi przykład osoby mającej problem z podejmowaniem decyzji, której korzenie tkwią przecież w jej konstrukcji biologicznej.

Pytanie, które pojawia się niejako naturalnie, dotyczy wpływu genów na zachowania jednostki. W jakim

18 *Tamże.*

powiedzieć o biologicznych podstawach procesów decyzyjnych? i czy związek pomiędzy genami a zachowaniem jest związkiem przyczynowym tak łatwym do prześledzenia, jakby mogło to się wydawać na przykładzie przywołanych powyżej spraw?

4. Genetyka behawioralna – w czym rzecz?

Genetyka behawioralna nie jest wynalazkiem XX wieku. Właściwie należy zgodzić się z twierdzeniem, że ma ona bardzo długą przeszłość, ale krótką historię[19]. Ten zagadkowy opis odnosi się do faktu, że już w pismach starożytnych filozofów odnaleźć można fragmenty poświęcone dziedzicznemu charakterowi pewnych cech fizycznych lub pewnych zachowań. Jednak mówienie o genetyce behawioralnej w przypadku owych prac byłoby nadużyciem – z wielu powodów. Przyjmuje się, że na mapie dyscyplin naukowych pojawiła się ona wraz z wydaniem podręcznika *Behavior Genetics*, autorstwa J.L. Fullera i W.R. Thompsona[20]. Od tego momentu trwa nieprzerwany rozwój genetyki behawioralnej, któremu towarzyszy szerokie

19 J.C. Loehlin, *History of Behavior Genetics* (w:) Y.-K. Kim (ed.) *Handbook of Behavior Genetics*, New York 2009, s. 3–11.

20 J.L. Fuller, W.R. Thompson, *Behavior Genetics*, New York 1960.

zainteresowanie mediów. Odkrycia w tej dziedzinie stają się przedmiotem mniej lub bardziej wnikliwych analiz w naukach politycznych, prawnych, humanistycznych.

Metodologia badań genetycznych jest skomplikowana i niejednorodna. Jej kompleksowe omówienie przekracza cele postawione w tej pracy i nie jest tu kluczowe. Dla porządku należy jednak wyjaśnić choć w kilku słowach, co właściwie bada genetyka i jakimi narzędziami się posługuje. Genetyka behawioralna to dziedzina biologii zajmująca się badaniem genetycznych podstaw zachowania. Jest nauką interdyscyplinarną, wykorzystującą dane biologiczne, genetyczne, psychologiczne, a także sięgającą po narzędzia statystyczne. Jest nauką o wpływie genów i środowiska na konkretne cechy fizyczne i behawioralne. By określić stopień „dziedziczności" cechy X, wykorzystywane są różne narzędzia badawcze. W klasycznym paradygmacie uczeni badają np. różnice w zachowaniach pomiędzy bliźniakami zamieszkującymi to samo lub różne środowiska. W paradygmacie molekularnym (QTL – ang. *quantitative trait loci*) konkretne fragmenty DNA są identyfikowane i badane pod kontem ich znaczenia dla tak złożonych cech behawioralnych jak chociażby zachowania antyspołeczne[21]. Mamy więc dwa paradygmaty badawcze w genetyce behawioralnej. Każdy z nich w inny sposób stara się określić wpływ genów i środowiska. Uczeni różnią się między sobą nie tylko poprzez przyjmowaną metodę, ale również poprzez stawiane sobie cele.

W zależności od przyjmowanych celów koncentrują się oni na (1) poszukiwaniu różnic w zachowaniach pomiędzy różnymi osobnikami albo na (2) badaniu zachowań, które są wspólne dla większości osobników danej społeczności lub gatunku[22]. W zależności od rodzaju przyjętych celów przyjmowane są różne strategie postępowania. W pierwszym przypadku, gdy poszukiwane są przyczyny występujących różnic w zachowaniach pomiędzy różnymi osobnikami, szuka się związku między różnymi cechami fenotypowymi i różnicami w rozwoju danego organizmu, wynikającymi bądź z różnic w strukturze genetycznej, bądź będących efektem zmian w środowisku, w którym organizm przebywał. Podstawowymi pytaniami zadawanymi w takich badaniach są pytania typu: czy osoby bardziej skłonne do zachowań agresywnych mają także określone geny? W drugim przypadku uczeni chcą dowiedzieć się, w jaki sposób określone cechy behawioralne rozwijają się w normalnych warunkach (np. w jaki sposób ludzie nabywają zdolność do posługiwania się językiem?)[23]. W każdym z tych dwóch przypadków nadzieje na odkrycie genetycznych korzeni cech behawioralnych są równie duże.

Do niedawna jednym z założeń metodologicznych było przeświadczenie, że jedyną poprawną relacją oddającą związek pomiędzy genami i zachowaniem jest zależność, którą można zapisać w następujący sposób: jeden gen → jedna cecha fenotypowa (behawioralna). To przeświadczenie było powodem wielu nieporozumień, tak wśród samych genetyków behawioralnych, którzy zaczęli przekonywać, że większość naszych cech można wyjaśnić właśnie za pomocą badań genetycznych, jak i wśród szerszego grona uczonych, którzy obawiali się odrodzenia determinizmu genetycznego i już na wstępie obwoływali się jego wrogami (na szczęście głównym wrogiem determinizmu genetycznego jest właśnie genetyka behawioralna i uzyskiwane na jej gruncie wyniki badań). Nie powinno

Genetyka behawioralna nie jest wynalazkiem XX wieku.

21 L.A. Baker, S. Bezdjian, A. Raine, *Behavioral Genetics: The Science of Antisocial Behavior* (w:) N.A. Farahany, J.E. Coleman, Jr (eds.), „Law and Contemporary Problems…" 2006, vol. 69, nr 1/2, s. 7–46.

22 J. Kaplan, *Misinformation*…, s. 47.

23 *Tamże*, s. 48–49.

jednak dziwić, że wiązano z koncepcją „jednego genu" duże nadzieje. Oto otwierały się możliwości powiązania konkretnych genów z konkretnymi cechami. Poszukiwano genu odpowiedzialnego za inteligencję (*smart gene*), zachowania antyspołeczne (*warrior gene*), homoseksualizm (*gay gene*). I choć w psychiatrii założenie jednego genu niekiedy się sprawdzało, to miało to miejsce na zasadzie wyjątku od reguły[24]. W takim razie w dalszym ciągu bez odpowiedzi pozostaje pytanie, jaka jest właściwie zależność pomiędzy genami, środowiskiem i cechami fenotypowymi.

Nauka nie znosi uproszczeń. Wcześniej czy później popełnione nadużycia, błędne interpretacje czy niepełne wyjaśnienia muszą ujrzeć światło dzienne.

Między genami, neuronami i środowiskiem (i znów genami)

Nauka nie znosi uproszczeń. Wcześniej czy później popełnione nadużycia, błędne interpretacje czy niepełne wyjaśnienia muszą ujrzeć światło dzienne. Nie inaczej rzecz ma się na gruncie genetyki behawioralnej. Badania nad złożonymi cechami fenotypowymi, takimi jak skłonność do zachowań antyspołecznych, nie mogą być i nigdy nie będą opisane w prostej relacji gen – zachowanie. By dobrze zrozumieć ogólne problemy związane z badaniami genetycznymi, a w dalszej perspektywie, by zyskać wiedzę, która umożliwia dokonanie oceny, czy badania genetyczne mogą (i czy powinny) wpływać na zmianę wymiaru kary, należy zapoznać się z podstawowymi regułami opisującymi proces wzajemnego oddziaływania genów i środowiska.

Kamieniem milowym w pracach nad wpływem genów i środowiska na późniejsze zachowania organizmu były badania prowadzone nad nicieniem *Caenorhabditis elegans* (dalej: *C. elegans*)[25], który został uznany za organizm modelowy dla biologii[26]. Dany organizm jest organizmem modelowym, kiedy spełnia określony szereg warunków. Przede wszystkim jego badanie pozwala na zrozumienie fundamentalnych procesów biologicznych, zachodzących być może nie tylko w badanym organizmie, ponieważ istnieje szansa, że te same procesy mają miejsce we wszystkich organizmach żywych. Nie oznacza to tym samym, że wyniki uzyskane w badaniach nad *C. elegans* można w prosty sposób odnieść do organizmów wyższych, w tym do człowieka. Pomimo znacznych różnic w budowie i funkcjonowaniu pomiędzy *C. elegans* a organizmami wyższymi[27], które stanowią przeszkodę w bezkrytycznym posługiwaniu się uzyskanymi informacjami do opisu człowieka, mogą one stanowić bardzo użyteczny punkt wyjścia do oceny złożoności oddziaływania czynników genetycznych i środowiskowych na konkretny organizm i jego zachowanie.

Jest prawie że truizmem stwierdzenie, że jeden neuron jest produktem wielu genów. Ten powszechnie akceptowany fakt niech posłuży za punkt wyjścia:

24 A.J. Tobin, *Amazing Grace. Sources of Phenotypic Variation in Genetic Boosterism* (w:) R.A. Carson, M.A. Rothstein (eds.), *Behavioral Genetics…*, s. 4.

25 *C. elegans* to nicień o długości ok. 1 mm, żyjący w glebach w klimacie umiarkowanym. Jest pierwszym organizmem wielokomórkowym, którego genom zsekcjonowano; w 1998 roku. Ponadto jest jedynym dotychczas organizmem ze znanym konektomem, co oznacza, że uczeni dysponują kompletną mapą sieci jego połączeń neuronalnych. Zob. D. Castelvecchi, *Posłuszny robak*, „Świat Nauki" 2011, nr 4, s. 18 i n.

26 K. Schaffner, *Complexity and Research Strategies in Behavioral Genetic,* (w:) R.A. Carson, M.A. Rothstein (eds.), *Behavioral Genetics…*, *passim*.

27 Zob. R.E. Greenspan, E. Kandel, T. Jessel, *Genes and Behavior* (w:) E. Kandel (ed.) i inni, *Principles of Neural Science*, New York 1995.

[1] x genów → jeden neuron.

Kolejnym elementem układanki będzie równie niewzbudzające kontrowersji stwierdzenie:

[2] x neuronów → jeden wzorzec zachowań.

To najprostszy, najkrótszy i niepełny opis sposobu, w jaki geny wpływają na nasze wzorce zachowań; dzieje się to poprzez ich wpływ na rozwój komórek nerwowych. Należałoby go zresztą uzupełnić poprzez modyfikację reguły drugiej, która przyjmie formę następującą:

[2'] x neuronów (działających jako system/obwód) → jeden wzorzec zachowań.

System neuronów jest siecią powiązanych ze sobą komórek nerwowych przetwarzających określony typ informacji. Ponadto należy dodać, że pojedynczy system neuronów może pokrywać się z innymi. Daje to więc w efekcie sytuację, w której jeden system neuronów „współorganizuje" różne wzorce zachowań:

[2"] x neuronów (jeden system/obwód) → różne wzorce zachowań.

I znów, gdyby zatrzymać się na tym etapie, przedstawiony wyżej opis byłby niepełny. Dla pełnej deskrypcji interesującego nas oddziaływania bardzo ważne znaczenie ma występowanie genów plejotropowych. Geny takie wpływają na rozwój i różne funkcje komórek nerwowych. Nie tylko wpływają na różne typy komórek nerwowych, ale także determinują rozwój i cechy komórek tego samego typu. To właśnie ta cecha nosi nazwę *plejotropii*. Oznacza to, że mutacja jednego genu plejotropowego może mieć wpływ na zmianę wielu cech fenotypowych[28]. Występowanie genów plejotropowych wymaga wprowadzenia kolejnej reguły opisującej wpływ genów na zachowanie. Jeden gen może wpływać na wiele systemów neuronalnych, a tym samym na wiele funkcji, które te systemy pełnią:

[3] jeden gen → kilka systemów/obwodów neuronalnych → kilka różnych cech fenotypowych i behawioralnych (różne wzorce zachowań).

Kolejna reguła jest niezwykle ciekawa nie tylko dla osób zajmujących się badaniem związków pomiędzy prawem a genetyką behawioralną, ale także może stać się przedmiotem dociekań tych osób, które analizują relację pomiędzy prawem i neuronaukami. Reguła ta, równie powszechnie akceptowana jak trzy powyższe, stanowi, że jedna komórka nerwowa może mieć znaczący wpływ na różne cechy behawioralne. Nie oznacza to, że jeden neuron odpowiedzialny jest za szereg różnych zachowań. Reguła ta mówi jedynie, że jedna komórka nerwowa może być zaangażowana w określony charakter cechy fenotypowej lub behawioralnej:

[4] jeden neuron → różne wzorce zachowań.

Ta cecha neuronów zyskała swą nazwę dzięki publikacji Churchland i Sejnowkiego[29]. Nazywają oni ten typ wielozadaniowych komórek nerwowych mianem neuronów multifunkcjonalnych. Ich odkrycie zmniejszyło entuzjazm wszystkich tych, którzy starali się tłumaczyć zachowania przez odwoływanie się do funkcjonowania komórek nerwowych. I choć odkrycie to stanowi poważne utrudnienie na drodze wyjaśniania zachowań poprzez odwoływanie się do ich biologicznych podstaw, to przeprowadzane dotychczas badania pokazały, że ciągle jest to możliwe[30].

Mając opracowany genom i konektom, tak jak w przypadku *C. elegans*, wciąż trzeba spodziewać się niespodziewanego. W trakcie rozwoju dwóch identycznych genetycznie organizmów pojawiają się różne powiązania synaptyczne. Skutkuje to różnicami anatomicznymi w budowie ich systemów nerwowych, co z kolei może mieć przełożenie na różne typy cech fenotypowych. Na dzień dzisiejszy odpowiedź na pytanie, dlaczego pojawiają się różnice, pozostaje nieznana. Opracowano trzy możliwe scenariusze. Zgodnie

28 Zob. C.I. Bargmann, E. Hartwieg, H.R. Horvitz, *Odorant-selective genes and neurons mediate olfaction in C. elegans*, „Cell" 1993, vol. 74, nr 3, s. 515–527.

29 P. Churchland, T.J. Sejnowski, *The Computational Brain*, Cambridge, Massachusetts 1992, s. 349.

30 Zob. S. Wicks, C. Rankin, *Integration of mechanosensory stimuli in Caenorhabditis elegans*, „The Journal of Neuroscience" 1995, vol. 15, s. 2434–2444.

z pierwszym scenariuszem różnice te są udziałem mutacji genetycznych, które obecnie są niemożliwe do zidentyfikowania. Drugi scenariusz przenosi odpowiedzialność za pojawiające się odstępstwa – z genów na środowisko. Zgodnie z nim różnice są wynikiem adaptacji konkretnych organizmów do – nawet minimalnych – zmian w środowisku. Ostatni scenariusz odnosi się do stochastycznego charakteru procesów rozwojowych organizmów. Identyczne genetycznie organizmy w zbliżonych środowiskach wykazują różne powiązania neuronalne, co jest wynikiem „szumu rozwojowego" – losowego elementu w procesie rozwoju[31]:

[5] rozwój stochastyczny → różne systemy neuronalne.

Pięć powyższych reguł zostało opracowanych w oparciu o badania nad strukturą genetyczną i siecią neuronalną jednomilimetrowego nicienia *C. elegans*. Opisują one – oczywiście na dużym poziomie ogólności – zależność pomiędzy genami, neuronami, systemami neuronalnymi i zachowaniami. Ich sformułowania nie odnoszą się jednak tylko do czynników biologicznych, ponieważ ostatnia, piąta reguła dopuszcza działanie czynników przypadkowych, które mogą mieć genezę środowiskową. Zgodnie z treścią ostatniej reguły czynniki środowiskowe modyfikują połączenia nerwowe, co przekłada się na odmienne wzorce zachowań w przypadku osobników niemalże identycznych genetycznie.

Każdy opis genetyki behawioralnej, również ten przywołany wcześniej, odnosi się do badania wpływu genów i środowiska, i ich wzajemnej zależności. Gdyby więc poprzestać tylko na tych pięciu regułach, należałoby uznać, że wpływ środowiska jest co najwyżej przypadkowy, jedynie nieznacznie modyfikuje zaprogramowany biologicznie rozwój organizmu. Gdyby pozostać przy tym obrazie, byłby on nie tyle niepełny, co zasadniczo błędny.

Wpływ czynników środowiskowych na wzorce zachowań jest znacznie donioślejszy, co również zostało zaobserwowane w trakcie badań nad reakcjami *C. elegans*. Dlatego dwa rodzaje plastyczności połączeń nerwowych (zjawisko uczenia się lub adaptacji) muszą być wzięte pod uwagę. Po pierwsze, prace nad *C. elegans* pozwoliły zaobserwować krótkookresową adaptację tego organizmu do zmieniających się warunków zewnętrznych. Sytuacja była jeszcze lepiej widoczna, gdy organizmy zostały wygłodzone i zorganizowane w stado, co wpływało na znaczne modyfikacje w ich zachowaniu; modyfikacje znikały po nakarmieniu i odseparowaniu organizmów. Schaffner proponuje dodanie kolejnych dwóch reguł rządzących interesującym nas procesem:

[7] różne środowiska → różne zachowania,
[7'] środowisko → ekspresja genetyczna → zachowanie.

Innymi słowy: w zależności od środowiska, w którym żyje dany organizm, inaczej będzie następował jego rozwój. Inaczej będzie przebiegał proces budowy połączeń nerwowych, które odpowiedzialne są za modyfikację „wrodzonych" wzorców zachowań. I znów sytuacja staje się bardziej złożona. Oprócz procesów „czysto" biologicznych duży wpływ na zachowania mają czynniki środowiskowe, które powodują modyfikację czynników biologicznych. Przewidywalność wzorców zachowań w przypadku konkretnego osobnika – albo chociaż ich wyjaśnienie – wydają się być obarczone niezwykłym stopniem złożoności. Nie tyle konieczne jest poznanie struktury biologicznej danego organizmu (konkretnego), ale także należy wziąć pod uwagę środowisko, w którym organizm ten się rozwijał, by móc odpowiednio odnieść się do wpływu czynników środowiskowych na czynniki biologiczne, a tym samym na wzorce zachowań. Co więcej, gdyby wzajemna zależność pomiędzy genami, neuronami i środowiskiem przedstawiała zbyt małe wyzwanie, to koniecznie trzeba jeszcze wziąć pod uwagę, że pomiędzy samymi genami zachodzą ważne i interesujące procesy[32]. Wyróżnić można między innymi geny *supersorowe*, które znoszą działanie innych genów, lub *geny epistatyczne*, które hamują działanie innych genów. W związku z tym można zaproponować ostatnią, ósmą regułę:

[8] jeden gen → inny gen → zachowanie.

W tym wypadku „→" oznacza „wpływa na", „oddziałuje na" lub „prowadzi do".

31 K. Schaffner, *Complexity and Research…*, s. 75.

32 *Tamże*, s. 75.

Ten zrekonstruowany zbiór ośmiu reguł jest uogólnieniem zasad rządzących genetyczną plejotropią, neuronalną wielofunkcyjnością, plastycznością i interreakcjami genetycznymi. Należy zaznaczyć, że te osiem reguł zostało opracowane w oparciu o badania nad *Caenorhabditis elegant*, organizmem, który – przypomnijmy – jest wolno żyjącym nicieniem o długości około 1 mm, oraz na podstawie badań prowadzonych nad muszką owocową (*Drosophila melanogaster*).

Dla celów porządkowych przywołajmy je jeszcze raz, tym razem wszystkie:

[1] dowolny gen może wpływać na wiele różnych zachowań, w części poprzez wpływ na różne neurony (plejotropia – jeden gen ma wpływ na wiele cech fenotypowych),

[2] dowolny neuron może być wynikiem „działania" wielu genów,

[3] różne geny wpływają w złożony proces na rozwój poszczególnych genów,

[4] jedno zachowanie jest wynikiem działania wielu neuronów (systemów neuronalnych),

[5] jeden neuron może być zaangażowany w różne wzorce zachowań,

[6] różne środowiska rozwojowe będą skutkowały różnymi wzorcami zachowań, nawet w przypadku organizmów genetycznie identycznych (fenotypiczna plastyczność),

[7] rozwój jest stochastyczny – identyczne genetycznie organizmy wyhodowane w identycznych (niemal) środowiskach będą wykazywały różne wzorce zachowań, będące skutkiem różnych powiązań synaptycznych (zjawisko „szumu rozwojowego"),

[8] ekspresja genowa zależna jest od czynników epigenetycznych[33].

Jeżeli te reguły w sposób właściwy opisują procesy rządzące wpływem genów i środowiska na zachowania i jeżeli mają one mieć zastosowanie do organizmów bardziej skomplikowanych niż *C. elegans*, w tym człowieka, to nie zezwalają na proponowanie uproszczonych wyjaśnień, próbujących w prosty sposób zidentyfikować genetyczną podstawę konkretnego zachowania. Skomplikowanie tego procesu pozwala zrozumieć, dlaczego tak trudno zidentyfikować pojedyncze geny, które są odpowiedzialne za choroby psychiczne i zachowania związane z przemocą. Nie jest on skądinąd jedyną propozycją próbującą wyjaśnić biologiczne podstawy zachowania. Na marginesie należy zaznaczyć, że inną propozycją jest model rozwojowy, który kładzie szczególny nacisk na rolę czynników środowiskowych w kształtowaniu określonych cech behawioralnych.

Oprócz procesów „czysto" biologicznych na zachowania duży wpływ mają czynniki środowiskowe, które powodują modyfikację czynników biologicznych. Przewidywalność wzorców zachowań w przypadku konkretnego osobnika – albo chociaż ich wyjaśnienie – wydają się być obarczone niezwykłym stopniem złożoności.

33 J. Kaplan, *Misinformation*…, s. 52–53.

5. Genetyka i prawo. Naukowy mezalians?

Spróbujmy połączyć w jedną całość to, co udało się do tej pory ustalić. W systemach prawnych wielu państw – w mniejszym lub większym stopniu – zaczynają być wykorzystywane wyniki testów genetycznych w celach procesowych. Głównie w celu zmniejszenia wymiaru kary. Odwoływanie się do genetyki behawioralnej ma więc swoje uzasadnienie praktyczne. Jest ona w rękach adwokatów i biegłych skutecznym narzędziem w walce o dobro oskarżonych. Prawnicy zobowiązani są do poszukiwania dowodów mogących mieć znaczenie dla ich klientów. I to właśnie obrońcy chętnie wykorzystują ten obowiązek do przedstawiania na rzecz swoich klientów wszelkich możliwych dowodów, jakie mogą zostać dopuszczone. Dokładnie ten mechanizm zadziałał w omawianych sprawach Bayouta, Stefani i Landrigana.

Pytanie, jakie należy postawić w tym miejscu, dotyczy uzasadnienia naukowego (czy metodologicznego) takich poczynań. Czy genetyka behawioralna rzeczywiście – na chwilę obecną – może być uznana za tę dziedzinę, która dostarczy odpowiednich informacji wpływających na proces przypisania winy w procesie karnym? Otóż odpowiedź na tak postawione pytanie nie może być twierdząca. Bezsprzecznie genetyka behawioralna ma na swoim koncie spektakularne sukcesy. Jednak w perspektywie teorii prawa karnego nie mówi ona nic, co można by – lub powinno się – wykorzystywać w sądzie. Relacja pomiędzy genami a środowiskiem i zachowaniami jest relacją w najwyższym stopniu złożoną. Dobrze ten proces ukazują badania nad wpływem – wspominanego już wielokrotnie – genu MAOA na zwiększanie skłonności do zachowań agresywnych. Oprócz wielu zarzutów metodologicznych, które pojawiają się niemal zawsze w dyskusji dotyczącej funkcji „genu wojownika", warto odnotować bardzo interesujący fakt. Niska aktywność MAOA w przypadku osób, które dorastały w środowisku pełnym przemocy, nie gwarantuje pojawienia się niekontrolowanych zachowań agresywnych. Podobnie wysoka aktywność MAOA i wychowanie w środowisku wolnym od przemocy nie gwarantują, że dana osoba nie będzie w swoim dorosłym już życiu przejawiała skłonności do nieuzasadnionych zachowań agresywnych. Jedna kwestia nie ulega wątpliwości. W pracach nad wpływem MAOA na zachowania zostało wykazane, że statystycznie istotnym czynnikiem, w każdym przypadku zwiększającym ryzyko zachowań agresywnych, jest dorastanie w środowisku pełnym przemocy. Wnioski, jakie płynęły z tego badania, są bardzo interesujące. Jeżeli chcemy zmniejszyć przestępczość, to nie powinniśmy szukać kuracji farmakologicznych dla osób z mutacją MAOA, ale przede wszystkim powinniśmy starać się wyeliminować zjawisko przemocy domowej[34].

Prawnicy zobowiązani są do poszukiwania dowodów mogących mieć znaczenie dla ich klientów. I to właśnie obrońcy chętnie wykorzystują ten obowiązek do przedstawiania na rzecz swoich klientów wszelkich możliwych dowodów, jakie potencjalnie mogą zostać dopuszczone.

34 *Tamże*, s. 70–72.

Badania nad MAOA nie mówią za dużo o charakterze ograniczeń, jakie nałożone są na zdolność do podejmowania decyzji przez osoby dotknięte tą mutacją genetyczną, a już na pewno nie mówią nic relewantnego dla procesów przypisywania winy w procesie karnym. Ich związek z poczytalnością sprawcy jest jedynie związkiem skojarzeniowym, polegającym na kojarzeniu pewnych faktów z zakresu genetyki i prawa, a nie na ich wnikliwym analizowaniu i rzetelnej ocenie.

Czy genetyka behawioralna rzeczywiście – na chwilę obecną – może być uznana za tę dziedzinę, która dostarczy odpowiednich informacji wpływających na proces przypisania winy w procesie karnym?

6. Dwa słowa na koniec

W artykule tym można z jednej strony zaobserwować łatwość w posługiwaniu się dowodami genetycznymi na sali sądowej. Z drugiej strony uczeni w dalszym ciągu zachowują pełen rezerwy dystans w stosunku do wyników prac identyfikujących biologiczne podstawy zachowań. Przeciwko wykorzystaniu genetyki w sądzie można podnieść szereg różnych argumentów.

Po pierwsze, przypisywanie winy (czy nawet odpowiedzialności) przeprowadza się w oparciu o pojęcia, które nijak mają się do pojęć z zakresu genetyki behawioralnej i nie ma prostego algorytmu, który łączyłby np. „ograniczoną poczytalność" z „potencjalną zwiększoną skłonnością do zachowań agresywnych".

Po drugie, wątpliwości natury metodologicznej także stanowią poważną przeszkodę. Poznanie genomu i konektomu *C. elegans* oraz poszukiwanie genetycznych podstaw zachowań tego modelowego organizmu jest krokiem naprzód. Jednak to ciągle za mało, by ekstrapolować prawidłowości, które pojawiły się w pracach nad innymi organizmami, na konkretne zachowania człowieka, w celu wyjaśnienia ich przyczyn. Zwłaszcza gdy ta ekstrapolacja nie stanowi hipotezy badawczej (wówczas byłby to zabieg w pełni uzasadniony).

Po trzecie, badania nad wpływem genów na człowieka należą w psychiatrii do mainstreamowych, ale daleka stąd droga do nauk prawnych i trudno godzić się na twierdzenia, że genetyka behawioralna może zmienić dotychczasowy sposób myślenia o prawie karnym.

Po czwarte, jak można było zaobserwować w przywołanych na początku pracy sprawie Bayouta i sprawie Stefani, sędziowie orzekający – w obu przykładowych sprawach – wydają się być bardziej przekonani o doniosłości dowodów genetycznych niż społeczność naukowa.

Trudno jednak obrażać się na rzeczywistość. Nieprzygotowanie sędziów do orzekania w sprawach, gdzie pojawiają się dowody neuronaukowe i genetyczne, skuteczne poszukiwanie dowodów biologicznych przez obrońców, zdrowy dystans środowiska naukowego, które ze sceptycyzmem podchodzi do takich „dowodów", sprawiają, że genetyka behawioralna jest obecna na sali sądowej i zapewne zostanie tam na dłużej. Nie wydaje się, by jakikolwiek system prawny był „odporny" na nieuzasadnione użycie dowodów, których rodowód sięga nauk przyrodniczych, dlatego warto uciec do przodu i przygotować środowisko prawnicze na małżeństwo z rozsądku, zawarte między genetyką behawioralną i prawem.

Andrzej Paduch

Nowa regulacja w międzynarodowym prawie podatkowym

Andrzej Paduch

Absolwent Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu. Obecnie aplikant adwokacki III roku Wielkopolskiej Izby Adwokackiej.

The New Regulation in International Tax Law

The study presents main issues arising from the Council Directive of March 16, 2010 concerning mutual assistance for the recovery of claims relating to taxes, duties and other measures (Official Journal of the European Union "L", 84, 31.03.2010, p. 1). The article discusses some of the operative amendments in mutual assistance provided under the Council Directive, which are: enlargement of the scope of measures – subject of mutual assistance, designation of new authorities responsible for assistance, the power to be present in administrative offices and to participate in administrative enquiries provided in other Member States, instruments of enforcement in every Member State and the principle of equal treatment of claims. The conclusion is that the main consequence of this new regulation is to strengthen and expand the assistance between the Member States. The directive aims to harmonize the enforcement proceedings in Member States and make them more effective than it is now. Therefore, the impact of the directive seems to be wider than it is supposed to be.

I.

Dnia 31 grudnia 2011 r. upłynął termin implementacji do krajowych porządków prawnych dyrektywy Rady 2010/24/UE z dnia 16 marca 2010 r. w sprawie wzajemnej pomocy przy odzyskiwaniu wierzytelności dotyczących podatków, ceł i innych obciążeń (dalej: dyrektywa 2010)[1]. Dyrektywa ta poświęcona jest problematyce pomocy prawnej pomiędzy państwami członkowskimi Unii Europejskiej w zakresie egzekucji szeroko rozumianych należności publicznoprawnych. Jej regulacje

1 Dz.Urz. UE L 84 z 31.03.2010; warto nadmienić, że zawarte we wskazanym akcie normy prawne konkretyzuje rozporządzenie wykonawcze Komisji (UE) nr 1189/2011 z dnia 18 listopada 2011 r., ustalające szczegółowe przepisy dotyczące niektórych przepisów dyrektywy Rady 2010/24/UE w sprawie wzajemnej pomocy przy odzyskiwaniu wierzytelności dotyczących podatków, ceł i innych obciążeń (Dz.Urz. UE L 302 z 19.11.2011, s. 16).

wprowadzone zostały z jednoczesnym uchyleniem wcześniejszej dyrektywy Rady 2008/55/WE z dnia 16 maja 2008 r. w sprawie wzajemnej pomocy przy odzyskiwaniu wierzytelności dotyczących niektórych opłat, ceł, podatków i innych obciążeń (dalej: dyrektywa 2008)[2], która z kolei modyfikowała[3] system pomocy prawnej państw członkowskich utworzony na podstawie dyrektywy Rady dnia 15 marca 1976 r. w sprawie wzajemnej pomocy przy dochodzeniu roszczeń wynikających z operacji będących częścią systemu finansowania Europejskiego Funduszu Orientacji i Gwarancji Rolnej oraz rolniczych opłat wyrównawczych i opłat celnych (dalej: dyrektywa 1976)[4].

Przyczyny przyjęcia dyrektywy 2010 w miejsce dyrektywy 2008 podzielić można na dwie zasadnicze grupy.

Do przyczyn – nazwijmy to proceduralnych – zaliczyć należy przewlekłość postępowania w oparciu o wcześniejsze uregulowania, zwiększenie liczby członków UE oraz – co częściowo wynika z większej liczby państw członkowskich – rosnącą liczbę wniosków o udzielenie pomocy prawnej[5]. Do przyczyn związanych z celami UE zaliczyć należy w szczególności zapewnienie właściwego funkcjonowania rynku wewnętrznego, konwergencję systemów prawnych (w tym podatkowych) państw członkowskich, zapewnienie neutralności podatkowej oraz zabezpieczenie interesów finansowych państw członkowskich[6]. Bez zmian pozostaje natomiast generalny cel, dla którego prawodawca unijny podejmuje regulację pomocy prawnej: zapewnienie w każdym państwie członkowskim możliwości odzyskiwania należności podatkowych powstałych w innym państwie członkowskim[7].

Obecny kształt omawianej regulacji zachowuje wcześniejsze wyodrębnienie trzech form pomocy prawnej: udzielanie przez jedno państwo członkowskie informacji, powiadamianie strony postępowania lub innych osób o aktach prawnych oraz egzekucja lub zabezpieczenie należności publicznoprawnych. W znacznym stopniu znowelizowano jednak poszczególne tryby, czyniąc system pomocy prawnej w omawianym zakresie zorganizowanym i rozbudowanym[8].

Za swoiste przewodnie założenia omawianej nowelizacji uznać należy, po pierwsze, rozszerzenie zakresu przedmiotowego udzielanej pomocy prawnej i objęcie nią w zasadzie wszystkich należności publicznoprawnych przysługujących państwom członkowskim UE, po drugie – zintensyfikowanie współpracy w ramach dyrektywy 2010. Przejawem realizacji pierwszego z założeń jest art. 2 dyrektywy, poświęcony przedmiotowi współpracy.

2 Dz.Urz. UE L150 z 10.06.2008, s. 28.

3 Należy zauważyć, iż zakres tej modyfikacji był stosunkowo niewielki i miał przede wszystkim walor ujednolicający, dyrektywa 1976 była bowiem w ciągu trzech dekad obowiązywania wielokrotnie nowelizowana, co w istotny sposób wpłynęło na jednolitość i przejrzystość przyjmowanych na jej podstawie krajowych środków wykonawczych; zob. D. Mączyński, *Międzynarodowa współpraca w sprawach podatkowych*, Warszawa 2009, s. 264.

4 Dz.Urz. UE L73 z 19.03.1976, s. 18.

5 Do zagadnienia tego bardzo szeroko odnosi się nie tylko uzasadnienie projektu dyrektywy 2010 z dnia 2 lutego 2009 r. (dalej: uzasadnienie), KOM(2009)28, http://eur-lex.europa.eu (dostęp: 10 stycznia 2012), lecz także Sprawozdanie Komisji dla Rady i Parlamentu Europejskiego w sprawie stosowania przepisów dotyczących wzajemnej pomocy przy odzyskiwaniu wierzytelności dotyczących niektórych opłat, ceł, podatków i innych obciążeń w latach 2005–2008 z dnia 4 września 2009 r. (dalej: sprawozdanie 2005–2008), KOM(2009) 451, http://eur-lex.europa.eu (dostęp: 10 stycznia 2012), w którym to dokumencie niezwykle silnie zaakcentowano m.in. konieczność podjęcia wysiłków celem wzmocnienia, ułatwienia i przyspieszenia odzyskiwania wierzytelności pomiędzy państwami członkowskimi.

6 Szerzej przyczyny wprowadzenia omawianych regulacji omawia A. Skoczylas (w:) R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel (red.), *System Prawa Administracyjnego*. *Tom 9. Prawo procesowe administracyjne*, s. 336 i n. oraz E. Cisowska-Sakrajda, *Udzielanie pomocy obcemu państwu oraz korzystanie z pomocy obcego państwa w egzekucji administracyjnej* (w:) J. Niczyporuk, S. Fundowicz, J. Radwanowicz (red.), *System egzekucji administracyjnej*, Warszawa 2004, s. 218 i n.

7 D. Mączyński, *Międzynarodowa współpraca…*, s. 364.

8 Na marginesie warto zaznaczyć, że w dyrektywie 2010 – inaczej, niż było to w poprzednich regulacjach poświęconych wzajemnej pomocy – nie zachowano poprzedniego układu wyrażających określone normy prawne przepisów. Przykładowo, w poprzednich dyrektywach – zarówno dyrektywie 1976, jak i dyrektywie 2008 – art. 12 przewidywał instytucję zarzutów i sposób postępowania, gdy strona postępowania skorzystała z przewidzianych tam uprawnień, zaś np. art. 18 – zasadę bezpłatności pomocy prawnej.

Zwiększenie liczby typów i rodzajów świadczeń podlegających pomocy prawnej wymusiło jednocześnie rozbudowę aparatu administracyjnego właściwego do wykonywania czynności związanych z pomocą prawną. Za przejaw realizacji drugiego z założeń uznać należy stworzenie instytucji jednolitego tytułu wykonawczego oraz wprowadzenie rozwiązań z zakresu tzw. współpracy urzędników. Gwarantuje to nie tylko formalne przyspieszenie toku postępowania, a to z uwagi na eliminację długotrwałych niekiedy procedur zatwierdzania zagranicznych tytułów wykonawczych przez państwo wykonujące wniosek o udzielenie pomocy, ale także przyspieszenie faktyczne, co – jak się wydaje – stanowić może następstwo rozpoczęcia bezpośredniej współpracy pomiędzy tymi pracownikami organów różnych państw, którzy zajmują się wykonywaniem czy składaniem wniosków z zakresu pomocy prawnej.

Obecny kształt omawianej regulacji zachowuje wcześniejsze wyodrębnienie trzech form pomocy prawnej: udzielanie przez jedno państwo członkowskie informacji, powiadamianie strony postępowania lub innych osób o aktach prawnych oraz egzekucja lub zabezpieczenie należności publicznoprawnych. W znacznym stopniu znowelizowano jednak poszczególne tryby, czyniąc system pomocy prawnej w omawianym zakresie zorganizowanym i rozbudowanym.

2.

Co do przedmiotu współpracy, w pierwszej kolejności zwrócić uwagę należy, że – jak zostało to wskazane – w wyniku omawianej nowelizacji uległ on daleko idącemu rozszerzeniu. Zmiana przedmiotu pomocy prawnej może wpłynąć na zwiększenie liczby spraw dotyczących udzielenia pomocy prawnej. Zadecydowało to o konieczności rozbudowy aparatu administracyjnego zajmującego się wykonywaniem wniosków.

Co do samego zakresu przedmiotowego dyrektywy 2010 w pierwszej kolejności wspomnieć trzeba, że wcześniejsze normy prawne dotyczyły wyłącznie enumeratywnie wskazanych rodzajów należności. I tak: dyrektywa 1976 w art. 2 stanowiła, że przedmiotem pomocy prawnej były wszelkie roszczenia związane z refundacjami, interwencjami i innymi środkami stanowiącymi część systemu całościowego lub częściowego finansowania Europejskiego Funduszu Orientacji i Gwarancji Rolnej, opłat rolnych w rozumieniu decyzji 70/243/EWWiS, EWG, Euratom oraz Aktu Przystąpienia, ceł – wraz z odsetkami i kosztami. Z kolei dyrektywa 2008 do powyższego wyliczenia dodała należności podatkowe (podatek od wartości dodanej – VAT, akcyzę, podatek dochodowy oraz podatek od składek ubezpieczeniowych, jak również opłaty i inne obciążenia przewidziane w ramach wspólnej organizacji rynku dla sektora cukrowego (art. 2 dyrektywy 2008). Dokonano również konkretnego wy-

liczenia należności stanowiących podatek od składek ubezpieczeniowych w rozumieniu dyrektywy (np. art. 3 pkt 6 dyrektywy 2008 przewidywał, że w Belgii był to *taxe annuelle sur les contrats d'assurance* i *jaarlijkse taks op de verzekeringscontracten*, w Niemczech zaś – *Versicherungssteuer* i *Feuerschutzsteuer*).

Obecna regulacja stanowi natomiast, że pomoc prawna może być udzielona w odniesieniu do – w zasadzie – wszystkich należności publicznoprawnych, jeżeli dyrektywa nie stanowi inaczej.

Artykuł 2 ust. 1 dyrektywy 2010 przewiduje, że jej przepisy mają zastosowanie do wszystkich wierzytelności dotyczących:

a) wszystkich podatków i ceł każdego rodzaju pobieranych przez państwo członkowskie lub w jego imieniu albo jego jednostki podziału terytorialnego lub

noprawnych należności przysługujących państwom członkowskich w ramach ich własnych systemów podatkowych. Dokonało się tym samym swoiste „usankcjonowanie" przeniesienia środka ciężkości pomocy prawnej, faktycznie dokonanego już w ramach dyrektywy 2008: pomoc prawna nie stanowi już wyłącznie instrumentu usprawniającego egzekucję świadczeń wynikających z prawa UE, ale dotyczy – i to przede wszystkim – współpracy przy świadczeniach należnych państwom członkowskim w związku z prawodawstwem krajowym [9].

Należy wreszcie zwrócić uwagę na niezwykle szeroki zakres współpracy w ramach tychże świadczeń. Dyrektywa 2010 przewiduje bowiem współpracę nie tylko w zakresie podatków *sensu stricto*, lecz także przy opłatach lokalnych.

Zmiana przedmiotu pomocy prawnej może wpłynąć na zwiększenie liczby spraw dotyczących udzielenia pomocy prawnej. Zadecydowało to o konieczności rozbudowy aparatu administracyjnego zajmującego się wykonywaniem wniosków.

administracyjnego, w tym organy lokalne, lub w imieniu tych jednostek lub organów albo w imieniu Unii;

b) refundacji, interwencji i innych środków stanowiących część całościowego lub częściowego systemu finansowania europejskiego Funduszu Rolniczego Gwarancji oraz Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich, w tym sum do pobrania w związku z tymi działaniami;

c) opłat i innych obciążeń przewidzianych w ramach wspólnej organizacji rynku dla sektora cukru.

Z powyższego płynie kilka wniosków. Przede wszystkim zakres współpracy uległ rozszerzeniu, przy czym jest to rozszerzenie daleko idące. W chwili obecnej pomoc prawna obejmuje nie tylko – jak było to np. na podstawie dyrektywy 1976 – należności związane z procesem integracji europejskiej, lecz przede wszystkim współpracę w kontekście publicz-

Dyrektywa 2010 dość istotnie zmienia także strukturę podmiotową pomocy prawnej. Zmianę tę najogólniej można określić jako rozbudowę systemu organów pomocy prawnej.

Wcześniejsze rozwiązania opierały się na założeniu, że pomoc prawna udzielana jest za pośrednictwem jednego, wyznaczonego w ramach ustawodawstwa wewnętrznego państwa członkowskiego organu (w Polsce był to minister właściwy do spraw finansów).

Nowe rozwiązania przewidują natomiast powołanie dwustopniowej struktury organizacyjnej, w ramach

9 Najlepszym potwierdzeniem powyższego jest fakt, że większość składanych wniosków dotyczy należności podatkowych (przykładowo podatek VAT – średnio ok. 40% wniosków rocznie, podobnie podatek od dochodu lub kapitału); zob. sprawozdanie 2005–2008, s. 5.

której w polskim przypadku minister właściwy do spraw finansów będzie wyłącznie organem nadzoru[10]. Dyrektywa 2010 zachowuje zastosowaną wcześniej zasadę pośredniości udzielania pomocy[11], umożliwiając jednocześnie rozbudowę krajowego systemu organów odpowiedzialnych za udzielenie pomocy prawnej.

Za kontakty z pozostałymi państwami członkowskimi, co do wzajemnej pomocy, odpowiadać ma centralne biuro łącznikowe (art. 4 ust. 2 dyrektywy 2010). Podmiot ten w szczególności występuje z wnioskiem o udzielenie pomocy prawnej, a także podejmuje czynności w oparciu o wnioski składane przez inne państwa członkowskie. Nadto jest uprawniony do zawierania porozumień dotyczących obecności swoich urzędników przy postępowaniach administracyjnych innych państw członkowskich (art. 7 dyrektywy 2010).

Obok centralnego biura łącznikowego – którego utworzenie jest, zgodnie z treścią dyrektywy 2010, obligatoryjne – państwo członkowskie może powołać biuro łącznikowe lub wydział łącznikowy. Jednostki te posiadają pewien wycinek kompetencji centralnego biura łącznikowego wyodrębniony ze względu na określoną kategorię świadczenia publicznoprawnego, którego udzielana pomoc dotyczy (biuro łącznikowe), albo ze względu na swoją szczególną właściwość terytorialną lub operacyjną (wydział łącznikowy). Organy te, jak się wydaje, mogą być powołane jako swoiście nowa struktura organizacyjna, mogą być jednakże wyodrębnione także w ramach struktur już istniejących.

Możliwość rozbudowy aparatu pomocy prawnej, nieprzewidziana w poprzednich regulacjach tej kwestii, z jednej strony stanowić ma zachętę do zwiększenia liczby wniosków o udzielenie pomocy prawnej, z drugiej zaś – instrument przyspieszający ich realizację. Rozpoznanie i załatwienie wszystkich kierowanych wniosków, chociażby formalnie realizowane dotąd przez jeden organ, może przebiegać bowiem sprawniej wobec zastosowanego podziału kompetencji, co do pomocy prawnej, pomiędzy jednostki wyodrębnione rzeczowo (biura łącznikowe), miejscowo lub inaczej (wydział łącznikowy).

Sprawniejszemu rozpoznaniu wniosków o udzielenie pomocy sprzyja również fakt, iż biura łącznikowe i wydziały łącznikowe mają posiadać znaczną niezależność, czego wyrazem jest w szczególności swobodne przekazywanie wniosków – podług kompetencji – pomiędzy biurem a wydziałem łącznikowym (art. 4 ust. 5 dyrektywy 2010). Podkreślić jednakże trzeba, że centralne biuro łącznikowe pełni wobec nich rolę zwierzchnią – pomoc prawna jest udzielana zawsze w jego imieniu albo za jego zgodą (art. 4 ust. 6 dyrektywy 2010).

3.

Co do kwestii intensyfikacji (zacieśnienia) współpracy pomiędzy państwami, zwrócić uwagę trzeba, że wyraża się ona w stworzeniu prawnej podstawy bezpośredniego współdziałania pracowników organów administracji państw członkowskich, powołaniu instytucji jednolitego tytułu wykonawczego oraz modyfikacji zasady nieuprzywilejowania.

Odnosząc się do kwestii bezpośredniego współdziałania pracowników organów administracji różnych państw członkowskich (posługując się językiem dyrektywy 2010 – urzędników), wskazać warto, że zgodnie z art. 7 dyrektywy 2010, w drodze porozumienia między organem wnioskujących a organem współpracującym i na warunkach ustalonych przez organ współpracujący, urzędnicy upoważnieni przez organ wnioskujący (dalej zwani urzędnikami państwa wnioskującego) mogą, w celu wspierania wzajemnej pomocy przewidzianej w niniejszej dyrektywie:

a) być obecni w urzędach, w których organy administracyjne współpracującego państwa członkowskiego wykonują swoje obowiązki,

b) być obecni podczas postępowań administracyjnych prowadzonych na terytorium współpracującego państwa członkowskiego,

c) asystować właściwym urzędnikom współpracującego państwa członkowskiego w trakcie postępowań sądowych w tym państwie członkowskim.

Podkreślić w tym miejscu trzeba, że bezpośrednie współdziałanie urzędników – przy zastosowaniu form takich, jak opisane – jest coraz częściej stosowane w ramach działań i prawotwórstwa UE. Swoistym tego

10 E. Matyszewska, *Nowa ustawa uprości pobór zagranicznych długów* – wywiad z A. Parafianowiczem, „Gazeta Prawna" z 3 listopada 2011 r.

11 E. Cisowska-Sakrajda (w:) D.R. Kijowski (red.), *Ustawa o postępowaniu egzekucyjnym w administracji. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 593.

wyrazem są w szczególności uregulowania dotyczące obecności urzędników przy współpracy dotyczącej podatków akcyzowych[12] czy podatku VAT[13], czy też program współpracy *Fiscalis*[14].

Celem bezpośredniej współpracy urzędników jest usprawnienie działania systemów podatkowych w państwach członkowskich oraz na rynku wewnętrznym. Dyrektywa 2010 odnosi się do tej kwestii wprost,

Co do kwestii intensyfikacji (zacieśnienia) współpracy pomiędzy państwami, zwrócić uwagę trzeba, że wyraża się ona w stworzeniu prawnej podstawy bezpośredniego współdziałania pracowników organów administracji państw członkowskich, powołaniu instytucji jednolitego tytułu wykonawczego oraz modyfikacji zasady nieuprzywilejowania.

Pozwala to antycypować rozwój omawianych form współpracy – zwłaszcza że, jak wynika z dotychczasowych jej efektów, przyczyniają się one do skrócenia czasu potrzebnego na wykonanie wniosku o udzielenie pomocy, a jednocześnie ograniczają ryzyko związane z przekazaniem informacji niezgodnej z treścią wniosku[15].

z omawianego art. 7 wynika bowiem, że chodzi o wspieranie wzajemnej pomocy i tylko ten cel może przyświecać korzystaniu przez państwa członkowskie z przewidzianych uprawnień.

Co do samych uprawnień, bezpośrednie współdziałanie może przybrać – jak wynika z omawianego art. 7 – jedną z trzech form: obecności w urzędach, uczestniczenia w toku postępowania oraz asystowania w trakcie postępowań sądowych.

Co do pierwszej z form, podkreślić należy, iż użyte przez prawodawcę europejskiego określenie „urząd", oznacza w omawianym przepisie po prostu miejsce (budynek), w którym znajduje się siedziba organu dokonującego danej czynności postępowania lub w którym zorganizowany jest zespół osób związanych z organem oraz jego aparat techniczny[16]. Wskazuje

12 Zob. art. 11 rozporządzenia Rady (WE) nr 2073/2004 z dnia 6 listopada 2004 r. w sprawie współpracy administracyjnej w dziedzinie podatków akcyzowych.

13 Zob. art. 11 rozporządzenia Rady (WE) nr 1798/2003 z dnia 7 października 2003 r. w sprawie współpracy administracyjnej w dziedzinie podatku od wartości dodanej i uchylające rozporządzenie (EWG) nr 218/92.

14 W tej kwestii niezwykle ciekawe Sprawozdanie Komisji dla Parlamentu Europejskiego i Rady – Ocena końcowa dotycząca programu 2003–2007 zgodnie z art. 15 decyzji nr 2235/2002/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 3 grudnia 2002 r., przyjmującej wspólnotowy program poprawy skuteczności systemów podatkowych na rynku wewnętrznym (program *Fiscalis* 2003–2007) z dnia 9 października 2008 r., KOM(2008) 623, http://eur-lex.europa.eu (dostęp: 10 stycznia 2012).

15 A. Biegalski, *VIES – System wymiany informacji w zakresie podatku VAT – wybrane zagadnienia ogólne*, „Monitor Podatkowy" 2004, nr 4, s. 15 oraz D. Mączyński, *Międzynarodowa współpraca…*, s. 341.

16 E. Bojanowski, K. Żukowski (red.), *Leksykon prawa administracyjnego. 100 podstawowych pojęć*, Warszawa 2009, s. 473 i n.; W. Borczyk, *Organizacja i funkcjonowanie urzędu*, Warszawa 2003.

na to w szczególności anglojęzyczna wersja omawianego aktu prawnego: *office where the administrative authorities of the requested Member State carry out their duties* („biuro, w którym organy administracji wykonują swoje obowiązki"). W tym zakresie przewidziano: z jednej strony obowiązek udostępnienia w ramach siedziby organu jednego państwa wykonującego czynności z zakresu pomocy prawnej pomieszczeń dla pracownika organu państwa wnioskującego, z drugiej zaś – prawo tego ostatniego do przebywania w tym miejscu[17].

Wskazana forma współpracy ma istotne znaczenie, może stać się bowiem nieformalną płaszczyzną porozumiewania się pracownika organu administracji, względnie aparatu pomocniczego tego organu, z urzędnikiem państwa wnioskującego o udzielenie pomocy prawnej. Taki kontakt może zapewnić w istocie optymalną realizację wniosku o udzielenie pomocy[18].

Po drugie, obecność w urzędach administracyjnych, przewidziana w art. 7 dyrektywy 2010, w pewnym sensie gwarantuje również drugą z form obecności: obecność podczas postępowań administracyjnych. W tym znaczeniu stworzenie swoistej infrastruktury biurowej dla urzędnika państwa wnioskującego (podobnie jak tzw. pokój adwokacki, stanowiący pewną infrastrukturę w sądzie dla adwokata-pełnomocnika) gwarantować może, że obecność podczas postępowania nie będzie mieć jedynie dekoracyjnego charakteru.

Oczywiście zakres uprawnień wynikających z powyższych uregulowań musi być – i zapewne będzie – weryfikowany przede wszystkim przez praktykę; z pewnością jednakże obejmuje w szczególności prawo przebywania na terenie i w siedzibie danej jednostki organizacyjnej („urzędu"), prawo zasięgania bieżącej informacji na temat stanu sprawy – dokonania danej czynności, czy wreszcie prawo do uzyskania kopii dokumentów uzyskanych przez organ wykonujący czynności z zakresu udzielenia pomocy[19].

Druga z form współdziałania przewidzianych przepisami dyrektywy 2010 to obecność podczas postępowań administracyjnych prowadzonych na terenie współpracującego państwa członkowskiego. Jak się wydaje, przez „postępowanie administracyjne" należy tu rozumieć każdą czynność podejmowaną celem realizacji konkretnego wniosku o udzielenie pomocy prawnej, w tym przede wszystkim czynność egzekucyjną[20]; będzie ono obejmowało także możliwość zapoznania się z dokumentami, które dotyczą udzielanej pomocy[21].

W tym kontekście należy jednakże zwrócić uwagę na art. 7 ust. 2 dyrektywy 2010, w myśl którego organy mogą zawrzeć porozumienie, zgodnie z którym urzędnik państwa wnioskującego będzie uprawniony do przesłuchiwania osób fizycznych i analizy dokumentów (akt sprawy), chyba że jest to sprzeczne z ustawodawstwem państwa współpracującego. Jest to uprawnienie daleko idące, umożliwiające w istocie prowadzenie przez organ jednego państwa czynności na obszarze jurysdykcji drugiego państwa. Swoistym ograniczeniem tego jest jednak okoliczność, że odbywa się to zawsze na mocy co najmniej dwustronnego porozumienia państw (jak się wydaje, w praktyce będzie to dotyczyć oczywiście państw silnie ze sobą na polu podatkowym współpracujących), a nadto że przeprowadzenie konkretnej czynności uwarunkowane jest brakiem sprzeczności z ustawodawstwem państwa współpracującego[22]. W piśmiennictwie podkreśla się jednak, że zawarcie porozumienia tego typu nie

17 Warto nadmienić, że dyrektywa 2010 posługuje się w polskim tłumaczeniu wyrażeniem „obecność w urzędach", podczas gdy właściwszym, jak się wydaje, byłoby słowo „przebywanie", zastosowane zresztą w polskim tłumaczeniu projektu dyrektywy 2010 i uzasadnienia. Zob. uzasadnienie, s. 15.

18 Np. jeżeli spośród kilku dostępnych sposobów działania celem realizacji wniosku pracownik organu współpracującego wybierze ten, który najlepiej odpowiada potrzebom państwa wnioskującego – z czego nie zdawałby sobie sprawy bez konsultacji z urzędnikiem państwa wnioskującego.

19 D. Mączyński, *Międzynarodowa współpraca…*, s. 341.

20 Jak się wydaje, polska wersja językowa dyrektywy 2010 nie jest w tym zakresie w pełni precyzyjna. W omawianej formie nie chodzi o generalne uczestnictwo w postępowaniu, lecz o zapewnienie udziału w poszczególnych czynnościach. Wskazuje na to angielska wersja językowa tekstu, określająca omawianą formę współpracy jako *be present during administrative enquiries carried out in the territory of the requested Member State*.

21 D. Mączyński, *Międzynarodowa współpraca…*, s. 353.

22 Jak się wydaje, nie ma przeszkód, ażeby państwa zawierające takie porozumienie tak ukształtowały korzystanie z uprawnień, aby zminimalizować ryzyko nadużyć (np. każdorazowa zgoda).

wpływa w żadnym razie na to, że organem prowadzącym postępowanie pozostaje organ państwa współpracującego[23]. Dopuszczalność zawarcia porozumienia omawianego typu jest o tyle ciekawa, że w istocie może ograniczyć udział państwa współpracującego w procesie udzielenia pomocy prawnej wyłącznie do wyrażenia zgody na przeprowadzenie oznaczonej czy oznaczonych czynności[24].

Trzecią z form współpracy jest asystowanie właściwym urzędnikom współpracującego państwa członkowskiego w trakcie postępowań sądowych we współpracującym państwie członkowskim. Użycie w omawianym przepisie słowa „asystować" wskazuje na to, iż prawodawca europejski miał tu na myśli wyłącznie wspieranie urzędnika współpracującego państwa członkowskiego przez urzędnika państwa wnioskującego. Wsparcie to, jak się wydaje, dotyczyć ma w szczególności powiadamiania, co do ustaleń faktycznych dotyczących sprawy, poczynionych czy mogących zostać poczynionymi w toku postępowania w sprawie udzielenia pomocy przez państwo wnioskujące, czy też aktualnego stanu sprawy w państwie wnioskującym. Jak się wydaje, wspieranie w powyższym rozumieniu będzie dotyczyło przede wszystkim kwestii drobnych (incydentalnych), istotnych jednakże z punktu widzenia możliwości i sposobu załatwienia sprawy w państwie współpracującym.

Należy jednakże raz jeszcze podkreślić, że organem prowadzącym postępowanie będzie zawsze pracownik organu wykonywającego czynności z zakresu udzielenia pomocy (organu państwa współpracującego). Rola urzędnika organu państwa wnioskującego będzie zatem polegać wyłącznie na – co najwyżej – doradzaniu pracownikom organu państwa współpracującego w zakresie udzielenia wniosku.

Realizacja opisanych trzech form współpracy wymaga spełnienia określonych wymogów. Po pierwsze: organ wnioskujący musi zawrzeć porozumienie z organem współpracującym co do form owej współpracy. Oznacza to, że dyrektywa 2010 nie daje sama w sobie podstawy do obecności urzędników jednego państwa w aparacie administracyjnym drugiego państwa. Członkom UE pozostawiono zatem znaczną w gruncie rzeczy swobodę w zakresie dopuszczania przedstawicieli administracji innych państw do prowadzonych czynności czy postępowań. Przyjęcie odmiennego rozwiązania, jak się wydaje, byłoby sprzeczne z zasadą *lex fori processualis*[25], której wyrazem jest w szczególności swoboda państwa w zakresie decydowania o tym, kto i w jakim zakresie może być uczestnikiem postępowania przed jego organami, a nadto rodziłoby wątpliwości w zakresie naruszenia suwerenności państwa współpracującego[26].

Po drugie, współpraca ta odbywa się na warunkach przedstawionych przez organ współpracujący. Dość ogólnikowe ujęcie kwestii współpracy powoduje, że ma być ona w istocie dookreślana każdorazowo przy nawiązywaniu współpracy przez organy państw członkowskich, a organ wnioskujący – chcąc zapewnić sobie udział na podstawie art. 7 dyrektywy 2010 – przedstawione warunki musi przyjąć. Proponując warunki, współpracujący winien jednak pamiętać o powszechnie stosowanej w stosunkach prawnych – z elementem transgranicznym – zasadzie wzajemności. Proponując niekorzystne warunki obecności urzędnika, naraża się bowiem na podobne warunki przedstawione przez organ, który teraz miałby je przyjąć.

Niezależnie od wskazanych form współpracy warto podkreślić, że prawodawca europejski dopuścił także

23 D. Mączyński, *Międzynarodowa współpraca…*, s. 353.

24 Warto nadmienić, że przyjęte rozwiązanie – zezwalające na podejmowanie czynności na warunkach i na podstawie porozumienia pomiędzy państwami – jest o wiele bardziej zachowawcze, aniżeli wynikało to z projektu. Odnoszący się do omawianej kwestii art. 6 projektu miał początkowo następujące brzmienie: „Jeżeli zgodnie z akapitem pierwszym [przewidującym obecność podczas prowadzonego postępowania – A.P.] urzędnicy wnioskującego państwa członkowskiego są obecni podczas postępowania administracyjnego, mogą oni wykonywać uprawnienia dochodzeniowe przysługujące urzędnikom współpracującego państwa członkowskiego, pod warunkiem że wykonują te uprawnienia zgodnie z przepisami ustawowymi, wykonawczymi i administracyjnymi obowiązującymi we współpracującym państwie członkowskim".

25 O wskazanej zasadzie m.in. A. Skoczylas (w:) *System Prawa…*, s. 338. Zob. także Z. Kmieciak, *Postępowanie administracyjne i sądowoadministracyjne a prawo europejskie*, Warszawa 2010, s. 24 i n.

26 „Suwerenność państwa wymaga bowiem, aby samo ustalało formy i sposoby działalności swych organów" – pisze A. Skoczylas (*System Prawa…*, s. 338).

możliwość rozszerzenia jej zakresu. Zgodnie bowiem z art. 7 ust. 2 dyrektywy 2010 państwa mogą zawrzeć porozumienie rozszerzające, zacieśniające zakres współpracy w ramach obecności podczas postępowania prowadzonego na terytorium państwa współpracującego.

Po trzecie wreszcie, urzędnik państwa wnioskującego musi dysponować upoważnieniem wystawionym przez organ wnioskujący (art. 7 ust. 3 dyrektywy 2010). Upoważnienie to musi wskazywać jego funkcję urzędową oraz potwierdzać tożsamość.

Kolejną instytucją wprowadzoną w dyrektywie 2010 jest jednolity tytuł wykonawczy. Instytucja ta polega na tym, że podstawą czynności podejmowanych w ramach pomocy prawnej jest akt prawny o identycznej merytorycznie zawartości co pierwotny tytuł wykonawczy, przekazywany bezpośrednio do państwa współpracującego i niepodlegający zatwierdzeniu, uzupełnieniu lub zastąpieniu w tym państwie.

Wprowadzenie jednolitego tytułu wykonawczego jest na gruncie pomocy prawnej omawianego rodzaju swoistym *novum*. Wcześniejsze regulacje nie przewidywały bowiem podobnej instytucji. Dyrektywa 1976 wymagała, ażeby do wniosku o udzielenie pomocy prawnej dołączony był odpis oryginalnego tytułu wykonawczego. Tenże tytuł był następnie zastępowany, uzupełniany lub uznawany zgodnie z prawodawstwem państwa wykonującego wniosek (art. 7 ust. 1 i art. 8 dyrektywy 1976). Dyrektywa 2008 przewidywała z kolei, że zagraniczny tytuł wykonawczy był bezpośrednio uznawany i automatycznie traktowany jako tytuł wykonawczy państwa wykonującego wniosek, chyba że państwo to wprowadziło obowiązek zatwierdzenia, uznania, uzupełnienia czy zastąpienia takiego tytułu wykonawczego własnym. Można zatem stwierdzić, że wcześniejsze regulacje pomocy prawnej przewidywały funkcjonowanie w obrocie prawnym dwóch tytułów wykonawczych w ramach jednego postępowania: zagranicznego (pierwotnego) i krajowego (podlegającego wykonaniu w ramach pomocy prawnej).

Obecna regulacja zmienia tę sytuację, podstawą wykonania wniosku jest bowiem zawsze jeden tytuł wykonawczy, sporządzony przez państwo wnioskujące według ustalonego i obowiązującego wszystkie państwa członkowskie wzorca. Jednocześnie *expressis verbis* zakazano państwom członkowskim wprowadzania procedur zatwierdzania, uzupełniania czy zastępowania tytułu wykonawczego przesłanego przez państwo wnioskujące.

Rozwiązanie to należy ocenić pozytywnie, gdyż prowadzi ono do przyspieszenia toku postępowania. Procedury zatwierdzania, uzupełniania czy zastępowania własnym tytułem wykonawczym – będące niekiedy niemal wyłącznie graficznym dostosowaniem do obowiązujących w danym państwie szablonów[27] – opóźniały rzeczywiste zrealizowanie wniosku. Jednolity tytuł wykonawczy w istotny sposób może zatem wpłynąć na szybkość całego postępowania, a co za tym idzie – na jego skuteczność[28].

Powyższe rozwiązanie zapobiega również i innym zagrożeniom, jakie niosło za sobą tłumaczenie czy uznawanie tytułów państw obcych. W toku dokonywania tych czynności mogło bowiem dojść do niezamierzonej modyfikacji treści tytułu. Konsekwencje powyższego mogły być dla zakresu odzyskiwanych należności ogromne[29].

Kolejnym zagadnieniem, na które warto zwrócić uwagę w kontekście prezentowanej nowelizacji, jest nadanie nowego kształtu obowiązującej w ramach pomocy prawnej zasadzie nieuprzywilejowania. Zasada ta stanowi bowiem fundament realności systemu wzajemnej pomocy prawnej państw członkowskich i tylko jej uwzględnienie gwarantuje, że wnioski o udzielenie pomocy rzeczywiście będą wykonywane. Nadto jest ona również gwarancją, że pomoc będzie udzielana szybciej.

Jak wynika z analizy tekstów dyrektyw, zasada nieuprzywilejowania składa się z dwóch elementów. Po pierwsze wyraża się w aspekcie identyczności w traktowaniu należności różnych państw. Państwo, które wykonuje wniosek o udzielenie pomocy prawnej, ma obowiązek traktować należność, której wniosek dotyczy (a zatem należność państwa wnioskującego o udzielenie pomocy prawnej), tak samo jak traktuje swoje należności.

Drugim elementem tej zasady jest dopuszczalność preferencyjnego traktowania należności. Preferen-

27 Sprawozdanie 2005–2008, s. 9.

28 Zob. także uzasadnienie, s. 4.

29 Na zagadnienie to zwraca uwagę sprawozdanie 2005–2008, s. 9.

cyjność ta polega jednakże wyłącznie na przyznaniu roszczeniom państwa wnioskującego tych samych albo takich samych „uprzywilejowań", jakie przyznano własnym wierzytelnościom (preferencyjność wewnętrzna). Nadmienić jednocześnie należy, że nie jest dopuszczalne traktowanie obcych wierzytelności korzystniej aniżeli własne (preferencyjność zewnętrzna)[30]. Skoro bowiem państwa mają traktować wierzytelności obce i własne identycznie, to różnicowanie tych wierzytelności poprzez „premiowanie" należności zagranicznych nie leży w interesie państwa wykonującego wniosek.

Stąd też zasadę nieuprzywilejowania można określić jako wskazówkę nakazującą państwu wykonującemu wniosek traktowanie obcych wierzytelności jak własne, nigdy nie lepiej.

Aspekt preferencyjności okazał się jednak niezwykle dyskusyjny i przekształcenia omawianej zasady na przestrzeni lat dotyczyły w istocie wyłącznie tego elementu. Dyrektywa 1976 przewidywała wyłącznie identyczność w traktowaniu roszczeń, przy czym – co wyraźnie wskazano w art. 10 dyrektywy 1976 – roszczenia państw obcych nie były traktowane preferencyjnie. Dyrektywa 2008 – korzystniejsza z punktu widzenia państw wnioskujących o udzielenie pomocy prawnej – przewidywała z kolei, że należności państw obcych nie muszą korzystać z przywilejów przyznanych należnościom państwa współpracującego, to znaczy państwo może zrezygnować z preferencyjnego traktowania należności obcych. Zasadą jednak było to, że należności obce z takiej swoistej premii korzystają.

Nowe rozwiązania nawiązują do zapisu o zasadzie nieuprzywilejowania z dyrektywy 2008. Przewidują nie tylko identyczność w traktowaniu (zważyć przy tym należy, że identyczność tę ujęto bardzo szeroko, obejmuje ona bowiem aspekt także proceduralny, którego wcześniej w treści dyrektyw *expressis verbis* nie wyrażano), lecz także względną preferencyjność wewnętrzną.

Co do pierwszego z zagadnień – identyczności w traktowaniu – art. 13 ust. 1 akapit 1 dyrektywy 2010 wskazuje, że wszelkie wierzytelności będące przedmiotem wniosku o odzyskanie wierzytelności traktowane są jak wierzytelności współpracującego państwa członkowskiego. Nadto wskazuje się swoiste aspekty dotyczące traktowania: korzystanie z uprawnień i procedur przewidzianych w przepisach ustawy, wykonawstwa czy administracji państwa współpracującego, jeśli mają zastosowanie do takiego samego lub podobnego podatku czy cła.

Co do preferencyjności wierzytelności – art. 13 ust. 1 akapit 3 przewiduje, że współpracujące państwo członkowskie nie ma obowiązku traktowania wierzytelności innych państw członkowskich w sposób uprzywilejowany, w jaki traktuje podobne wierzytelności powstałe w państwie członkowskim współpracującym, chyba że zainteresowane państwa członkowskie uzgodniły inaczej lub prawo we współpracującym państwie członkowskim stanowi inaczej. W tym aspekcie dochodzi do powtórzenia rozwiązań z art. 10 dyrektywy 2008. Kwestię preferencyjnego traktowania obcych wierzytelności pozostawiono zatem do uznania poszczególnym państwom członkowskim.

Nowością jest natomiast uregulowanie kwestii jednakowości uprzywilejowania – wobec wszystkich państw członkowskich. Państwo, które traktuje wierzytelności innego państwa członkowskiego w sposób uprzywilejowany, nie może odmówić takiego samego uprzywilejowanego traktowania wobec takich samych lub podobnych wierzytelności innych państw członkowskich, na takich samych warunkach. Podobnej regulacji nie zawierały wcześniejsze dyrektywy.

4.

Reasumując, stwierdzić można, że dyrektywa 2010 wprowadza daleko idące zmiany w systemie pomocy prawnej w zakresie egzekucji publicznoprawnych należności państw członkowskich UE. Zachowano wprawdzie trójpodział form pomocy (udzielanie informacji, powiadamianie oraz dochodzenie roszczeń), wprowadzono jednak szereg nowych instytucji prawnych. Do instytucji tych zaliczyć należy wprowadzenie bezpośredniej współpracy urzędników państw członkowskich oraz jednolity tytuł wykonawczy.

Wskazane instytucje mają zapewnić sprawny przebieg postępowania. Przez wprowadzenie jednolitego tytułu wykonawczego oraz współpracy urzędników podjęto się eliminacji tych barier, które uniemożliwiały szybkie realizowanie wniosków o udzielenie pomocy. Jednolity tytuł wykonawczy wyklucza bowiem

30 E. Cisowska-Sakrajda (w:) D.R. Kijowski (red.), *Ustawa*…, s. 651.

możliwość swoistego dostosowywania zagranicznych tytułów wykonawczych do prawa krajowego, współpraca urzędników zapewnia z kolei możliwość bieżącej faktycznej kontroli nad wykonaniem wniosków i zapewnienie prawidłowości w tym zakresie.

Pomoc prawna uzyskała jednocześnie charakter całościowy względem systemu należności publicznoprawnych przysługujących państwom członkowskim. Zakresem normowania, w przeciwieństwie do wcześniejszych uregulowań, objęto bowiem znaczną część należności publicznoprawnych, w szczególności: podatki, opłaty oraz cła. Spowodowało to ostateczne przeniesienie środka ciężkości z należności wspólnotowych na publicznoprawne należności państw członkowskich.

Jednocześnie niezbędna okazała się rozbudowa aparatu administracyjnego powołanego do wykonywania zadań związanych z udzielaniem pomocy prawnej. Według nowej regulacji podstawową rolę ma tu odgrywać centralne biuro łącznikowe, a obok niego – z uwagi na szczególną właściwość – biura łącznikowe oraz wydziały łącznikowe.

Przyjęte rozwiązania ocenić należy pozytywnie. Nie tylko bowiem prowadzą do przyspieszenia postępowania, lecz także do zwiększenia jego skuteczności. Obie kwestie powinny stanowić w kontekście norm procesowych przedmiot szczególnej uwagi każdego prawodawcy – nie tylko prawodawcy unijnego.

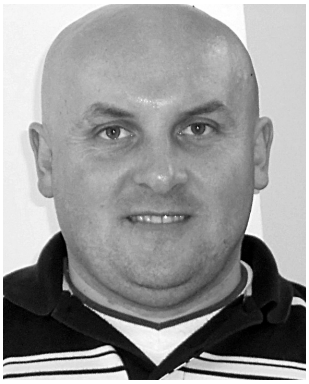
Ukształtowanie omawianych norm prawnych może mieć jednocześnie jeszcze jedną niezwykle doniosłą konsekwencję. Zważyć wszakże należy, iż następstwem wprowadzenia omawianych norm prawnych do krajowych porządków prawnych może być stopniowe ujednolicenie prawa procesowego w zakresie egzekucji administracyjnej.

Wymiana doświadczeń z różnych porządków prawnych – tak w wyniku podejmowanych czynności, jak i w wyniku nieformalnego kontaktu pracowników organów administracji państwowych różnych krajów – sprzyjać może uzyskiwaniu wiedzy na temat godnych uwagi rozwiązań proceduralnych, jak również swoistych praktyk administracyjnych funkcjonujących w innych państwach. Zjawisko to siłą rzeczy nie może mieć charakteru tak dynamicznego jak w przypadku dokonywanej rozporządzeniami UE unifikacji prawa materialnego, jednakże – jak się wydaje – nie pozostanie bez wpływu na krajowe porządki prawne.

Należałoby zatem zabiegać nie tylko o jak najszybsze wprowadzenie omawianych rozwiązań do polskiego porządku prawnego, lecz także o korzystanie z wynikających z nich uprawnień przez polskie organy administracji publicznej.

Paweł Łabuz

Zakup kontrolowany jako narzędzie w zwalczaniu przestępczości zorganizowanej



Paweł Łabuz

Doktorant w Katedrze Kryminalistyki Instytutu Prawa Karnego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego. Autor wielu publikacji z zakresu prawa karnego – głównie przestępczości zorganizowanej oraz czynności operacyjno-rozpoznawczych.

The Controlled Purchase as a Tool to Fight Organized Crime

The following article discusses issues concerning one of the most effective methods of operational work that is a controlled purchase used by police to combat organized crime. The article presents in detail the methods and purpose of the activities to be taken as part of actions which are of particular importance for public safety of every society. It also refers to the underlying regulation of these activities and presents in detail the methods and purpose of the activities to be taken as part of actions which are of particular importance for public safety and not just any society. There are also discussed situations causing legal and social controversy connected with the use of this particular method for the operational work in police investigation activities.

Wprowadzenie

Zwalczanie przestępczości zorganizowanej – w tym terroryzmu, który w wielu wypadkach znajduje z nią punkty styczne lub wręcz ją obejmuje – jest bez wątpienia jednym z najważniejszych wyzwań, jakie stoją przed współczesną cywilizacją. Łatwość nawiązywania kontaktów i przemieszczania się fizycznego ludzi oraz towarzyszący temu gwałtowny rozwój techniki i technologii, w tym informatycznej, wyzwala niespotykane w historii świata zagrożenia dla porządku publicznego i „szanse" dla przestępców. Gigantyczny, niesłabnący obrót narkotykami, pranie pieniędzy, terroryzm i jego finansowanie, korupcja, zwłaszcza na wyższych szczeblach władz, machinacje finansowe na wielką skalę, handel bronią i materiałami wybuchowymi, pospolita przestępczość kryminalna realizowana na potrzeby organizacji przestępczych (zabójstwa, porwania, zastraszanie, wymuszenia) – wszystkie te zagadnienia tworzą ogromne, złożone pole do działania dla organów bezpieczeństwa i ochrony prawa[1].

1 M. Gabriel-Węglowski, *Koncepcja usprawnienia instytucjonalnego*

Skuteczność działań wykrywczych organów ścigania w obszarze przestępczości zorganizowanej uzależniona jest od wielu czynników. Jednym z nich jest wyposażenie policji w takie instrumenty prawne, które umożliwią wykorzystanie odpowiednio skutecznych metod zwalczających przestępczość, prowadzonych w ramach czynności operacyjno-rozpoznawczych.

Zakres przedmiotowy

Kolejną – obok kontroli operacyjnej – instytucją mającą wspierać zwalczanie najgroźniejszych form przestępczości jest zakup kontrolowany, regulowany przykładowo w treści art. 19a ustawy o Policji[2]. Zastosowanie zakupu kontrolowanego dopuszczalne jest w tych samych sprawach, w których dopuszczalne jest stosowanie kontroli operacyjnej. Szczególnym i bezwzględnym wymogiem zastosowania zakupu kontrolowanego jest posiadanie przez organy ścigania wcześniejszej wiarygodnej informacji o przestępstwie[3].

Skuteczność działań wykrywczych organów ścigania w obszarze przestępczości zorganizowanej uzależniona jest od wielu czynników.

Zgodnie z uprawnieniami ustawowymi, zakupu kontrolowanego na gruncie krajowym mogą dokonywać: Policja[4], Agencja Bezpieczeństwa Wewnętrznego[5], Żandarmeria Wojskowa[6], Służba Kontrwywiadu Wojskowego[7], Centralne Biuro Antykorupcyjne[8], Straż Graniczna[9]. Czynności operacyjne w tym zakresie może zarządzić, odpowiednio do rodzaju służb, Komendant Główny Policji lub komendant wojewódzki Policji, Komendant Główny Żandarmerii Wojskowej lub komendant oddziału Żandarmerii Wojskowej, Komendant Główny Straży Granicznej (w sprawach przestępstwa z art. 228 k.k. i z art. 229 k.k.) lub komendant oddziału Straży Granicznej (w sprawach o przestępstwa z art. 264 § 3 k.k.). We wszystkich tych przypadkach do wszczęcia wymienionych czynności operacyjnych konieczna jest pisemna zgoda właściwego miejscowo prokuratora okręgowego, którego na bieżąco informuje się o czynności tych przebiegu. Prokurator może w każdym czasie zarządzić zaniechanie czynności. W przypadku dwóch pozostałych służb czynności operacyjne może zarządzić, odpowiednio, szef ABW i szef CBA. W obydwu przypadkach wymagana jest pisemna zgoda Prokuratora Generalnego, którego również należy informować na bieżąco o przebiegu czynności. W art. 19 ust. 3 ustawy o CBA oraz w art. 29 ust. 3 ustawy o ABW znajduje się zapis, że czynności operacyjne nie mogą polegać na kierowaniu działaniami wyczerpującymi znamiona czynu zabronionego pod groźbą kary.

prokuratury w zwalczaniu przestępczości zorganizowanej, „Prokuratura i Prawo" 2011, nr 4, s. 73–74.

2 Ustawa z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (tekst jedn. Dz.U. z 2011 r. Nr 287, poz. 1687).

3 A. Biernaczyk, *Zarys problematyki czynności operacyjnych realizowanych w trybie art. 19, 19a i 19b ustawy z dnia 6 kwietnia 1999 r. o Policji* (w:) L. Paprzycki, Z. Rau (red.), *Praktyczne elementy zwalczania przestępczości zorganizowanej i terroryzmu*, Warszawa 2009, s. 130.

4 Art. 19a ustawy o Policji.

5 Art. 29 ustawy z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego i Agencji Wywiadu (Dz.U. Nr 74, poz. 676 z późn. zm.).

6 Art. 32 ustawy z dnia 24 sierpnia 2001 r. o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych (Dz.U. Nr 123, poz. 1353 z późn. zm.).

7 Art. 33 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego i Służbie Wywiadu (Dz.U. Nr 104, poz. 709 z późn. zm.).

8 Art. 19 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (Dz.U. Nr 104, poz. 708 z późn. zm.).

9 Art. 9f ustawy z dnia 12 października 1990 r. o Straży Granicznej (Dz.U. z 2005 r., Nr 234, poz. 1997 z późn. zm.).

Uzyskanie wiarygodnych informacji o przestępstwie jest przesłanką istotnie zawężającą pole stosowania zakupu kontrolowanego – w porównaniu z przeprowadzaniem innych czynności operacyjno-rozpoznawczych, w szczególności ich prostych form. Taki zabieg, biorąc pod uwagę istotę czynności, jest jednak konieczny. Jej zarządzenie musi być poprzedzone zarówno rozpoznaniem, jak i wykryciem przestępstwa. Bez rozpoznania i wykrycia przestępstwa z całą pewnością nie można mówić o „uzyskanych wcześniej wiarygodnych informacjach o przestępstwie". W sprawach złożonych pod względem podmiotowym lub przedmiotowo-podmiotowym zasadnym byłoby również przeprowadzenie skrupulatnej analizy kryminalnej. Zakup kontrolowany w konsekwencji ma służyć zebraniu materiału dowodowego w sprawie o konkretne przestępstwo, zatem przestępstwo, co do którego organ zarządzający zasadnie podejrzewa, zgodnie z zasadami prawidłowego rozumowania, jego zaistnienie. Ustawodawca, ustanawiając ten wymóg, zapewne w pierwszej kolejności kierował się zawężeniem pola stosowania tej instytucji do spraw o przestępstwa, co do których zachodzi duże prawdopodobieństwo, że miały miejsce. Wydaje się, że zakres wiarygodnych informacji powinien obejmować wiadomości o wypełnieniu znamion zawinionego czynu zabronionego cechującego się wyższym niż znikomy stopniem społecznej szkodliwości. Nie jest konieczne posiadanie informacji o szczegółowych okolicznościach przestępstwa. Źródło wiarygodnych informacji o popełnieniu przestępstwa może mieć charakter procesowy, jak i operacyjny. Istotnym jest jakość takiego źródła, rozumianego jako cechujące się możliwie jak największym stopniem wiarygodności, jakkolwiek większa ilość źródeł informacji o mniejszym jej stopniu może być również podstawą zarządzania zakupu kontrolowanego, pod warunkiem jednak, że ustalony na ich podstawie stan faktyczny cechuje się wysokim stopniem prawdopodobieństwa. Oczywiście w wypadku, gdy organ uzna, że dotychczasowe informacje nie stwarzają wystarczającego prawdopodobieństwa zaistnienia przestępstwa, powinien sięgnąć po inne środki w celu uzyskania dodatkowych danych, np. wyniki innych czynności operacyjno-rozpoznawczych[10].

Uzyskanie wiarygodnych informacji o przestępstwie jest przesłanką istotnie zawężającą pole stosowania zakupu kontrolowanego w porównaniu z przeprowadzaniem innych czynności operacyjno-rozpoznawczych.

Zakup kontrolowany stanowią czynności operacyjno-rozpoznawcze zmierzające do sprawdzenia uzyskanych wcześniej wiarygodnych informacji o przestępstwie oraz ustalenia sprawców i uzyskania dowodów przestępstwa. Czynności te mogą polegać na dokonaniu w sposób niejawny nabycia, zbycia lub przejęcia przedmiotów pochodzących z przestępstwa, ulegających przepadkowi, albo których wytwarzanie, posiadanie, przewożenie lub którymi obrót są zabronione, a także przyjęciu lub wręczeniu korzyści majątkowej. Czynności operacyjno-rozpoznawcze prowadzone przy realizacji zakupu kontrolowanego mogą polegać także na złożeniu propozycji nabycia, zbycia lub przejęcia przedmiotów pochodzących z przestępstwa, ulegających przepadkowi, albo których wytwarzanie, posiadanie, przewożenie lub którymi obrót są zabronione, a także przyjęciu lub wręczeniu korzyści

10 K. Rogoziński, *Wiarygodne informacje o przestępstwie jako przesłanka zarządzenia zakupu kontrolowanego*, „Prokuratura i Prawo" 2010, nr 10, s. 107 i 109.

majątkowej[11]. Nabywanie przedmiotów pochodzących z przestępstwa może dotyczyć na przykład sytuacji, kiedy są kupowane od grupy przestępczej rzeczy uprzednio zrabowane w wyniku napadu rabunkowego na hurtownię czy też na kierującego samochodem ciężarowym TIR. Może także dotyczyć kupna po okazyjnej cenie przedmiotów wartościowych należących do ofiary zabójstwa na tle rabunkowym. Generalnie w trakcie prowadzenia operacji specjalnej Policja (lub inny do tego uprawniony organ) przejmuje rolę swoistego rodzaju pasera, który gotowy jest kupić od przestępcy każdy przedmiot, w posiadanie którego przestępca ten wszedł w wyniku przestępczego działania.

Przejęcie przedmiotów pochodzących z przestępstwa lub których posiadanie jest zabronione to nic innego jak wejście „policjanta pod przykryciem"[12] w posiadanie, na przykład narkotyków czy też materiałów wybuchowych, celem dalszego ich wprowadzenia w obieg detaliczny. Oczywiście to dalsze wprowadzenie w obieg jest działaniem udawanym, iluzorycznym, pozostającym wprowadzaniem jedynie w przeświadczeniu grupy przestępczej, która owe przedmioty udostępnia. Chodzi o to, aby „policjant pod przykryciem" był traktowany przez gangsterów jako ich wspólnik w przestępczym procederze. Odwrotnością takich działań jest sprowokowanie jakiejś grupy przestępczej do nabycia środków odurzających czy też broni palnej oferowanych przez „policjantów pod przykryciem". W obu przypadkach cele są tożsame: ustalenie sprawców i zebranie przeciwko nim dowodów winy, a w konsekwencji eliminacja grupy przestępczej. Prowokacja policyjna jest poważnym i skomplikowanym przedsięwzięciem operacyjnym, zarówno pod względem formalnym, logistycznym, jak i taktycznym. Stopień skomplikowania jest wprost proporcjonalny do jej skuteczności[13].

Minister Spraw Wewnętrznych i Administracji w rozporządzeniu z 13 marca 2002 r.[14] (dalej: rozporządzenie MSWiA) określił znaczenie pojęć wymienionych w art. 19a ust. 1 ustawy o Policji.

- Nabycie (§ 1, ust. 2, pkt 1 rozporządzenia) polega na odpłatnym lub nieodpłatnym przeniesieniu posiadania przedmiotów, o których mowa w ust. 1, poprzedzonym w razie potrzeby stosowną do okoliczności propozycją, obietnicą lub negocjacjami.
- Zbycie (§ 1, ust. 2, pkt 2 rozporządzenia) wyraża się w odpłatnym lub nieodpłatnym przeniesieniu posiadania przedmiotów, o których mowa w ust. 1, poprzedzonym w razie potrzeby stosowną do okoliczności propozycją, obietnicą lub negocjacjami.
- Przejęcie (§ 1, ust. 2, pkt 3 rozporządzenia) oznacza wejście w posiadanie przedmiotów, o których mowa w ust. 1, dokonane stosowanie do okoliczności za wiedzą lub bez wiedzy osoby posiadającej te przedmioty oraz w razie potrzeby z użyciem środków przymusu bezpośredniego.
- Przyjęcie lub wręczenie korzyści majątkowej (§ 1, ust. 2. pkt 4 rozporządzenia) w postaci krajowych środków płatniczych lub wartości dewizowych w rozumieniu prawa dewizowego, praw majątkowych albo rzeczy ruchomych lub nieruchomości, poprzedzone w razie potrzeby stosowną do okoliczności propozycją, obietnicą lub negocjacjami.

Prowokacja, zgodnie z terminologią ogólną, jest określeniem opisującym uzyskanie informacji lub wymuszenie zachowania ofiary przez podstępne i ce-

11 A. Biernaczyk A., *Zarys problematyki czynności operacyjnych…*, s. 130.

12 Funkcjonariusz Policji biorący udział w czynnościach operacyjno-rozpoznawczych polegających na prowokacji policyjnej jest określany „policjantem pod przykryciem", a więc ukrywającym swoją faktyczną przynależność służbową i tożsamość, a także rzeczywiste intencje przed osobami podejrzewanymi o popełnianie przestępstw.

13 J. Gołębiewski, *Praca operacyjna w zwalczaniu przestępczości zorganizowanej*, Warszawa 2008, s. 63–64.

14 Rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 13 marca 2002 r. w sprawie sposobu przeprowadzania i dokumentowania przez Policję czynności operacyjno-rozpoznawczych polegających na dokonaniu w sposób niejawny nabycia, zbycia lub przejęcia przedmiotów pochodzących z przestępstwa, ulegających przepadkowi albo których wytwarzanie, posiadanie, przewożenie lub którymi obrót są zabronione, a także na przyjęciu lub wręczeniu korzyści majątkowej, oraz sposobu przekazywania, przetwarzania i niszczenia materiałów uzyskanych podczas stosowania tych czynności (Dz.U. Nr 23, poz. 240).

lowe działanie osoby trzeciej. Z kolei „[w] psychologii prowokacja jest świadomym wymuszeniem określonych zachowań, reakcji lub działań, często agresywnych i nagłych, poprzez oddziaływanie na psychikę, niekoniecznie zgodne z ideologiami lub obranymi przez daną osobę zasadami i wyznawaną ideologią”[15]. Warte podkreślenia jest, że – w wypadku działania na podstawie regulacji dopuszczających prowokację – niezbędnym warunkiem legalności jest brak działania funkcjonariusza stosującego metodę prowokacji w celu skierowania postępowania karnego przeciwko osobie prowokowanej. Funkcjonariusz nie może więc nakłaniać do popełnienia przestępstwa, bądź organizować działania przestępcze albo nimi kierować. Tu właśnie leży granica legalnej, dopuszczanej przez prawo prowokacji. Biorąc pod uwagę, że dopuszczalną prowokację mogą stosować wszystkie ważniejsze służby w naszym kraju, zadać musimy pytanie, jak daleko zostaną przesunięte jej granice w przyszłości. Czy będzie ona podobna do występującej w innych państwach europejskich, czy też zostanie zbliżona do amerykańskiej doktryny *entrapment*, która dopuszcza, by tajny agent podżegał do przestępstwa lub czynnie w nim uczestniczył, by później zostać osobowym źródłem dowodowym w procesie przeciwko osobie, wspólnie z którą popełnił wcześniej przestępstwo. W tzw. wersji subiektywnej tej doktryny nie bada się gotowości do popełnienia przestępstwa. Bierze się natomiast pod uwagę predyspozycje osoby podżeganej do jego popełnienia. Jeżeli sprawca przed wejściem w kontakt z agentem nie miał predyspozycji do popełniania przestępstw, wówczas zgodnie z *entrapment* będzie uniewinniony. Jeżeli jednak wykazuje takie predyspozycje, tzn. popełniał w przeszłości przestępstwa rodzajowo podobne lub chociażby nie przejawia oporu wobec propozycji popełnienia przestępstwa, wtedy *entrapment* nie może być zastosowana jako kontratyp. Natomiast wersja obiektywna tej doktryny odchodzi od braku predyspozycji jako warunku koniecznego do wyłączenia odpowiedzialności karnej. Wedle tej wersji bada się metody, które zastosował agent podczas nakłaniania do popełnienia przestępstwa. Doktrynę *entrapment* stosuje się, jeżeli metody te stwarzają poważne ryzyko, że przestępstwo zostanie popełnione przez osoby w normalnych warunkach nieskłonne do jego popełnienia. Odnośnikiem nadal pozostaje moralność, ale już nie sprawcy, lecz metod policyjnych. Prowokacja policyjna może więc być stosowana jako wyrywkowe kontrolowanie uczciwości obywateli, bez konieczności wcześniejszego uzyskania wiarygodnych informacji o możliwości popełnienia przestępstwa. Takie działanie jest niedopuszczalne w naszym systemie prawnym. Prawo do zakupu kontrolowanego, do wręczenia kontrolowanej korzyści – jak już wskazywano – posiadają wszystkie znaczące służby w naszym kraju. Pojawiają się jednak głosy o konieczności rozszerzenia zakresu dopuszczalnej prowokacji jako niezbędnego narzędzia do likwidacji przestępczości[16].

Prowokacja zgodnie z terminologią ogólną jest określeniem opisującym uzyskanie informacji lub wymuszenie zachowania ofiary przez podstępne i celowe działanie osoby trzeciej.

Członkowie zorganizowanych grup przestępczych z reguły dysponują dużymi środkami finansowymi, konsekwencją i bezwzględnością w osiąganiu założonych celów, nie wahając się korumpować i przenikać do organów szeroko rozumianej władzy. Nawet posia-

15 Zob. http://pl.wikipedia.org/wiki/Prowokacja (dostęp: 16 maja 2012).

16 R. Janiszowski-Downarowicz, *Granice dozwolonej prowokacji w polskim prawie karnym*, „Prokuratura i Prawo” 2009, nr 3, s. 93–94.

danie przez organy ścigania i wymiaru sprawiedliwości informacji o zaistniałych przestępstwach, ale bez możliwości zdobycia dowodów świadczących o udziale poszczególnych osób w ich popełnieniu, okazuje się mało przydatne. Obowiązująca w grupach przestępczych świadoma lub wymuszona solidarność, szczególne środki kamuflażu i weryfikacji osób tworzących przestępcze struktury, a także bezwzględność w pozbywaniu się osób niewygodnych (podejrzewanych np. o współpracę z policją itp.) powodują, że zawodzą nie tylko klasyczne metody zdobywania dowodów, ale także te wynikające z czynności operacyjno-rozpoznawczych. Organy ścigania muszą uciekać się coraz częściej do sposobów, gdzie – w większym lub mniejszym zakresie – wykorzystywany jest podstęp[17].

do udzielania lub przyjęcia takiej korzyści. W związku z rozszerzeniem uprawnień polskiej policji, które mogą od strony przedmiotowej wyczerpywać znamiona czynu zabronionego, ustawa o Policji w art. 144a wyłącza odpowiedzialność karną policjantów lub osób z nimi współdziałających za wykonywanie wymienionych czynności[18].

Czynności zakupu kontrolowanego realizowane są wyłącznie przy wykorzystaniu policjantów pod przykryciem. Nie jest natomiast dopuszczalne (jak w innych systemach prawnych na świecie) wykorzystanie do realizacji zakupu kontrolowanego agentury. Skomplikowanie realizacji zakupu kontrolowanego wynika m.in. z koniecznego stworzenia sytuacji tzw. zalegendowania policjantów pod przykryciem. Zwykle jest ono długotrwałe, głębokie i skomplikowane. Niekiedy konieczne jest nawet utworzenie, specjalnie w celu realizacji zakupu kontrolowanego, „legendowanych" firm bądź wprowadzenie do grupy przestępczej policjantów pod przykryciem. Takie głębokie legendowanie wynika głownie z dużej tzw. elektryczności, tzn. ostrożności zorganizowanych grup przestępczych przed prowadzeniem nielegalnych interesów z nowymi kontrahentami. W praktyce zasady dokonywania zakupu kontrolowanego na pierwszym planie stawiają bezpieczeństwo policjantów uczestniczących w czynnościach. Czynności operacyjne prowadzone w formie zakupu kontrolowanego mogą być niejawnie rejestro-

Członkowie zorganizowanych grup przestępczych z reguły dysponują dużymi środkami finansowymi, konsekwencją i bezwzględnością w osiąganiu założonych celów, nie wahając się korumpować i przenikać do organów szeroko rozumianej władzy.

Mając na uwadze wszelkie publikacje naukowe oraz wypowiedzi środowisk naukowych, prawników – w tym głownie karnistów – należy stwierdzić, że policyjne operacje nie wykazują najmniejszego podobieństwa do przedsięwzięć o charakterze prowokacji policyjnej.

Za wykluczeniem możliwości działań prowokacyjnych przemawia przede wszystkim ustawowe podkreślenie, że czynności te nie mogą polegać na kierowaniu działaniami wyczerpującymi znamiona czynu zabronionego ustawą, a w odniesieniu do czynów dotyczących przyjęcia lub wręczenia korzyści majątkowej nie mogą również polegać na nakłanianiu

17 B. Kurzępa, *Podstęp przy zwalczaniu przestępczości zorganizowanej*, „Prokurator" 2001, nr 1, s. 34.

18 J. Kudła, B. Kupis, *Nowe uregulowania prawne dotyczące polskich działań pod przykryciem*, „Przegląd Policyjny" 2002, nr 3–4, s. 165.

wane[19] za pomocą urządzeń służących do rejestracji obrazu i dźwięku[20].

Operacje z wykorzystaniem tajnych agentów mogą przynieść efekty w postaci zebrania materiału dowodowego, którego uzyskanie w inny sposób byłoby niemożliwe lub bardzo uciążliwe.

Przebieg operacji pod przykryciem uzależniony jest od kategorii przestępstwa, przeciwko któremu ma być ona zastosowana, a także od szeregu innych czynników, związanych m.in. z kosztami operacji oraz jakością zagrożeń dla policjantów lub funkcjonariuszy innych służb stosujących operacje specjalne (*vide* operacja Centralnego Biura Antykorupcyjnego wobec posłanki Beaty Sawickiej), biorących udział w działaniach. Zagrożenia te w szczególności obejmują możliwość spowodowania:

- obrażeń fizycznych u uczestników operacji „pod przykryciem",
- strat materialnych i niematerialnych w podmiotach gospodarczych, w stosunku do których prowadzone są przedsięwzięcia operacyjne,
- sytuacji kwalifikującej się do występowania poszkodowanych wskutek operacji osób z roszczeniami do organów państwowych,
- naruszenia strefy życia prywatnego lub ingerowania w niejawne stosunki,
- narażenia organów ścigania na angażowanie się w niektóre rodzaje działalności przestępczej.

Operacje z wykorzystaniem tajnych agentów mogą przynieść efekty w postaci zebrania materiału dowodowego, którego uzyskanie w inny sposób byłoby niemożliwe lub bardzo uciążliwe.

Celem poszczególnym operacji jest:

- ustalenie zakresu podmiotowego i przedmiotowego działalności rozpracowywanych grup,
- uprzedzanie planowanych przedsięwzięć przestępczych,
- zebranie informacji, a przede wszystkim dowodów o konkretnych przestępstwach,
- ułatwienie czynności związanych z konfiskatą ukrywanego przez sprawców mienia,
- zatrzymanie sprawców przestępstwa.

Jednym z większych problemów wynikających z tych działań są skutki utożsamiania się agenta działającego pod przykryciem z osobami działającymi w rozpracowywanej grupie. Musi on zachować się i myśleć jak przestępca, niekiedy nawet przez kilka lat. Zdaje on sobie jednocześnie sprawę z grożącego mu niebezpieczeństwa dekonspiracji. Skutkiem stresu powodowanego tymi działaniami bywa załamanie nerwowe, popadanie w alkoholizm, narkotyzowanie się czy wręcz poczucie bycia przestępcą, dlatego ważną rolę odgrywa specjalistyczne szkolenie policjantów, a także stała opieka psychologiczna.

Na pozór wydaje się, że są to działania bardzo kosztowne. Jednak wartość odzyskanego, a także skonfiskowanego mienia od osób rozpracowywanych przekracza kilkakrotnie koszt prowadzenia operacji. Na uwagę zasługuje fakt sprawowania kontroli i nadzoru nad operacjami pod przykryciem, gdzie w każdej chwili nadzorujący działania policjant oraz prokurator mają dostęp do informacji o realizowanych przedsięwzięciach. Na bieżąco mogą oni oceniać wartość dowodową zebranych materiałów, co w znacznym stopniu ułatwia późniejsze postępowanie przed sądem, któremu przedkładane są wówczas dowody

19 Zob. załączniki nr 1 i 2 do rozporządzenia MSWA z dnia 13 marca 2002 r.

20 A. Biernaczyk, *Zarys problematyki czynności operacyjnych*…, s. 134–135.

działalności przestępczej określonej grupy czy osoby. Istnieje możliwość przeniesienia wykonywanych i odpowiednio udokumentowanych czynności operacyjno-rozpoznawczych na salę sądową. Wydaje się, że gwarancją powodzenia poszczególnych operacji pod przykryciem jest budowanie odpowiednich legend, które zostają przyjęte przez grupę przestępczą. To od prawidłowo wypracowanej legendy zależy, czy wprowadzenie lub wyprowadzenie tajnego agenta zakończy się w konsekwencji powodzeniem, czy też nie. Metody pracy operacyjnej stosowane przed i w trakcie prowadzenia czynności powinny stworzyć odpowiednio przygotowaną legendę. Ciągłe prowadzenie rozpoznania, systematyczne kontrolowanie sytuacji w grupie przestępczej to warunki konieczne, gwarantujące przyszłe powodzenie wykonywanych działań[21].

W czasie wykonywania przedmiotowych zadań policja korzysta z pomocy osób niebędących policjantami. Szczególne uprawnienia otrzymało Biuro Wywiadu Kryminalnego Komendy Głównej Policji[22]. Ustawodawca zabrania ujawniania danych o osobie udzielającej policji pomocy w toku czynności operacyjno-rozpoznawczych, stosując jednak wyłączenie, dotyczące możliwości ujawnienia tych danych jedynie w przypadkach i trybie określonych w ustawie[23]; dane te mogą być ujawnione na żądanie prokuratora, jak też w razie uzasadnionego podejrzenia popełnienia przez tę osobę przestępstwa ściganego z oskarżenia publicznego w związku z wykonywaniem czynności operacyjno-rozpoznawczych. Osobom tym za udzieloną pomoc może być przyznane wynagrodzenie. Ze względu jednak na ochronę (art. 20a, ust. 1–3 ustawy o Policji) tajemnicy państwowej i służbowej wobec nich nie mogą być stosowane przepisy o finansach publicznych i rachunkowości. Stąd m.in. wynagrodzenia osób niebędących policjantami pokrywane są z tworzonego na ten cel funduszu[24] operacyjnego[25].

Po rozpoczęciu operacji specjalnej przez cały czas jej trwania prokurator jest na bieżąco informowany o wynikach przeprowadzanych czynności. Właśnie w oparciu o te informacje prokurator monitoruje przebieg działań i w zależności od pojawiających się okoliczności może w każdym momencie zarządzić ich zaprzestanie. Każda sytuacja ma swoją dynamikę; jej przebieg jest często uzależniony od postępowania członków rozpracowywanej grupy przestępczej, od czynników natury obiektywnej, trudnych do wcześniejszego przewidzenia. Wówczas graniczny czas

21 J. Kudła, *Wybrana problematyka czynności operacyjnych na tle uwag de lege ferenda projektu ustawy o czynnościach operacyjno-rozpoznawczych*, Warszawa 2009, s. 526–528

22 Załącznik nr 13 (Szczegółowe zadania Zarządu Wywiadu Kryminalnego Komendy Głównej Policji) do zarządzenie nr 366 Komendanta Głównego Policji z 20 kwietnia 2004 r., w sprawie regulaminu Komendy Głównej Policji (Dz.Urz. KGP z 2004 r. nr 7, poz. 31).

23 Ustawa o niektórych uprawnieniach pracowników urzędu obsługującego ministra właściwego do spraw wewnętrznych oraz funkcjonariuszy i pracowników urzędów nadzorowanych przez tego ministra (Dz.U. z 1996 r. Nr 106, poz. 491). Artykuł 9 tej ustawy stanowi:

„1. Minister Spraw Wewnętrznych i Administracji może zezwalać pracownikom, policjantom, strażakom, funkcjonariuszom Straży Granicznej i żołnierzom resortu spraw wewnętrznych i administracji na udzielenie wiadomości stanowiącej tajemnicę państwową lub służbową określonej osobie lub instytucji. Zezwolenie to nie może jednak dotyczyć sytuacji, o której mowa w art. 21 ustawy wymienionej w art. 8 ust. 2 oraz w art. 9a ustawy z 12 października 1990 r. o Straży Granicznej (Dz.U. Nr 78, poz. 462; z 1991, Nr 94, poz. 422; z 1992, Nr 54, poz. 254; z 1993, Nr 12, poz. 52; z 1994, Nr 53, poz. 214 oraz z 1995, Nr 4 poz. 17, Nr 34, poz. 163 i Nr 104, poz. 515).

2. W razie odmowy zwolnienia pracownika, policjanta, strażaka, funkcjonariusza Straży Granicznej, żołnierza resortu spraw wewnętrznych i administracji lub osoby udzielającej im pomocy w wykonywaniu czynności operacyjno-rozpoznawczych od obowiązku zachowania tajemnicy państwowej albo odmowy zezwolenia na udostępnienie dokumentów lub materiałów objętych tajemnicą państwową, pomimo żądania prokuratora lub sądu, zgłoszonego w związku z postępowaniem karnym o przestępstwo wymienione w art. 109 Kodeksu karnego lub o zbrodnię godzącą w życie ludzkie albo o występek przeciwko życiu i zdrowiu, gdy jego następstwem była śmierć człowieka – Minister Spraw Wewnętrznych i Administracji przedstawia żądane dokumenty i materiały oraz wyjaśnienia Pierwszemu Prezesowi Sądu Najwyższego. Jeżeli Pierwszy Prezes Sądu Najwyższego stwierdzi, że uwzględnienie żądania prokuratora lub sądu jest konieczne do prawidłowości postępowania karnego, Minister Spraw Wewnętrznych i Administracji jest obowiązany zwolnić od zachowania tajemnicy lub udostępnić dokumenty i materiały objęte tajemnicą".

24 Art. 22 ustawy o Policji.

25 J. Kudła, Z. Bielecki, *Wybrane aspekty zakupu kontrolowanego w pracy Policji*, „Przegląd Policyjny" 2005, nr 77 (1), s. 96–97.

trzech miesięcy może okazać się niewystarczający dla zrealizowania założonych w operacji specjalnej celów. W takim przypadku, jeśli jest to istotnie konieczne – przykładowo w Policji – Komendant Główny Policji lub Komendant Wojewódzki Policji może zarządzić kontynuowanie rozpoczętych czynności na dalsze trzy miesiące, a także, jeśli to okaże się niezbędne, na kolejny czas określony.

Po zakończeniu operacji specjalnej, w przypadku uzyskania dowodów pozwalających na wszczęcie postępowania przygotowawczego lub mających znaczenie dla toczącego się już postępowania karnego, Komendant Główny Policji lub Komendant Wojewódzki Policji jest zobowiązany do przekazania właściwemu miejscowo prokuratorowi okręgowemu wszystkich materiałów zgromadzonych podczas wykonywanych w ramach prowokacji policyjnej czynności operacyjno-rozpoznawczych, w razie potrzeby z wnioskiem o wszczęcie postępowania karnego. Czasami może zdarzyć się tak, że w wyniku trwającej operacji specjalnej nie uda się uzyskać dowodów pozwalających na wszczęcie postępowania przygotowawczego. Wówczas zgromadzone w trakcie trwania prowokacji materiały muszą zostać komisyjnie zniszczone po uprzednim, dwumiesięcznym okresie przechowywania[26].

26 J. Gołębiewski, *Praca operacyjna w zwalczaniu przestępczości zorganizowanej*, Warszawa 2008, s. 64–65.

Podsumowanie

Jak wynika z doświadczeń policji europejskich[27] oraz Federalnego Biura Śledczego, zakup kontrolowany i łapówka kontrolowana są jednymi z najskuteczniejszych metod w walce z przestępczością[28].

Polska Policja i służby specjalne posiadają instrumenty prawne, narzędzia i metody walki z przestępczością zorganizowaną, jakich nie posiada wiele innych państw. Podejście reaktywne wydaje się najbardziej skutecznym sposobem minimalizowania skutków społecznego oddziaływania przestępczości – w tym zorganizowanej. Dlatego też ścisła współpraca oraz koordynacja i interdyscyplinarne podejście do zagadnienia przestępczości zorganizowanej mogą ograniczyć jej skutki, bo niestety, nie jest możliwe jej wyeliminowanie[29].

Polska Policja i służby specjalne posiadają instrumenty prawne, narzędzia i metody walki z przestępczością zorganizowaną, jakich nie posiada wiele innych państw.

27 Konwencja sporządzona na podstawie art. K.3 Traktatu o Unii Europejskiej w sprawie ustanowienia Europejskiego Urzędu Policji (konwencja o Europolu), Dz.Urz. UE, C 316, z 27.11.1995.

28 Umowa między Rzecząpospolitą Polską a Europejskim Biurem Policji o współpracy w zwalczaniu przestępczości, sporządzona w Warszawie dnia 3 października 2001 r. (Dz.U z 2002 r., Nr 144, poz. 1210).

29 K. Liedel, *Transsektorowe obszary bezpieczeństwa narodowego*, Warszawa 2011, s. 144.

Franciszek Longchamps de Bérier

Emocje w interpretacji prawa a opis rzeczywistości

Refleksje na marginesie książki Ernesta Bianchiego *Per un'indagine sul principio 'conceptus pro iam nato habetur'*

Franciszek Longchamps de Bérier

Ksiądz katolicki, profesor Uniwersytetu Jagiellońskiego, LL.M. (Georgetown University), kierownik Zakładu Prawa Rzymskiego Wydziału Prawa i Administracji UJ. Wykłada na Uniwersytecie Warszawskim. Członek Komitetu Nauk o Kulturze Antycznej PAN, Komitetu Nauk Prawnych PAN, zespołu ekspertów ds. Bioetycznych Konferencji Episkopatu Polski. Stypendysta Fundacji na rzecz Nauki Polskiej.

Ernesto Bianchi w tytule swej książki użył sformułowania *conceptus pro iam nato habetur*[1]. Przywykliśmy do innego sposobu wyrażania tej myśli, znanego z paremii *nasciturus pro iam nato habetur, quotiens de commodis eius agitur*. Tak czy inaczej, każde z nich, podsumowując doświadczenie nie tylko prawa rzymskiego, wskazuje na prawną doniosłość faktu, jakim jest ludzkie życie jeszcze przed narodzeniem.

Na kolumnadzie Pałacu Sprawiedliwości w Warszawie zabrakło wiekopomnej paremii „niech będzie wysłuchana i druga strona" – *audiatur et altera pars*, wyrażającej jedną z podstawowych gwarancji praworządności i sprawiedliwości proceduralnej. Z biegiem lat coraz wyraźniej się potwierdza, że poważny mankament stanowi również niezamieszczenie tam zasady[2], która konstatuje podmiotowość w prawie poczętego, lecz jeszcze nie urodzonego człowieka: *nasciturus pro iam nato habetur, quotiens de commodis eius agitur*. Użycie łaciny w sposób naturalny prowadzi do pytania o prawo Rzymian w tym zakresie. Praca E. Bianchiego bada podstawy w rzymskim prawie archaicznym i klasycznym przyjęcia jako zasady, że przynajmniej w pewnym zakresie *nasciturus* jest traktowany tak, jakby już się urodził. W tym samym 2009 roku mono-

1 E. Bianchi, *Per un'indagine sul principio 'conceptus pro iam nato habetur' (Fondamenti arcaici e classici)*, Milano 2009, 360 s.

2 F. Longchamps de Bérier, *Audiatur et altera pars. Szkic o brakującej kolumnie Pałacu Sprawiedliwości* (w:) W. Uruszczak, P. Święcicka, A. Kremer (red.) *Leges sapere. Studia i prace dedykowane profesorowi Januszowi Sondlowi w pięćdziesiątą rocznicę pracy naukowej*, Kraków 2008, s. 273; przeciwnie W. Wołodkiewicz, *'Leges sapere'. Na marginesie księgi poświęconej profesorowi Januszowi Sondlowi*, „Palestra" 2009, nr 1–2, s. 117–125.

grafię poświęcił temu zagadnieniu Piotr Niczyporuk[3], co dowodzi uniwersalności i aktualności problematyki prywatnoprawnych aspektów ochrony dziecka poczętego w refleksji także nad prawem rzymskim.

Niechęć do reguły o nasciturusie wpisywała się w dyskretną tendencję rozmontowywania tzw. kompromisu aborcyjnego, wypracowanego w Polsce w 1993 roku. Na jej kanwie w 1996 roku zniesiono na przykład wprowadzony trzy lata wcześniej do art. 8 k.c. paragraf drugi, który dziecku poczętemu przyznawał zdolność prawną w całym prawie cywilnym. Bez wątpienia *nasciturus* miał ją zawsze i ma nadal w prawie spadkowym. Prawo polskie nie jest tu żadnym wyjątkiem, gdyż stwierdzenie „tego, który ma się urodzić, uważa się za już narodzonego, ilekroć chodzi o jego korzyści" wyraża bowiem jedną z zasad prawa spadkowego widoczną zarówno w prawie rzymskim, jak i w jego recepcji w kontynentalnej Europie, a także w całym kontekście prawa porównawczego, obejmującym również prawo skandynawskie, *common law*, czy nawet prawo chińskie oraz tzw. *mixed jurisdictions*. Trudno doprawdy uwierzyć, że o pominięciu na kolumnadzie reguły *nasciturus pro iam nato habetur, quotiens de commodis eius agitur* zdecydowała znaczna jej długość[4]. Najwyraźniej w grę weszły emocje, jakie wzbudza łączenie podmiotowości nasciturusa ze sporami o karalność aborcji. O wszystkim tym nadmieniam, gdyż praca włoskiego romanisty wpisuje się w żywe dyskusje, prowadzone współcześnie także wśród polskich badaczy prawa rzymskiego: dyskusje, które swym oddziaływaniem znacznie przekraczają wąskie grono uczonych jednej z dyscyplin nauk prawnych.

Obaw o ich podgrzanie, a może nawet polityzację, nie wyzbył się P. Niczyporuk. Zachował przesadną ostrożność w formułowaniu wniosków badawczych. Złożył na wstępie dziwne oświadczenie, że aborcja „znajduje się poza głównym nurtem zainteresowania"[5]. W sumie w jego książce najodważniejszy okazał się tytuł: „Prywatnoprawna ochrona dziecka poczętego w prawie rzymskim", sformułowany bez wątpienia w bardzo współczesnym języku *pro life*. Całą zresztą rozprawę cechują wypowiedzi pełne szacunku wobec życia, choć pisząc „dziecko poczęte" w miejsce innych, odpersonalizowanych określeń P. Niczyporuk odnotował dość już powszechne na szczęście osiągnięcie ostatnich lat. Jego praca wpisała się w tendencję – widoczną i w potocznym rozumieniu zagadnienia, i w literaturze przedmiotu – założonego z góry łączenia kwestii podmiotowości nasciturusa ze sprzeciwem wobec aborcji. Dlatego wywody sprawiają wrażenie, jakby nie dopuszczał opcji, w której za przyznawaniem podmiotowości nie pójdzie ochrona. Nie udało się pokazać zniuansowanego zakresu przyznawania podmiotowości – owej „ograniczonej podmiotowości prawnej" oraz tego, jak dyktowały go względy praktyczne i użyteczność poszczególnych uregulowań – zupełnie przecież bez pretensji do wprowadzania rozwiązań systemowych. Żeby poprzestać na jednym przykładzie: o statusie prawnym Rzymianina, który urodził się w małżeństwie, decydował moment poczęcia, dziecka zaś pozamałżeńskiego – dopiero chwila przyjścia na świat[6]. Mentalności Rzymian obce były absolutyzacje: stawały w niezgodzie z ich dyscypliną myślenia, kulturą intelektualną oraz prawniczymi intuicjami. Głównie z tego wynikała nieprzystawalność do ich wyobrażeń współczesnej kategorii podmiotowości prawnej. To powoduje, że bardzo trudno na podstawie rzymskich źródeł przekonywać o uznaniu dziecka poczętego za pełnoprawnego człowieka. Z pewnością Rzymianie nie udawali, iż nie dostrzegają w nasciturusie istoty ludzkiej, tyle że z samym byciem nią niewiele się w Rzymie wiązało. Niestety P. Niczyporuk wyłączył z zakresu swych badań oddziaływanie doktryny chrześcijańskiej, a w związku z tym i rzymskie prawo poklasyczne – ze znacznym uszczerbkiem dla kompletności podjętych badań. Zupełności jego badań służyłoby uwzględnienie pisarzy wczesnochrześcijańskich. Powinien też

3 P. Niczyporuk, *Prywatnoprawna ochrona dziecka poczętego w prawie rzymskim*, Białystok 2009.

4 *Rozmowy w Redakcji. Z Profesorem Witoldem Wołodkiewiczem rozmawia Wojciech Dajczak*, „Czasopismo Prawno-Historyczne" 2010, t. 62, z. 1, s. 379: „Dość często spotykałem się z zarzutem, iż nie umieściliśmy na gmachu Sądu Najwyższego reguły *nasciturus pro iam nato habetur quotiens de commodis eius agitur*. Gdyby ją umieścić w całości, byłaby za długa".

5 P. Niczyporuk, *Prywatnoprawna ochrona*…, s. 26.

6 Rzymskie źródła wskazuje tu A. Tarwacka, *Recenzja* (Piotr Niczyporuk, *Prywatnoprawna ochrona dziecka poczętego w prawie rzymskim*, Białystok 2009), „Czasopismo Prawno-Historyczne" 2010, t. 62, z. 2, s. 452.

zastanowić się nad włączeniem do swych rozważań kwestii porzucania noworodków. Wydaje się ono funkcjonalnym odpowiednikiem współczesnej aborcji, która przy ówczesnym stanie wiedzy medycznej i dostępności środków technicznych była jeszcze bardziej ryzykowna dla życia i zdrowia kobiety niż obecnie. Gdy chrześcijanie podkreślali, co ich od pogan odróżniało, wskazywali na nieporzucanie noworodków. Ze względów emocjonalnych i fizjologicznych porzucenie jest trudniejsze, lecz bezpieczniejsze zdrowotnie, a przede wszystkim daje dziecku szansę przeżycia.

Ostudzeniu emocji może posłużyć przypomnienie, że istnieje kilka płaszczyzn rozważań: polityczna, prawna, moralna. Oddziałują one na siebie, ale przyjmowane w nich rozwiązania mogą się poważnie różnić. Stanowią bowiem wyraz pluralizmu przekonań i na niektórych płaszczyznach wynik kompromisu. Doświadczenie prawa rzymskiego wsparte badaniami komparatystycznymi pozwala wyróżniać kolejne kręgi, w których dyskutuje się i przyjmuje dane rozwiązania prawne. Pierwszy z nich stanowi prawo spadkowe, gdzie podmiotowość prawna dziecka poczętego jest powszechnie akceptowaną zasadą. Drugi krąg tworzy przyznanie podmiotowości w całym prawie cywilnym lub przynajmniej uznawanie jej w kilku jego gałęziach, np. także w prawie deliktów. Trzeci krąg wyznacza decyzja prawodawcy co do zakazu albo dopuszczalności aborcji, bądź jedynie wyłączenia karalności niektórych jej przypadków. Dopiero w czwartym kręgu pojawia się postulat objęcia dziecka poczętego taką ochroną, jaką cieszy się każdy inny człowiek. Wtedy bowiem wyciąga się wnioski – między innymi z doświadczenia prawnego – kim jest człowiek i że *nasciturus* też jest człowiekiem. Wskazane cztery kręgi mogą być przez prawników lub prawodawców traktowane rozłącznie, tak że w danym porządku przyjmuje się np. tylko pierwszą i trzecią perspektywę. Rozłączanie wskazanych kręgów „może spotkać się z zarzutem niekonsekwencji, jest wszelako faktem w porządkach prawnych. Gdy chodzi o konkretne regulacje, jest to kwestia wręcz techniczna. Problem powstaje wtedy, gdy pada pytanie o zasady prawa, a staje się jeszcze poważniejszy, gdy trzeba wskazać wartości przez prawo realizowane”[7].

Praca *Per un'indagine sul principio 'conceptus pro iam nato habetur'* wpisuje się w dyskusje prowadzone także w Polsce, a znacznie wykraczające swym oddziaływaniem poza sferę badań prawa rzymskiego. Włoski romanista jest od pewnych polemik wolny, gdyż art. 1 ust. 2 kodeksu cywilnego Italii przyznaje dziecku poczętemu podmiotowość prawną. E. Bianchi posługuje się nieco inaczej brzmiącym łacińskim sformułowaniem „poczęty jest brany za już urodzonego” – *conceptus pro iam nato habetur*. Jeśliby więc umieszczenie na kolumnadzie zależało tylko od długości, wzięto by z pewnością tę wersję paremii. Obok powszechnie w naszej literaturze używanego imiesłowu czasu przyszłego *nasciturus*, a więc dosłownie „ten, który ma się urodzić”, na określenie dziecka poczętego używa się również rzeczownika IV deklinacji *conceptus*, czyli poczęty, lub opisowego wyrażenia *nondum natus* – jeszcze nie urodzony. Autor rozpoczyna rozważania w sposób typowy dla romanistyki. Wychodzi od brzmienia samego sformułowania *conceptus pro iam nato habetur*. Odnotowując jako fakt to potoczne łacińskie stwierdzenie, przytacza opinie na temat jego związku z rozwiązaniami prawnymi: niektórzy uważają, że powstało zupełnie niedawno, inni, że sformułowanie sięga korzeniami epoki pojustyniańskiej. We wszelkich poważniejszych zakazach przerywania ciąży autor upatruje chrześcijańskie wpływy. Nie wiąże podmiotowości nienarodzonego z represją wobec aborcji. Wydaje się sugerować, że łączenie tych kwestii będzie niepotrzebnie zaciemniać obraz badawczy. Rozpoczyna od stwierdzenia, że panuje w zasadzie zgoda, iż maksyma *conceptus pro iam nato habetur* podsumowuje doświadczenie prawa rzymskiego, a w szczególności cały kontekst spadkowy. I jest przekonany, że paremia sięga korzeniami Rzymu prawa archaicznego. Taki pogląd wyraził już onego czasu Ubaldo Robbe[8], jednak w opinii E. Bianchiego twierdzenie to oparł on nie na źródłach, lecz na błędzie *petitio principii*. Zainteresowanie najdawniejszym okresem historii prawa rzymskiego po pierwsze

7 F. Longchamps de Bérier, *Podmiot prawa między Rzymem a Jerozolimą* (w:) F. Longchamps de Bérier, R. Sarkowicz, M. Szpunar (red.), *'Consul est iuris et patriae defensor'. Księga pamiątkowa dedykowana doktorowi Andrzejowi Kremerowi*, Warszawa 2012, s. 122.

8 U. Robbe, *I postumi nella successione testamentaria romana*, Milano 1937, s. 31 i n.

zwolniło autora od badań literatury chrześcijańskiej, po drugie zaś uzasadniło pominięcie kwestii związanych z aborcją.

Struktura książki E. Bianchiego jest niejednolita. Autor poświęcił aż cztery siódme jej objętości prawnospadkowej pozycji pogrobowców. Rozdział drugi, który ma przeszło 200 stron i został zatytułowany „W poszukiwaniu *postumi* między *sui heredes* a *sui*", stanowi właściwie autonomiczne opracowanie, strukturalnie obudowane dwoma krótszymi. Jednak rozdział pierwszy „Znaczenie poczęcia w epoce archaicznej" to nie tylko wprowadzenie do rozważań o pogrobowcach. Analizuje się w nim wszystkie inne poszlaki prowadzące do wniosku, iż Rzymianie znów okazali się wielkimi realistami. Od najdawniejszych czasów nie zatrzymywali się na momencie narodzenia, aby odrzucić możliwość podmiotowego postrzegania w prawie dziecka poczętego. W zgoła innej tradycji żyli Germanie, dla których nienarodzony jeszcze dla prawa nie istniał. Miał szansę stać się podmiotem prawa dopiero z chwilą urodzenia. Nie było to wszelako jedyne ograniczenie, które każe oceniać germańską tradycję prawną jako znacznie mniej bogatą, użyteczną i produktywną niż rzymska[9]. Trzeci rozdział jest pogłębionym studium źródłowym pt. „*In rerum natura* oraz *in humanis rebus*. Niedoceniane przeciwstawienie?". Autor zastanawia się w nim, czy zasady stworzone w prawie archaicznym są zauważalne potem w sposobie postrzegania przez Rzymian małżeńskiego pochodzenia dziecka poczętego, które rodzi się po śmierci ojca. Wyrażenie *in rerum natura*, użyte w stosunku do nienarodzonego, miałoby stwierdzać istnienie prawne, ale też fizyczne i fizjologiczne, które to pierwsze z nich zakłada. Natomiast wyrażenie *in rebus humanis* ma podkreślać niekompletność, niedokonanie. Zdaniem włoskiego romanisty, ale nieco inaczej niż *communis opinio*[10], źródła wskazują, iż poczęty jest *in rerum natura*, lecz nie *in rebus humanis*. Miałoby to w praktyce oznaczać, że cieszy się ochroną prawną, tak jakby był *in rebus humanis*. Wnioski trzeciego rozdziału czyni E. Bianchi podsumowaniem całej książki. Chyba niesłusznie, gdyż najciekawsze wydają się rozważania rozdziału pierwszego.

Książkę tworzą trzy powiązane ze sobą opracowania. Ukierunkowano je na prawo archaiczne. Z tych dwóch powodów cała praca jest – zgodnie zresztą z tytułem – przyczynkiem do badań nad zasadą *conceptus pro iam nato habetur*. W założeniu więc nie aspiruje do całościowego przedstawienia zagadnień prawnych, jakie mogą się wiązać z faktem poczęcia człowieka. Gdy więc pytamy o spektrum poruszanych zagadnień, praca P. Niczyporuka zdaje się bogatsza, choćby o analizy dotyczące pieczy prawnej nad nienarodzonym (*cura ventris*). Obu autorów łączy zaś eksponowanie badania sytuacji prawnej pogrobowców w prawie antycznym, choć takim studium trudno zainteresować szersze audytorium prawnicze. Zresztą za najciekawszy, nawet nowatorski, ale i kontrowersyjny uważam rozdział pierwszy. Być może myśli z nim związane doprowadziły do powstania książki, a przynajmniej do nadania jej nośnego tytułu i ukierunkowania – nie na kwestie dotyczące pogrobowców, które w istocie są dość niszowe, lecz na zagadnienie prawej doniosłości poczęcia. Jeśli jednak dla autora najważniejsze okazałyby się długie rozważania o pogrobowcach (*postumi*), trzeba uznać, że książka pokazuje instrukcyjny zabieg, jak zbudować kontekst przedstawienia własnych badań – nawet jeśli nie da się nimi zainteresować, a o ich wynikach chce się informować szerszą publiczność.

Pierwszy rozdział rozpoczyna się od uwag wzywających do ostrożności: na płaszczyźnie językowej brakuje terminu, na dogmatycznej zaś koncepcji, która odpowiadałaby współczesnej „zdolności prawnej". Trudno posługiwać się tą koncepcją w odniesieniu zwłaszcza do epoki archaicznej Wiecznego Miasta. Z drugiej wszakże strony trzeba pamiętać, że my nie mamy odpowiednika rzymskiej *capitis deminutio*. Potrzeba przeto wiele pokory badawczej – jak zwykle. E. Bianchi wierzy, że daje się dotrzeć do rzymskiego prawa archaicznego, i to nawet z epoki przed decemwirami, którzy ogłosili ustawę XII tablic w latach 451–450 przed Chr. Jest przekonany, że dzięki najdawniejszym mitom i rytom daje się wejrzeć nawet w czasy przedmiejskie i przedobywatelskie w Rzymie. Wskazuje na Lemuria, ofiary roślinne o znaczeniu płodów i inne rytuały religijne. Dla historyka prawa

9 W. Dajczak, F. Longchamps de Bérier, *Prawo rzymskie w czasach dekodyfikacji*, „Forum Prawnicze" 2012, nr 2(10), s. 14.

10 Z pewnością przeciwstawienie *in rerum natura* oraz *in humanis rebus* nie jest niedoceniane przez P. Niczyporuka, por. *Prywatnoprawna ochrona…*, s. 71; A. Tarwacka, *Recenzja*, s. 452.

oczywisty jest związek początków prawa z religią. Autor powraca do dawniejszej tradycji studiów nad prawem rzymskim, doceniającej szerokie spojrzenie, które uwzględnia rzymską religię. W tym kontekście E. Bianchi dyskutuje znaczenie ustawy zwanej królewską, która od niepamiętnych czasów zakazywała grzebania kobiety ciężarnej bez uprzedniego otwarcia jej łona. Analizuje nakaz zachowania przez 10 miesięcy żałoby po zmarłym mężu. Nie chodzi mu tylko o wymóg ostrożności oraz ewidentnie zastępczą i symboliczną ofiarę z ciężarnej krowy, gdyby wdowa go nie zachowała. Zdaniem włoskiego romanisty 10 miesięcy służyło pierwotnie nie tyle pewności co do ojcostwa, lecz interesom ojca, rozumianym w tamtych czasach swoiście. Oto bowiem w dziecku, które jest w łonie żony, dostrzega się ideę kontynuacji zmarłego: przetrwanie ojca, jego osoby w potomstwie[11]. Wątek ten rozwija autor, przytaczając jeden z przepisów ustawy XII tablic – T. 4,4. Głosi on, że dziecko urodzone po upływie 10 miesięcy od śmierci męża nie będzie miało prawa do dziedziczenia. Regulacja sięgać ma najdawniejszego prawa czasów królewskich – przynajmniej sami Rzymianie uważali ją za głęboko zakorzenioną w swej tradycji prawnej. Wskazany wyżej przepis ustawy XII tablic stanowi, zdaniem E. Bianchiego, szczególnie wymowne świadectwo dostrzegania, od zarania Miasta, prawnego znaczenia początku życia, za który niekoniecznie trzeba uważać dopiero urodzenie.

Inny był wtedy świat, inaczej postrzegany człowiek. Pozwala to wszelako – przy wszystkich współczesnych zastrzeżeniach co do komunikatywności posługiwania się terminem „osoba" – docenić realizm Rzymian, w pełni świadomych i dostrzegających również w prawie, że poczęty i nienarodzony jest jednostką ludzką: „indywiduum", co logicznie poprzedza koncepcję „osoby". Objęcie go prawną ochroną to odrębna kwestia, choć ważna i warta zastanowienia. Wnioski z badań nad najdawniejszymi rzymskimi czasami wydają się jednak prowadzić ku konkretnym ustaleniom, ważnym dla antropologii. Chodzi więc nie tylko o fakt zaistnienia ludzkiego życia z momentem poczęcia, gdyż to oczywiste, ale o postrzeganie tego faktu przez społeczeństwo. Stąd cztery kręgi, o których była mowa, zaczynają się na płaszczyźnie prawnej układać w zgoła innej kolejności. Skoro *nasciturus* też jest człowiekiem, w centrum znajdzie się postulat objęcia dziecka poczętego taką ochroną, jaką cieszy się każdy inny byt ludzki. Postulat wskazuje prawodawcy, iż należy się przynajmniej zastanowić nad zakazaniem aborcji lub wyłączeniem karalności tylko niektórych jej przypadków. Dalszą kwestią jest przyznanie podmiotowości dziecku poczętemu w całym prawie cywilnym, a więc i w prawie spadkowym. Tak tedy dzięki książce E. Bianchiego widać, że badania nawet nad archaicznym prawem rzymskim przynoszą historyczne, a w istocie antropologiczne inspiracje dla dzisiejszych sporów o prawo.

11 Koncepcja ta jest zupełnie niezależnie znana wczesnym czasom Starego Testamentu. Zanim na dobre w Izraelu ugruntowała się koncepcja nieśmiertelności, nadzieje wiązane z przyjściem Mesjasza wymagały wstępowania w związek małżeński i dochowania się potomstwa. Ono czy jego następcy może doczekają przyjścia pomazańca Bożego, a w ten sposób w nich doczekają go ci, którzy wcześniej zmarli.

Marcin Stębelski

Przegląd orzecznictwa – prawo konstytucyjne

Wyrok TK z dnia 12 stycznia 2012 r., Kp 10/09, OTK 2012, nr 1A, poz. 4

Spółdzielcze Kasy Oszczędnościowo-Kredytowe

I

1. Art. 17 pkt 1 ustawy z dnia 5 listopada 2009 r. o spółdzielczych kasach oszczędnościowo-kredytowych, przez to że pomija możliwość tworzenia walnego zgromadzenia jako organu kasy, jest niezgodny:

a) z art. 58 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej,

b) z art. 32 ust. 1 Konstytucji.

2. Art. 91 ust. 1 i 2 ustawy powołanej w punkcie 1 jest niezgodny z art. 2 Konstytucji.

II

Przepisy ustawy wskazane w części I wyroku nie są nierozerwalnie związane z całą ustawą.

Kontrola konstytucyjności ustawy z 5 listopada 2009 r. o spółdzielczych kasach oszczędnościowo-kredytowych (dalej: ustawa o skok z 2009 r.) została zapoczątkowana wnioskiem Prezydenta RP z 30 listopada 2009 r. złożonym w trybie kontroli prewencyjnej. Trybunał Konstytucyjny – postanowieniem z 18 maja 2011 r. – częściowo umorzył postępowanie, ograniczając przedmiot dalszego badania zgodności z Konstytucją do dwóch przepisów kwestionowanej ustawy: art. 17 pkt 1 i art. 91 ust. 1 i 2. Wskazując na niezgodność tych przepisów z powołanymi we wniosku wzorcami – art. 58 ust. 1 w zw. z art. 31 ust. 3 oraz art. 32 ust. 1 Konstytucji – Prezydent RP argumentował, że przyjęty przez ustawodawcę model organizacyjny spółdzielczych kas oszczędnościowo-kredytowych (dalej: SKOK-i, kasy), polegający na wprowadzeniu zebrania przedstawicieli jako jednego z trzech organów kas (oprócz rady nadzorczej i zarządu), uniemożliwia ich właściwe funkcjonowanie. Prowadzi jednocześnie do nieuzasadnionego zróżnicowania sytuacji prawnej kas w stosunku do innych podmiotów o podobnym charakterze. Wnioskodawca kwestionował również zgodność z art. 2 Konstytucji przepisów przejściowych – art. 91 ust. 1 i 2 ustawy o skok z 2009 r. Uznał, że zrealizowanie celów wymienionych w tych przepisach, dotyczących lat 2009–2010, nie będzie możliwe z uwagi na przewidywane opóźnienie wejścia w życie tej ustawy.

W ramach merytorycznej oceny zarzutów Trybunał Konstytucyjny wyraził pogląd, że możliwość korzystania z gwarancji określonych w art. 58 Konstytucji nie powinna być uzależniona od charakteru działalności prowadzonej przez konkretną organizację. W ocenie Trybunału SKOK-i nie mogą być traktowane jak typowe podmioty gospodarcze. Są one spółdzielniami o szczególnym charakterze, a ich statutowym celem jest realizowanie samopomocy finansowej, polegającej na udzielaniu swoim członkom tańszych i łatwiej dostępnych pożyczek. Należy je traktować jak inne dobrowolne zrzeszenia, które w pełni korzystają z konstytucyjnych gwarancji dotyczących wolności zrzeszania się. Gwarancje te dotyczą nie tylko relacji spółdzielni z państwem i innymi podmiotami, ale także wewnętrznych relacji między spółdzielnią i jej członkami. Standard wewnętrznej organizacji zrzeszeń wynikający z art. 58 Konstytucji ma zapobiegać nadmiernemu krępowaniu swobody jednostki. Wyznacza zatem istotną barierę dla ustawodawcy, który nie może ingerować w sprawy strukturalne spółdzielni z naruszeniem jej samodzielności i samorządności. Zdaniem Trybunału Konstytu-

cyjnego, zakwestionowany przez Prezydenta RP art. 17 pkt 1 ustawy o skok z 2009 r., pozbawiając członków kas możliwości udziału w walnym zgromadzeniu, ogranicza ich prawo do współdecydowania w sprawach dla tych podmiotów najważniejszych. Prowadzi też do ograniczenia zasady samorządności kas, wywodzącej się z wolności zrzeszania się.

Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że wspomniane ograniczenie praw członków kas nie znajduje dostatecznego uzasadnienia w świetle zasady proporcjonalności (art. 31 ust. 3 Konstytucji). Pominięcie walnego zgromadzenia jako organu kasy nie jest konieczne. Ustawodawca nie wskazał przy tym, jaki interes publiczny miałby uzasadniać wprowadzenie takiej zmiany oraz jaki miałoby to przynieść efekt. To członkowie spółdzielni, korzystając z przysługującej im samodzielności, powinni decydować o powołaniu zebrania przedstawicieli, kierując się dążeniem do usprawnienia funkcjonowania najwyższego organu tego podmiotu. Trybunał zaznaczył także, że wielkość kas, w tym liczba ich członków, podlegają częstym zmianom. Nie można jednak zakładać, że zawsze obserwować będziemy wyłącznie powiększanie się takich podmiotów. W przypadku mniejszych spółdzielni rezygnacja z walnego zgromadzenia nie musi prowadzić do usprawnienia funkcjonowania, a jednocześnie stanowić będzie zbyt daleko idące ograniczenie ich samorządności.

W dalszej części rozstrzygnięcia Trybunał Konstytucyjny stanął na stanowisku, że SKOK-i stanowią grupę podmiotów podobnych w stosunku do innych spółdzielni. W rezultacie fakt występowania walnego zgromadzenia we wszystkich spółdzielniach, przy jednoczesnym pominięciu tego organu w kwestionowanej ustawie, przesądza o niezgodności tego uregulowania z zasadą równości. Trybunał wyjaśnił, że różnego rodzaju spółdzielnie oraz SKOK-i stanowią tę samą organizacyjną formę zrzeszania się. Niezależnie bowiem od różnic, dotyczących prowadzonej działalności oraz jej celów, podmioty te charakteryzują się podobnymi cechami, do których zaliczają się przede wszystkim: zrzeszeniowy charakter, dobrowolność, zmienny skład osobowy, zmienny fundusz udziałowy, prowadzenie wspólnej działalności gospodarczej w interesie członków oraz fakultatywne prowadzenie działalności społecznej i oświatowo-kulturalnej.

Przedmiotem komentowanego wyroku Trybunału Konstytucyjnego było również stwierdzenie niezgodności przepisów przejściowych ustawy o skok z 2009 r. z art. 2 Konstytucji. Trybunał podzielił w tym zakresie stanowisko Prezydenta RP, który dostrzegając istotne znaczenie kwestionowanych art. 91 ust. 1 i 2 wspomnianej ustawy (przepisy te określały do końca 2010 r. gwarancje dla depozytów gromadzonych w SKOK-ach), wskazywał jednocześnie na brak możliwości ich zastosowania po 2010 roku. Fakt orzekania przez Trybunał Konstytucyjny już po upływie tego roku – oznacza, że kwestionowana regulacja już w momencie jej ewentualnego wejścia w życie stałaby się bezprzedmiotowa. Przepisy art. 91 ust. 1 i 2 ustawy o skok z 2009 r. w obecnym warunkach wyrażają tzw. normę pustą, co oznacza, że ich pozostawienie w systemie prawa przeczy dyrektywie racjonalności w tworzeniu prawa, a przez to narusza zasady poprawnej legislacji.

Do wyroku TK zgłoszono jedno zdanie odrębne, w którym odmiennie oceniono dopuszczalność traktowania SKOK-ów jako podmiotów podobnych względem innych spółdzielni. Dwóch sędziów zgłosiło także zdanie odrębne do uzasadnienia wyroku, kwestionując metodę odczytania przez Trybunał treści art. 58 ust. 1 Konstytucji i sposób przeprowadzenia testu proporcjonalności oraz podkreślając brak klarownego stanowiska Trybunału, co do ewentualnej możliwości tworzenia walnych zgromadzeń jako organów kas już po wejściu w życie wyroku TK.

Wyrok TK z dnia 14 lutego 2012 r., P 20/10, OTK 2012, nr 2A, poz. 15

Pojęcie „znacznej ilości" narkotyków

Art. 62 ust. 2 oraz art. 56 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz.U. z 2012 r. poz. 124)**, w zakresie użytego znamienia „znacznej ilości" wymienionych w nich substancji, są zgodne z art. 42 ust. 1 w związku z art. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.**

Pytający sąd wyraził wątpliwość, czy znamię „znacznej ilości", użyte przez ustawodawcę

w obu zakwestionowanych przepisach ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, jest dostatecznie czytelne i precyzyjne, a tym samym, czy spełnia wymóg określoności prawa, wynikający z zasady demokratycznego państwa prawnego (art. 2 Konstytucji). Prezentując swoje stanowisko, sąd uznał, że wspomniany termin ustawowy powoduje w orzecznictwie znaczne trudności interpretacyjne, których dotychczas nie udało się rozstrzygnąć. Może to skutkować występowaniem – po stronie adresatów prawa – stanu niepewności co do treści praw i obowiązków oraz warunków, w jakich mogą one podlegać ograniczeniom.

Trybunał Konstytucyjny potwierdził wyrażany wielokrotnie pogląd, że art. 2 Konstytucji nakłada na ustawodawcę obowiązek kształtowania treści przepisów w sposób poprawny, precyzyjny i jasny. Obowiązek ten dotyczy w szczególności tych sfer, które dotyczą ochrony konstytucyjnych wolności i praw człowieka. Zdaniem Trybunału art. 42 ust. 1 Konstytucji dodatkowo podwyższa wymóg zachowania precyzji ustawodawczej podczas formułowania przepisów karnych. Adresat tych przepisów musi bowiem zostać dokładnie poinformowany o tym, które czyny są zakazane i jakie sankcje grożą za ich popełnienie. Przepisy prawne muszą stwarzać podmiotom odpowiedzialności karnej możliwość uprzedniego, a przy tym dokładnego rozeznania wszelkich prawnokarnych konsekwencji swojego postępowania.

Tak jednoznacznie formułowany obowiązek nie prowadzi do całkowitego ograniczenia swobody ustawodawcy, polegającej na wyłączeniu po jego stronie możliwości wykorzystywania pojęć niedookreślonych bądź ocennych. Posługiwanie się takimi pojęciami stanowi częstą praktykę ustawodawczą i nie musi samo przez się prowadzić do przekroczenia konstytucyjnego standardu określoności czynów zabronionych. Może to mieć miejsce jedynie wówczas, kiedy daleko posunięta niejasność bądź nieostrość konkretnych uregulowań nie może być usunięta przy zastosowaniu dostępnych metod wykładni. W tym sensie ewentualne stwierdzenie niekonstytucyjności przepisu zawierającego pojęcie niedookreślone traktować należy jako środek ostateczny, używany jedynie wówczas, kiedy interpretacja takiego pojęcia w orzecznictwie sądowym nie przyniesie rezultatu. Trybunał wyraził przy tym pogląd, że nieostrość pojęć prawnych może sprzyjać uelastycznieniu porządku prawnego w kontekście zmieniającej się rzeczywistości społecznej. Nadmierna kazuistyka może natomiast w określonych sytuacjach prowadzić do deformacji idei państwa prawnego, uniemożliwiając w praktyce stosowania prawa urzeczywistnianie wartości wynikających z tej zasady.

Zasadniczy tok rozumowania Trybunału Konstytucyjnego w badanej sprawie opierał się na trzech podstawowych założeniach. Po pierwsze, Trybunał stwierdził, że kwestionowane pojęcie „znacznej ilości" służyć ma odróżnieniu podstawowej i kwalifikowanej postaci przestępstwa. W tym sensie posiadanie lub wprowadzenie do obrotu „znacznej ilości" narkotyków skutkować będzie jedynie podwyższeniem sankcji karnej w stosunku do oskarżonego. Umożliwia to – zdaniem Trybunału – złagodzenie standardu oceny pojęcia niedookreślonego użytego przez ustawodawcę, nie decyduje ono bowiem bezpośrednio o penalizacji zachowania sprawcy. Drugą ważną okolicznością, którą Trybunał Konstytucyjny brał pod uwagę, było stwierdzenie, że sformułowanie „znaczna ilość" narkotyków nie odbiega stopniem ogólności od innych podobnych wyrażeń stosowanych w kodeksie karnym, o których TK już się wypowiadał, uznając je za zgodne z Konstytucją (np. „przemoc wobec osoby – w wyroku SK 8/00; „pojęcie (nie) prawdy" – w wyroku SK 13/05; „w inny podobny sposób" – w wyroku SK 25/08). Wreszcie trzecie założenie Trybunału – związane było z uznaniem, iż ocena zgodności przepisów prawa z zasadą określoności musi zawsze uwzględniać specyfikę poszczególnych gałęzi prawa, charakter adresatów norm oraz wagę praw jednostki i interesów, których dotyczy dana regulacja. Mniejszy stopień precyzji ustawodawcy może być uzasadniony różnorodnością sytuacji, jakie potencjalnie mogą wystąpić w regulowanej sferze życia społecznego.

Na tym tle Trybunał Konstytucyjny uznał, że zastosowanie niedookreślonego i wymagającego oceny pojęcia „znaczna ilość" było koniecznym działaniem ustawo-

dawcy, pragnącego wprowadzić abstrakcyjną normę mającą zastosowanie do niezwykle szerokiego spektrum przypadków związanych z odpowiedzialnością za posiadanie narkotyków. W ramach przeprowadzonej kontroli konstytucyjności nie stwierdzono również, aby pojęcie „znaczna ilość" wywoływało wątpliwości interpretacyjne, a w rezultacie skutkowało zróżnicowaną kwalifikacją prawnokarną takich samych zachowań. Nawiązując do konsekwentnego stanowiska Sądu Najwyższego, można bowiem stwierdzić, że „znaczna ilość" oznacza taką ilość środków odurzających lub substancji psychotropowych, która mogłaby jednorazowo zaspokoić potrzeby co najmniej kilkudziesięciu osób uzależnionych.

Trybunał przypomniał również wielokrotnie wyrażany pogląd, zgodnie z którym to ustawodawca jest odpowiedzialny za dobór właściwych środków zapobiegania i zwalczania przestępczości, a przez to realizacji celów państwa wymienionych w art. 5 Konstytucji. Tworząc akty prawne, może zatem posługiwać się pojęciami niedookreślonymi, jeżeli jest to w odpowiedni sposób uzasadnione. W badanej sprawie takim uzasadnieniem było prowadzenie polityki antynarkotykowej, która m.in. rezygnowała z wprowadzenia tzw. wartości granicznych posiadanych narkotyków, pozostawiając sądom margines oceny znamienia „znacznej ilości" zabronionych substancji.

Do wyroku TK zgłoszono jedno zdanie odrębne, w którym przesłanka „znacznej ilości" narkotyków uznana została za niedookreślona, a przez to sprzeczna z art. 42 ust. 1 Konstytucji.

Wyrok TK z dnia 28 lutego 2012 r., K 5/11, OTK 2012, nr 2A, poz. 16

Weryfikacja prawa do emerytury lub renty

Art. 114 ust. 1a ustawy z dnia 17 grudnia 1998 r. o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych (Dz.U. z 2009 r. Nr 153, poz. 1227; z 2010 r. Nr 40, poz. 224, Nr 134, poz. 903, Nr 238, poz. 1578 i Nr 257, poz. 1726 oraz z 2011 r. Nr 75, poz. 398, Nr 149, poz. 887, Nr 168, poz. 1001 i Nr 187, poz. 1112) **jest niezgodny z zasadą zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa wynikającą z art. 2 oraz z art. 67 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.**

Przedmiotem oceny Trybunału Konstytucyjnego była norma wynikająca z art. 114 ust. 1a ustawy o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych (dalej: ustawa emerytalna), umożliwiająca organowi rentowemu dokonywanie weryfikacji prawomocnej decyzji ustalającej prawo do emerytury lub renty. Możliwość taka istniała także wówczas, kiedy po uprawomocnieniu się takiej decyzji okazało się, że przedłożone dowody nie dawały podstaw do ustalenia wynikających z niej praw. Zdaniem wnioskodawcy – Rzecznika Praw Obywatelskich – tego rodzaju rozwiązanie podważało zasadę trwałości decyzji wydawanych w sprawie świadczeń emerytalnych i rentowych, umożliwiając w każdym czasie dokonywanie ponownej, a przy tym odmiennej oceny dowodów zgromadzonych uprzednio w konkretnej sprawie. To zaś budziło wątpliwości konstytucyjne z punktu widzenia zasady zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa (art. 2 Konstytucji). Rzecznik Praw Obywatelskich twierdził również, że ustawodawca nie uwzględnił wspomnianej zasady przy określaniu zakresu i form zabezpieczenia społecznego, stosownie do delegacji wynikającej z art. 67 ust. 1 Konstytucji.

Trybunał Konstytucyjny uznał, że kwestionowany we wniosku art. 114 ust. 1a ustawy emerytalnej stanowić miał dodatkową podstawę prawną umożliwiającą weryfikację prawomocnych decyzji rentowych, a w rezultacie ponowne ustalenie prawa do świadczeń lub ich wysokości, w sytuacji, w której nie zachodziły przesłanki wynikające z art. 114 ust. 1 ustawy (brak nowych dowodów bądź nieznanych wcześniej okoliczności, mających wpływ na prawo do świadczeń). Dawał zatem możliwość odstąpienia przez organ rentowy od wcześniejszych decyzji, uzależniając taki stan rzeczy dokonaniem odmiennej oceny dowodów dołączonych do wniosku rentowego. Potwierdzała to także stwierdzona przez TK praktyka stosowania kwestionowanego przepisu przez organy rentowe.

Odnosząc się do zarzutów wnioskodawcy, Trybunał Konstytucyjny zwrócił uwagę na ograniczoną stabilność decyzji emerytalno-rentowych – z uwagi na ich deklarato-

ryjny charakter, wynikający z tego, że prawo do świadczenia powstaje i istnieje niezależnie od faktu jego stwierdzenia przez organ emerytalny. Potwierdzenie w formie decyzji konieczne jest jedynie do realizacji wypłaty świadczeń. Niemiej jednak prawomocność rozstrzygnięć organów władzy publicznej jest wartością konstytucyjną, której podważenie musi być w każdym przypadku przedmiotem skrupulatnego ważenia wartości. Trybunał zaznaczył, że nie jest możliwe przyjęcie zasady nieograniczonej w czasie wzruszalności ostatecznych decyzji administracyjnych. O ile zatem instrument ten pozwala na przywrócenie stanu zgodnego z prawem, o tyle niezbędne jest ustanowienie odpowiedniej granicy czasowej jego wykorzystania. Jest to podyktowane potrzebą zapewnienia realnej trwałości decyzji administracyjnych. Ustawodawca nie może deklarować owej trwałości, dopuszczając jednocześnie nieograniczoną możliwość wzruszania decyzji, bez względu na przyczynę ich wadliwości.

Trybunał uznał, że prawomocność decyzji wydawanych w sprawach emerytalnych i rentownych ma – na gruncie kwestionowanego przepisu – charakter iluzoryczny i nie gwarantuje niezbędnej stabilizacji sytuacji prawnej jednostek. Dążenie do przywrócenia stanu zgodnego z prawem nie może usprawiedliwiać każdorazowej ingerencji organów rentowych w ustalone uprzednio uprawnienia jednostek. Trybunał zwrócił uwagę, że każda decyzja stwierdzająca nabycie prawa do świadczeń kształtuje sytuację świadczeniobiorcy i skłania go do podejmowania określonych wyborów życiowych, dotyczących m.in. rezygnacji z zatrudnienia. Osoba ubiegająca się o świadczenie działa w zaufaniu, że decyzja organu rentowego potwierdza fakt spełnienia ustawowych warunków powodujących powstanie prawa do świadczenia oraz jego nabycie. Możliwość weryfikacji tego stanu rzeczy nawet po kilkunastu latach, wyłącznie z powodu stwierdzonych następczo nieprawidłowości w procesie ustalania prawa do świadczenia, powoduje swoistą pułapkę prawną. Polega ona na tym, że obywatele, którzy podejmują określone działania w zaufaniu do państwa, ponoszą następnie wszelkie negatywne konsekwencje związane z weryfikacją błędnych rozstrzygnięć organów rentowych. Prowadzi to do wniosku, że kwestionowany art. 114 ust. 1a ustawy emerytalnej narusza zasadę zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa, wynikającą z art. 2 Konstytucji.

Trybunał Konstytucyjny zauważył, że wspomniana zasada nie wyłącza całkowicie możliwości ponownego rozpatrywania spraw zakończonych prawomocnymi decyzjami. Wymaga to jednak wyważenia wartości związanej z dopuszczeniem do weryfikacji decyzji w każdym czasie oraz wartości polegającej na utrzymaniu w obrocie prawnym decyzji podjętej wyłącznie ze względu na zaniedbanie wydającego ją organu. Celem weryfikacji świadczeń w trybie art. 114 ust. 1a ustawy emerytalnej było przywrócenie stanu zgodnego z prawem. Nie może się to jednak odbywać przy niewspółmiernej ingerencji w prawa jednostki, a więc z naruszeniem zasady proporcjonalności. W badanym przypadku TK stwierdził, że podstawa weryfikacji prawomocnych decyzji rentowych nie spełnia przesłanki konieczności w związku z naruszeniem zasady proporcjonalności *sensu stricto*. Pozbawienie prawa do emerytury i renty na skutek weryfikacji prawomocnych decyzji stwierdzających nabycie tych praw narusza jednocześnie zasadę zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa. Ustawodawca zbyt dużą wagę przywiązuje do ochrony interesu publicznego, kosztem obowiązku zapewnienia socjalnej ochrony jednostki. Ujawniony błąd organu rentowego – niezawiniony przez świadczeniobiorcę – nie może w nieograniczonym zakresie prowadzić do podważenia potwierdzonych uprzednio praw jednostki, miała ona bowiem prawo oczekiwać, że po spełnieniu przesłanek ustawowych i przedłożeniu wniosku uzyska świadczenie emerytalne.

W końcowej części uzasadnienia wskazano, że zgodnie z art. 190 ust. 4 Konstytucji orzeczenie TK o niezgodności z Konstytucją aktu normatywnego, na podstawie którego wydano ostateczną decyzję, stanowi podstawę do wznowienia postępowania w trybie określonym we właściwych przepisach. Oznacza to, że stwierdzenie niezgodności art. 114 ust. 1a ustawy emerytalnej otwiera drogę do wznowienia postępowań, w których przepis ten

stanowił podstawę ostatecznych rozstrzygnięć wydawanych przez organy rentowe.

Wyrok TK z dnia 3 kwietnia 2012 r., K 12/11 (niepublikowany w OTK)

Ustalanie opłat za pobyt w izbie wytrzeźwień

I

1) art. 42 ust. 6 ustawy z dnia 26 października 1982 r. o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi (Dz.U. z 2007 r. Nr 70, poz. 473, Nr 115, poz. 793 i Nr 176, poz. 1238; z 2008 r. Nr 227, poz. 1505; z 2009 r. Nr 18, poz. 97 i Nr 144, poz. 1175; z 2010 r. Nr 47, poz. 278 i Nr 127, poz. 857 oraz z 2011 r. Nr 106, poz. 622, Nr 112, poz. 654 i Nr 120, poz. 690) **w zakresie, w jakim upoważnia ministra właściwego do spraw zdrowia w porozumieniu z ministrem właściwym do spraw wewnętrznych do określenia, w drodze rozporządzenia, maksymalnej wysokości opłat związanych z pobytem w izbie wytrzeźwień, innej placówce utworzonej lub wskazanej przez jednostkę samorządu terytorialnego lub w jednostce Policji**,

2) § 29 rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 4 lutego 2004 r. w sprawie trybu doprowadzania, przyjmowania i zwalniania osób w stanie nietrzeźwości oraz organizacji izb wytrzeźwień i placówek utworzonych lub wskazanych przez jednostkę samorządu terytorialnego (Dz.U. Nr 20, poz. 192; z 2006 r. Nr 58, poz. 408 oraz z 2008 r. Nr 178, poz. 1102)

– są niezgodne z art. 92 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.

II

Przepisy wymienione w części I, w zakresie tam wskazanym, tracą moc obowiązującą z upływem 9 (dziewięciu) miesięcy od dnia ogłoszenia wyroku w Dzienniku Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej.

Rzecznik Praw Obywatelskich zakwestionował sposób ustalania maksymalnej wysokości opłat związanych z pobytem w izbie wytrzeźwień bądź też innej placówce wskazanej przez jednostkę samorządu terytorialnego lub w jednostce Policji. Zdaniem Rzecznika upoważnienie ustawowe zawarte w art. 42 ust. 6 ustawy o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi (dalej: ustawa o wychowaniu w trzeźwości) nie zawiera jakichkolwiek wskazówek treściowych, którymi powinien kierować się organ wydający rozporządzenie, umożliwiając przez to określanie maksymalnych opłat w sposób całkowicie dowolny. Zdaniem wnioskodawcy przesądza to o niezgodności z art. 92 ust. 1 Konstytucji zarówno kwestionowanego przepisu ustawy, jak również wydanego na jego podstawie przepisu rozporządzenia ustalającego stawki opłat.

Spełnienie standardów określonych w art. 92 ust. 1 Konstytucji wiąże się z koniecznością takiego ukształtowania upoważnienia do wydania rozporządzenia, aby zawierało ono wskazanie: podmiotu właściwego do jego wydania, spraw przekazanych do uregulowania oraz wytycznych treściowych określających sposób ich uregulowania w akcie podustawowym. Oznacza to, że upoważnienie, które nie zawiera żadnych treści ustawowych mogących pełnić rolę wytycznych, jest sprzeczne z powołanym wzorcem kontroli, a tym samym może zostać uznane za niekonstytucyjne niezależnie od tego, czy spełnia pozostałe dwa kryteria, a więc wskazuje podmiot uprawniony do wydania rozporządzenia oraz przedmiot przekazany do uregulowania.

Wspomniany wcześniej art. 92 ust. 1 Konstytucji nie zawiera definicji legalnej „wytycznych" treściowych. W orzecznictwie wypracowano rozumienie tego pojęcia nawiązujące do wskazówek formułowanych przez ustawodawcę, mających na celu określenie kierunku merytorycznych rozwiązań przyjmowanych na poziomie podustawowym. Wytyczne mogą zatem przybierać dosyć zróżnicowaną postać redakcyjną. Mogą mieć charakter pozytywnych wskazań adresowanych do właściwego organu, mogą wykluczać określone rozwiązania, mogą wreszcie wyznaczać cele, których osiągnięcia ustawodawca domaga się od podmiotu wydającego rozporządzenie. Przyjmuje się, że sposób ujęcia wytycznych, zakres ich szczegółowości i ujęte w nich treści pozostawione są swobodzie ustawodawcy. Kontrola Trybunału ogranicza się zatem w tym kontekście do stwierdzenia, czy w danej ustawie w ogóle można zidentyfikować wytyczne oraz czy sposób ich wyrażenia jest zgodny z zasadą wyłączności ustawy, która nakazu-

je normowanie niektórych materii w całości na poziomie ustawowym.

W sprawie badanej przez Trybunał Konstytucyjny stwierdzono, że kwestionowany przepis ustawy w ogóle nie zawiera wytycznych określających sposób uregulowania wskazanej w nim materii na poziomie podustawowym. To jednak samo przez się nie mogło przesądzać o niekonstytucyjności art. 42 ust. 6 ustawy o wychowaniu w trzeźwości, Trybunał bowiem w dotychczasowym orzecznictwie dopuszczał możliwość traktowania wytycznych jako normy prawnej dekodowanej z jednego lub większej liczby przepisów danej ustawy, stanowiących łącznie treściowe wskazanie kierunku działania organu wydającego rozporządzenie. Dopiero stwierdzenie braku stosownych wskazówek w tej części kwestionowanej ustawy, która określa zasady finansowania izb wytrzeźwień oraz przeznaczenie opłat za pobyt w takiej placówce, skłoniło TK do uznania niezgodności badanego przepisu upoważniającego z art. 92 ust. 1 Konstytucji. Trybunał wskazał jednocześnie, że stopień szczegółowości upoważnień ustawowych powinien być zawsze oceniany w kontekście przedmiotu danej regulacji. Oznacza to, że brak jest jednego minimum treściowego, jakie spełniać mają wytyczne w każdym przypadku. Znacznie wyższe wymagania – w stosunku do ustawodawcy określającego wytyczne – należy jednak formułować wówczas, kiedy dana regulacja dotyczy szeroko rozumianej sfery relacji jednostki i organu państwa, w szczególności władczych form działania organów administracji publicznej.

Istotna konstatacja zawarta w końcowej części komentowanego wyroku dotyczy samego charakteru opłat pobieranych za pobyt w izbie wytrzeźwień. Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego opłaty te spełniają wszystkie kryteria daniny publicznej, o której mowa w art. 217 Konstytucji. Oznacza to, że nie tylko ich nakładanie, ale i zasady ustalania wysokości powinny zostać zawarte w ustawie. Nie oznacza to, co prawda, obowiązku określenia kwotowej wysokości opłat w ustawie – jakkolwiek ustawodawca powinien określić przynajmniej górną granicę, do jakiej opłata może być w ogóle wymierzona.

Anna Michalak

Przegląd orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej

Wyrok TSUE (pierwsza izba) z dnia 15 marca 2012 r., C-292/10 (w sprawie *G. przeciwko Corneliusowi de Visserowi*) – doręczanie pism sądowych w drodze publicznego zawiadomienia

Stan faktyczny

Orzeczenie zapadło w trybie pytania prejudycjalnego i dotyczy wykładni art. 6 Traktatu o Unii Europejskiej[1] (dalej: TUE), art. 47 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej[2] (dalej: Karta), art. 3 ust. 1 i 2 dyrektywy 2000/31/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 8 czerwca 2000 r. w sprawie niektórych aspektów prawnych usług społeczeństwa informacyjnego, w szczególności handlu elektronicznego w ramach rynku wewnętrznego[3] (dalej: dyrektywa o handlu elektronicznym), art. 4 ust. 1, art. 5 pkt 3 i art. 26 ust. 2 rozporządzenia Rady (WE) nr 44/2001 z dnia 22 grudnia 2000 r. w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych oraz ich wykonywania w sprawach cywilnych i handlowych[4] (dalej: rozporządzenie z 2000 r.) oraz art. 12 rozporządzenia (WE) nr 805/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 21 kwietnia 2004 r. w sprawie utworzenia europejskiego tytułu egzekucyjnego dla roszczeń bezspornych[5] (dalej: rozporządzenie z 2004 r.).

Wniosek został złożony w ramach sporu pomiędzy G. a C. de Visserem, właścicielem witryny internetowej www.*****.de, w przedmiocie powództwa o stwierdzenie odpowiedzialności ze względu na umieszczenie w witrynie internetowej zdjęć, na których G. jest ukazana częściowo nago. Zdjęcia te bez zgody G. zostały zamieszczone w witrynie internetowej i możliwe jest ich oglądanie. Zarówno w stopce redakcyjnej omawianej witryny internetowej, jak i w bazie danych DENIC (rejestr domeny .de) figuruje jako Amin-C (kontakt administracyjny) osoba o nazwisku N***** z adresem w Dortmundzie (Niemcy). W książce telefonicznej dla Dortmundu nie widnieje jednak żadna osoba o tym nazwisku. Nie można ustalić, gdzie znajduje się serwer, na którym umieszczona jest rozpatrywana strona internetowa. W stopce redakcyjnej witryny internetowej www.*****.de figuruje C. de Visser, jako właściciel domeny, z adresem w Terneuzen (Niderlandy) i adresem pocztowym w Venlo (Niderlandy). Doręczenie na te adresy było jednak niemożliwe, wszystkie przesyłki pocztowe wracały bowiem z adnotacją, że adresat jest pod tym adresem nieznany. Konsulat Królestwa Niderlandów w Monachium (Niemcy), do którego się zwrócono, poinformował, że zgodnie z prawem o meldunkach C. de Visser nie jest zameldowany w Niderlandach.

Po przyznaniu G zwolnienia od kosztów sądowych sąd krajowy nakazał w dniu 8 lutego 2010 r. doręczenie pozwu w drodze publicznego zawiadomienia oraz przeprowadzenie pisemnego postępowania przygotowawczego. Wcześniej, w ramach postępowania w sprawie przyznania zwolnienia od kosztów sądowych, próbowano bezskutecznie dostarczyć C. de Visserowi projekt pozwu zwykłą drogą pocztową pod różnymi adresami. Doręczenie pozwu w drodze publicznego zawiadomienia zostało dokonane, zgodnie z prawem krajowym, poprzez wywieszenie zawiadomie-

1 Wersja skonsolidowana – Dz.Urz. UE C 115 z 9 maja 2008, s. 13–45.

2 Dz.Urz. UE C 303 z 14 grudnia 2007, s. 1.

3 Dz.Urz. L 178 z 17 lipca 2000 r., s. 1.

4 Dz.Urz. L 12 z 16 stycznia 2001 r., s. 1.

5 Dz.Urz. L 143 z 30 kwietnia 2004 r., s. 15.

nia o tym doręczeniu na tablicy informacyjnej sądu, w okresie od dnia 11 lutego do dnia 15 marca 2010 r. W dniu wydania postanowienia odsyłającego upłynęły wyznaczone C. de Visserowi w tym doręczeniu (publicznym zawiadomieniu) terminy na zgłoszenie gotowości do podjęcia obrony – bez reakcji z jego strony. Zdaniem sądu krajowego należało zatem przyjąć założenie, że C. de Visser nie wiedział, jak dotychczas, o postępowaniu wszczętym przed sądem. Niemniej jednak, gdyby dopuszczalność doręczenia pozwu w drodze publicznego zawiadomienia zgodnie z prawem krajowym musiała ustąpić przed zasadami prawa Unii, pozostawałaby jedynie możliwość wskazania przez G. innych adresów C. de Vissera, pod które doręczenie to mogłoby zostać dokonane, co nie byłoby dla niej prawdopodobnie możliwe, ze względu na brak wiedzy o tych adresach i możliwości ich ustalenia. Mogłoby to być zaś niezgodne z art. 47 akapit pierwszy Karty, ponieważ G. zostałaby w ten sposób faktycznie pozbawiona zagwarantowanego jej skutecznego sądowego środka prawnego.

W związku z powyższym sąd krajowy zwrócił się do TSUE z następującymi pytaniami: po pierwsze, czy art. 6 ust. 1 pkt 1 pierwsza połowa zdania TUE w związku z art. 47 akapit drugi zdanie pierwsze Karty albo inne europejskie przepisy sprzeciwiają się krajowej regulacji dotyczącej doręczenia w drodze tzw. publicznego zawiadomienia, jeśli pozwany – w (rozpoczynającym się) procesie cywilnym – podaje wprawdzie na swojej stronie internetowej adres na terytorium Unii Europejskiej, jednak doręczenie nie jest możliwe ze względu na nieobecność pozwanego pod tym adresem, nie można przy tym również ustalić miejsca czasowego pobytu pozwanego? Po drugie, w przypadku udzielenia odpowiedzi twierdzącej na powyższe pytanie, czy sąd krajowy powinien nie zastosować przepisów krajowych dopuszczających publiczne zawiadomienie? Po trzecie, czy powódka obowiązana jest przekazać sądowi informacje dotyczące nowego adresu do doręczeń pozwanego, celem ponownego doręczenia pozwu, aby umożliwić wykonanie jej praw, ponieważ zgodnie z prawem krajowym bez publicznego zawiadomienia i w braku znajomości miejsca pobytu pozwanego przeprowadzenie procesu nie byłoby możliwe?

Natomiast w przypadku udzielenia odpowiedzi przeczącej na pytanie pierwsze sąd krajowy wniósł o stwierdzenie, czy w niniejszej sprawie art. 26 ust. 2 rozporządzenia z 2000 r. sprzeciwia się wydaniu wyroku zaocznego, tj. tytułu egzekucyjnego dla roszczeń bezspornych w rozumieniu rozporządzenia z 2004 r., w zakresie, w jakim powódka domaga się zasądzenia zapłaty zadośćuczynienia wraz z odsetkami oraz kosztów reprezentacji przez prawnika wraz z odsetkami? Jednocześnie sąd krajowy wniósł o stwierdzenie, czy art. 4 ust. 1 i art. 5 pkt 3 rozporządzenia z 2000 r. znajdują zastosowanie także w przypadkach, w których pozwany w procesie cywilnym o zaniechanie naruszeń, udzielenie informacji i zapłatę zadośćuczynienia ze względu na prowadzenie strony internetowej jest wprawdzie (prawdopodobnie) obywatelem Unii w rozumieniu art. 9 zdanie drugie TUE, jednak jego miejsce pobytu jest nieznane, a przy tym możliwe jest, choć nie z całą pewnością, że przebywa on poza terytorium Unii oraz poza obszarem obowiązywania Konwencji o jurysdykcji i wykonywaniu orzeczeń sądowych w sprawach cywilnych i handlowych, podpisanej w Lugano w dniu 16 września 1988 r., nie jest również znane dokładne położenie serwera, na którym znajduje się strona internetowa, należy jednak przypuszczać, że znajduje się on na terytorium Unii? Ponadto sąd krajowy wniósł o stwierdzenie, czy art. 3 ust. 1 i 2 dyrektywy o handlu elektronicznym należy interpretować w ten sposób, że w wypadku gdy miejsce siedziby usługodawcy jest nieznane i być może znajduje się ono poza terytorium Unii, prawo znajdujące zastosowanie w koordynowanej dziedzinie wynika wyłącznie z prawa państwa członkowskiego, w którym osoba poszkodowana ma miejsce zamieszkania lub stałe miejsce pobytu, lub czy w dziedzinie koordynowanej dyrektywą o handlu elektronicznym należy zapewnić, by usługodawca w zakresie handlu elektronicznego nie podlegał surowszym wymogom, niż przewiduje prawo materialne obowiązujące w państwie członkowskim, którego obywatelstwo prawdopodobnie posiada usługodawca, lub czy w tym wypadku w dziedzinie koordynowanej dyrektywą o handlu elektronicznym należy

zapewnić, by usługodawca w zakresie handlu elektronicznego nie podlegał surowszym wymogom, niż przewiduje dane prawo materialne obowiązujące we wszystkich państwach członkowskich.

Stanowisko TSUE

Trybunał stwierdził, że w okolicznościach takich jak w omawianej sprawie art. 4 ust. 1 rozporządzenia z 2000 r. należy interpretować w ten sposób, że nie stoi on na przeszkodzie stosowaniu art. 5 pkt 3 tegoż rozporządzenia do powództwa o stwierdzenie odpowiedzialności ze względu na prowadzenie witryny internetowej, wniesionego przeciwko pozwanemu, który jest prawdopodobnie obywatelem Unii, ale którego miejsce pobytu jest nieznane, jeśli sąd rozpoznający sprawę nie dysponuje wiarygodnymi przesłankami pozwalającymi stwierdzić, iż wspomniany pozwany zamieszkuje w rzeczywistości poza terytorium Unii.

Zdaniem TSUE prawo Unii należy interpretować w ten sposób, że nie sprzeciwia się ono wydaniu wyroku zaocznego wobec pozwanego, któremu ze względu na niemożność ustalenia miejsca jego pobytu pozew został doręczony w drodze publicznego zawiadomienia, zgodnie z prawem krajowym, pod warunkiem że sąd rozpoznający sprawę upewnił się uprzednio, iż podjęto wszelkie poszukiwania, jakich wymaga zasada staranności i dobrej wiary, w celu odnalezienia tego pozwanego. Ponadto prawo Unii należy interpretować w ten sposób, że sprzeciwia się ono nadaniu zaświadczenia europejskiego tytułu egzekucyjnego w rozumieniu rozporządzenia z 2004 r. w odniesieniu do wyroku zaocznego wydanego przeciwko pozwanemu, którego adres nie jest znany.

Trybunał stwierdził także, że artykuł 3 ust. 1 i 2 dyrektywy o handlu elektronicznym nie znajduje zastosowania w sytuacji, w której miejsce siedziby podmiotu świadczącego usługi społeczeństwa informacyjnego jest nieznane, jako że stosowanie tego przepisu jest uzależnione od ustalenia państwa członkowskiego, na którego terytorium rozpatrywany usługodawca ma rzeczywiście siedzibę.

Wyrok TSUE (szósta izba) z dnia 8 marca 2012 r. C-251/11 (w sprawie *Martial Huet przeciwko Université de Bretagne occidentale*) – przekształcenie ostatniej umowy o pracę na czas określony w umowę o pracę na czas nieokreślony

Stan faktyczny

Orzeczenie zapadło w trybie pytania prejudycjalnego i dotyczy wykładni porozumienia ramowego w sprawie pracy na czas określony, zawartego w dniu 18 marca 1999 r. (dalej: porozumienie), załączonego do dyrektywy Rady 1999/70/WE z dnia 28 czerwca 1999 r. dotyczącej porozumienia ramowego w sprawie pracy na czas określony, zawartego przez Europejską Unię Konfederacji Przemysłowych i Pracodawców (UNICE), Europejskie Centrum Przedsiębiorstw Publicznych (CEEP) oraz Europejską Konfederację Związków Zawodowych (ETUC)[6] (dalej: dyrektywa).

Wniosek ten został przedstawiony w ramach sporu toczącego się pomiędzy M. Huetem (dalej: skarżący) a jego pracodawcą, Université de Bretagne Occidentale (dalej: UBO, uniwersytet), w przedmiocie treści i warunków umowy o pracę, którą M. Huet zawarł z uniwersytetem w następstwie przekształcenia jego ostatniej umowy o pracę na czas określony w umowę o pracę na czas nieokreślony.

Skarżący pracował na uniwersytecie w charakterze badacza przez sześć kolejnych lat. Był tam zatrudniony na podstawie kilku kolejnych umów o pracę na czas określony, przedłużanych w sposób nieprzerwany w okresie od dnia 1 marca 2002 r. do dnia 15 marca 2008 r., a w każdej z tych umów była wzmianka o pełnionej przez niego funkcji badacza.

W związku z brzmieniem przepisów prawa krajowego, po wygaśnięciu ostatniej umowy na czas określony, UBO zaproponowało skarżącemu zawarcie umowy o pracę na czas nieokreślony. Umowa ta, podpisana w dniu 26 marca 2008 r., stanowiła, po pierwsze, że skarżący będzie zajmował stanowisko młodszego pracownika naukowego (a więc różniące się od stanowiska badacza), a po drugie, że jego wynagrodzenie będzie niższe niż to, które otrzymywał wcześniej na podstawie umów na czas określony.

W postępowaniu przed sądem krajowym skarżący podnosił, że

6 Dz.Urz. L 175 z 10 lipca 1999, s. 43.

chociaż w umowie na czas nieokreślony jest mowa o funkcjach innych niż te, które wykonywał uprzednio, to jednak w praktyce wykonywane przez niego zadania nie uległy zmianie.

W konsekwencji skarżący zwrócił się do UBO o zmianę jego umowy o pracę na czas nieokreślony – z tej przyczyny, iż umowa ta przewidywała degradację zajmowanego przezeń stanowiska oraz obniżenie jego wynagrodzenia. Wniosek ten został oddalony przez UBO w drodze dorozumianej decyzji.

Skarżący wniósł następnie skargę dotyczącą przekroczenia uprawnień i mającą na celu, po pierwsze, stwierdzenie nieważności dorozumianej decyzji o oddaleniu wniosku o zmianę umowy o pracę na czas nieokreślony i, po drugie, zmianę tejże umowy w zakresie poziomu wynagrodzenia i charakteru funkcji.

Zdaniem skarżącego – prawo krajowe stanowi, iż przy przedłużeniu na czas nieokreślony ostatniej umowy o pracę na czas określony niezbędne jest powtórzenie, bez zmian, istotnych postanowień zawartych w ostatniej umowie na czas określony.

W tych okolicznościach sąd krajowy postanowił zwrócić się do Trybunału z pytaniem prejudycjalnym: czy w sytuacji gdy państwo postanawia przedłużyć stosunek pracy pracownika zatrudnionego uprzednio przez okres sześciu lat na podstawie umów na czas określony, z obowiązku zawarcia umowy na czas nieokreślony, ustanowionego przez prawo krajowe, w świetle dyrektywy wynika konieczność powtórzenia bez zmian w nowej umowie istotnych postanowień ostatniej zawartej umowy, w szczególności postanowień dotyczących określenia stanowiska, na jakim pracownik ten jest zatrudniony, oraz wynagrodzenia?

Stanowisko TSUE

Trybunał podniósł, iż w rozpatrywanym przypadku skarżący w postępowaniu przed sądem krajowym nie twierdzi, że okoliczność, iż w jego umowie na czas nieokreślony nie powtórzono bez zmian istotnych postanowień jego ostatniej zawartej umowy na czas określony, wywołała skutek w postaci obniżenia ogólnego poziomu ochrony pracowników, o którym mowa w tej klauzuli.

TSUE uznał, iż sąd krajowy zmierza zasadniczo do ustalenia, czy postanowienia dyrektywy należy interpretować w ten sposób, że państwo członkowskie – które przewidziało w swoich przepisach krajowych przekształcenie umowy o pracę na czas określony w umowę o pracę na czas nieokreślony, jeżeli umowa na czas określony trwała przez pewien okres czasu – ma obowiązek ustanowienia, że w umowie o pracę na czas nieokreślony istotne postanowienia poprzedniej umowy muszą zostać powtórzone bez zmian.

Trybunał przypomniał, że z dotychczasowego orzecznictwa wynika, że klauzula 5 pkt 1 porozumienia zmierza do realizacji jednego z celów wytyczonych przez to porozumienie, mianowicie do ograniczenia stosowania kolejnych umów o pracę na czas określony lub stosunków pracy na czas określony, uważanych za źródło potencjalnych nadużyć na niekorzyść pracowników, poprzez ustanowienie pewnej liczby przepisów określających minimalny poziom ochronny w celu uniknięcia niestabilności sytuacji pracowników[7].

Jednocześnie korzyść w postaci stabilności zatrudnienia jest postrzegana jako podstawowy element ochrony pracowników, podczas gdy umowy o pracę na czas określony jedynie w pewnych okolicznościach mogą odpowiadać potrzebom zarówno pracodawców, jak i pracowników.

Niemniej jednak, Trybunał stwierdził już wielokrotnie, że porozumienie nie ustanawia ogólnego obowiązku wprowadzenia przez państwa członkowskie przepisów przewidujących przekształcanie umów o pracę na czas określony w umowy na czas nieokreślony. W związku z powyższym klauzulę piątą porozumienia należy interpretować w ten sposób, iż państwo członkowskie, które przewidziało w swoich przepisach krajowych przekształcenie umowy o pracę na czas określony w umowę o pracę na czas nieokreślony, jeżeli umowa na czas określony trwała przez pewien okres, nie ma obowiązku ustanowienia, że w umowie o pracę na czas nieokreślony istotne postanowienia poprzedniej umowy muszą zostać powtórzone bez zmian. Jednakże, aby cele i skuteczność dyrektywy nie zostały naruszone, owo państwo członkowskie musi zapewnić, że przekształceniu

7 Zob. wyrok TSUE z dnia 4 lipca 2006 r. w sprawie C-212/04 pkt 63 i 73; a także wyrok TSUE z dnia 26 stycznia 2012 r. w sprawie C-586/10 Kücük, pkt 25.

umowy o pracę na czas określony w umowę o pracę na czas nieokreślony nie towarzyszą znaczne zmiany istotnych postanowień poprzedniej umowy, idące w kierunku ogólnie niekorzystnym dla zainteresowanej osoby, w sytuacji gdy przedmiot przekazanych jej zadań i charakter pełnionych przez nią funkcji nie ulegają zmianie.

Wyrok TSUE (pierwsza izba) z dnia 26 kwietnia 2012 r., C-472/10 (w sprawie *Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság przeciwko Invitel Távközlési Zrt.*) – skutki prawne stwierdzenia nieuczciwego charakteru postanowienia umownego

Stan faktyczny

Orzeczenie zapadło w trybie pytania prejudycjalnego i dotyczy wykładni art. 3 ust. 1 i 3 oraz art. 6 ust. 1 dyrektywy Rady 93/13/EWG z dnia 5 kwietnia 1993 r. w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich[8] (dalej: dyrektywa), a także pkt 1 lit. j) oraz pkt 2 lit. d) załącznika do tej dyrektywy.

Pytanie zostało wniesione w toku rozpoznawania powództwa wytoczonego w interesie publicznym przez Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság (węgierski urząd ochrony konsumentów; dalej: NFH) przeciwko spółce Invitel Távközlési Zrt. (dalej: spółka), w którym pozwanej spółce zarzucono stosowanie nieuczciwych postanowień w umowach konsumenckich. Spółka, jako operator telefonii stacjonarnej, wprowadziła w swoim wzorcu umowy, obowiązującym od dnia 1 stycznia 2008 r., postanowienie przewidujące „opłatę za przekaz pocztowy", to jest opłatę stosowaną w wypadku opłacania rachunków za pomocą przekazu pocztowego. Zgodnie z tym postanowieniem, „jeżeli abonent opłaca rachunek za pomocą przekazu pocztowego, usługodawca może obciążyć go wynikającymi stąd dodatkowymi kosztami (takimi jak opłaty pocztowe)". Ponadto wzorzec umowy nie zawierał żadnego postanowienia określającego sposób obliczania takiej opłaty za przekaz pocztowy. NFH doszedł do wniosku, że wskazane postanowienie umowne jest nieuczciwe w rozumieniu przepisów prawa krajowego. Ponieważ spółka odmówiła zmiany brzmienia tego postanowienia, NFH wytoczył przeciwko niej powództwo przed sądem krajowym, żądając stwierdzenia nieważności zakwestionowanego postanowienia jako nieuczciwego postanowienia umownego, jak również automatycznego i retroaktywnego zwrotu kwot w sposób nienależny naliczonych i pobranych od abonentów tytułem „opłaty za przekaz pocztowy". Sąd ten uznał jednak, że rozstrzygnięcie zawisłego przed nim sporu wymaga dokonania wykładni przepisów prawa Unii i wniósł do TSUE wniosek o stwierdzenie, czy art. 6 ust. 1 dyrektywy można interpretować w ten sposób, że takie nieuczciwe postanowienie – stanowiące część umów konsumenckich – nie wiąże żadnego z zainteresowanych konsumentów ani żadnego konsumenta w przyszłości, tak iż sąd jest zobowiązany uwzględnić wynikające stąd skutki prawne z urzędu. Dodatkowo sąd zapytał, czy art. 3 ust. 1 dyrektywy w związku z pkt 1 lit. j) i pkt 2 lit. d) załącznika, mającego zastosowanie na podstawie art. 3 ust. 3 tej dyrektywy, można interpretować w ten sposób, że w przypadku gdy przedsiębiorca przewiduje jednostronną zmianę postanowień umowy, bez wyraźnego opisania sposobu zmiany ceny oraz bez podania ważnych powodów w umowie, postanowienia te są nieuczciwe z mocy samego prawa.

Stanowisko TSUE

Zdaniem Trybunału – sąd krajowy zmierza w istocie do ustalenia, czy art. 3 ust. 1 i 3 dyrektywy w związku z pkt 1 lit. j) i pkt 2 lit. d) załącznika do dyrektywy należy interpretować w ten sposób, że nieuczciwe jest postanowienie umowne zawarte w sporządzonym przez przedsiębiorcę wzorcu umowy konsumenckiej, zgodnie z którym przedsiębiorcy przysługuje prawo jednostronnego dokonywania zmiany wysokości opłat związanych ze świadczoną przez niego usługą, przy czym postanowienie to nie określa w sposób jasny sposobu wyliczania wysokości opłat ani nie wskazuje uzasadnionych powodów dokonywania takiej zmiany.

TSUE przypomniał, że jego kognicja obejmuje dokonywanie wykładni pojęcia nieuczciwych

8 Dz.Urz. L 95, z 21 kwietnia 1993 r., s. 29.

postanowień umownych, o których mowa w art. 3 ust. 1 dyrektywy oraz w jej załączniku, jak też wykładni kryteriów, jakie sąd krajowy może lub powinien stosować w toku badania postanowienia umownego w świetle przepisów tej dyrektywy, przy czym zadaniem sądu krajowego jest dokonanie skonkretyzowanej kwalifikacji danego postanowienia umownego w oparciu o wskazane kryteria oraz w świetle okoliczności danej sprawy. Niemniej jednak Trybunał powinien ograniczyć się w swej odpowiedzi do udzielenia sądowi krajowemu wskazówek, które ten ostatni powinien uwzględnić przy dokonywaniu oceny nieuczciwego charakteru rozpatrywanego postanowienia umownego. Załącznik, do którego odsyła art. 3 ust. 3 dyrektywy, zawiera jedynie przykładowy i niewyczerpujący wykaz postanowień, które mogą być uznane za nieuczciwe[9].

Trybunał podkreślił, że to do właściwości sądu krajowego, przed którym toczy się postępowanie o zaniechanie naruszeń, wszczęte na rzecz konsumentów przez działający w interesie publicznym podmiot wskazany przez prawo krajowe, należy dokonanie oceny, w świetle art. 3 ust. 1 i 3 dyrektywy, nieuczciwego charakteru postanowienia umownego, takiego jak postanowienie będące przedmiotem sporu przed sądem krajowym. Dokonując takiej oceny, sąd krajowy powinien w szczególności ustalić, czy – uwzględniając ogół postanowień wzorca umowy konsumenckiej, którego częścią jest sporne postanowienie, a także mając na względzie przepisy krajowe ustanawiające prawa i obowiązki, które mogą uzupełniać prawa i obowiązki określone w rozpatrywanym wzorcu – powody lub sposób zmiany wysokości opłat, związanych ze świadczoną usługą, zostały określone w sposób jasny i zrozumiały, a także, w odpowiednim wypadku, czy konsumentowi przysługuje uprawnienie do wypowiedzenia umowy.

Odnosząc się do pytania pierwszego, TSUE wskazał, że sąd krajowy zmierza w istocie do ustalenia, czy art. 6 ust. 1 dyrektywy w związku z art. 7 ust. 1 i 2 dyrektywy należy interpretować w ten sposób, że nie stoją one na przeszkodzie temu, by stwierdzenie – w sprawie z powództwa o zaniechanie naruszeń, o którym mowa w art. 7 tej dyrektywy, wytoczonego przeciwko przedsiębiorcy na rzecz konsumentów przez działający w interesie publicznym podmiot wskazany przez prawo krajowe – nieważności nieuczciwego postanowienia umownego, zawartego we wzorcu umowy konsumenckiej, wywierało, zgodnie z tymi przepisami, skutki wobec ogółu konsumentów, którzy zawarli umowę, do której stosuje się ten sam wzorzec umowy, w tym wobec konsumentów, którzy nie byli stroną postępowania o zaniechanie naruszeń. Dodatkowo, zdaniem TSUE, sąd krajowy pragnie ustalić, czy sądy krajowe są zobowiązane, także na przyszłość, wyciągać z urzędu wszelkie konsekwencje przewidziane przez prawo krajowe. Wobec powyższego Trybunał przypomniał, że system ochrony ustanowiony na mocy dyrektywy opiera się na założeniu, że konsument znajduje się w gorszym położeniu niż przedsiębiorca, zarówno pod względem możliwości negocjacyjnych, jak i ze względu na stopień poinformowania, i związku z tym godzi on się na postanowienia umowne sporządzone uprzednio przez przedsiębiorcę, nie mając wpływu na ich treść[10].

Biorąc pod uwagę gorsze położenie konsumenta, w art. 6 ust. 1 dyrektywy zobowiązano państwa członkowskie, by przewidziały, iż nieuczciwe postanowienia umowne „na mocy prawa krajowego" (na zasadach określonych w ich prawie krajowym) nie będą dla konsumenta wiążące. Jest to ponadto przepis bezwzględnie wiążący, który zmierza do zastąpienia formalnej równowagi praw i obowiązków stron, ustanowionej w umowie, równowagą rzeczywistą, która równość stron przywraca.

W ocenie TSUE art. 7 ust. 1 dyrektywy zobowiązuje jednocześnie państwa członkowskie do zapewnienia stosownych i skutecznych środków, mających na celu doprowadzenie do zaprzestania stosowania nieuczciwych postanowień w umowach konsumenckich. Środki te obejmują możliwość wszczęcia postępowania sądowe-

9 Por. wyrok TSUE z dnia 4 czerwca 2009 r. w sprawie C-243/08, pkt 37 i 38; wyrok TSUE z dnia 9 listopada 2010 r. w sprawie *VB Pénzügyi Lízing Zrt. przeciwko Ferenc Schneider*, C-137/08, pkt 42; a także postanowienie TSUE z dnia 16 listopada 2010 r. w sprawie C-76/10 *Pohotovosœ s.r.o. przeciwko Iveta Korèkovská*, pkt 56 i 58.

10 Por. wyrok TSUE z dnia 15 marca 2012 r. w sprawie C-453/10 *Perenièová i Pereniè przeciwko SOS financ, spol. s.r.o.*, pkt 27 i przytoczone tam orzecznictwo.

go przez osoby i organizacje mające uzasadniony interes w ochronie konsumentów – w celu ustalenia, czy postanowienia umowne, sporządzone z myślą o ogólnym ich wykorzystywaniu, są nieuczciwe, oraz uzyskania, w odpowiednim wypadku, zakazu ich stosowania[11]. Z kolei – z prewencyjnego charakteru i odstraszającego celu powództw o zaniechanie naruszeń, jak również z okoliczności, iż są one niezależne od wszelkich konkretnych sporów indywidualnych, wynika, że powództwa te mogą być wytaczane nawet w sytuacji, gdy postanowienia umowne, których dotyczy żądanie zakazu stosowania, nie stały się jeszcze częścią żadnej konkretnej umowy. Skuteczne osiągnięcie tego celu wymaga, aby postanowienia umowne ujęte we wzorcu umowy konsumenckiej, uznane za nieuczciwe wskutek powództwa o zaniechanie naruszeń, wytoczonego przeciwko zainteresowanemu przedsiębiorcy, takiego jak powództwo rozpoznawane przez sąd krajowy, nie wiązały ani tych konsumentów, którzy byli stronami postępowania o zaniechanie naruszeń, ani też tych konsumentów, którzy zawarli z tym przedsiębiorcą umowę, do której stosuje się ten sam jej wzorzec. Zastosowanie sankcji nieważności nieuczciwego postanowienia umownego, skutecznej względem wszystkich konsumentów, którzy zawarli umowę konsumencką, do której stosuje się ten sam wzorzec umowy, zapewnia, że konsumenci ci nie będą związani omawianym postanowieniem, co nie wyklucza jednak użycia innych stosownych i skutecznych sankcji przewidzianych w przepisach krajowych.

Jednocześnie z uwagi na rodzaj i wagę interesu publicznego stanowiącego podstawę ochrony udzielonej konsumentom w przepisach dyrektywy – zasadne jest ponadto, by sąd ten był z urzędu zobowiązany do badania nieuczciwego charakteru postanowień umownych. W konsekwencji sąd krajowy, który stwierdza nieuczciwy charakter postanowienia zawartego we wzorcu umowy, jest na mocy art. 6 ust. 1 dyrektywy zobowiązany wyciągnąć wszelkie wynikające stąd na mocy prawa krajowego konsekwencje, tak aby konsumenci nie byli związani tym postanowieniem.

Wynika stąd zatem, że w wypadku stwierdzenia nieuczciwego charakteru postanowienia zawartego we wzorcu umowy konsumenckiej w ramach postępowania z powództwa o zaniechanie naruszeń, takiego jak powództwo rozpoznawane przez sąd odsyłający, sądy krajowe są zobowiązane, także na przyszłość, wyciągać z urzędu wszelkie konsekwencje wynikające z prawa krajowego, tak aby wspomniane postanowienie nie wiązało konsumentów, którzy zawarli umowę, do której stosuje się ten sam wzorzec umowy.

11 Por. wyrok TSUE z dnia 24 stycznia 2002 r. w sprawie C-372/99 *Komisja przeciwko Włochom*, pkt 14.

Anna Chmielarz, Jarosław Sułkowski

Przegląd orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu

Wyrok ETPC (wielka izba) z dnia 20 grudnia 2011 r. w sprawie *Finogenov i inni przeciwko Rosji*, skargi nr 18299/03 i 27311/03 – prawo do ochrony życia

Stan faktyczny

W 2002 r. w Moskwie w teatrze na Dubrowce członkowie czeczeńskiego ruchu separatystycznego uwięzili kilkaset osób. Przez trzy dni zakładnicy byli przetrzymywani w teatrze przez uzbrojonych terrorystów. Służby specjalne Federacji Rosyjskiej przygotowały plan uwolnienia zakładników przy użyciu siły. Plan ten był utrzymywany w absolutnej tajemnicy. Nadto, z uwagi na zagrożenie dla zdrowia i życia zakładników związane z planowanym ich oswobodzeniem, służby specjalne podjęły działania mające na celu przygotowanie szpitali i personelu medycznego. W październiku 2002 r. rosyjskie siły bezpieczeństwa wpompowały do audytorium teatru nieznany gaz. Większość zakładników została uwolniona, jednak 125 z nich zmarło na miejscu lub w szpitalach. W następstwie tych wydarzeń prokuratura w Moskwie wszczęła śledztwo. Opierając się na wynikach sekcji zwłok, stwierdzono, że 125 zakładników zginęło w wyniku chorób przewlekłych oraz zaburzeń wywołanych stresem związanym z przebywaniem w niewoli, a ewentualne użycie gazu mogło jedynie pośrednio wpłynąć na zdrowie zakładników.

Podczas dochodzenia świadkowie podali w wątpliwość ustalenia prokuratury. Lekarze i sanitariusze, opisując akcję ratunkową, zeznali między innymi, że:

- akcja ratownicza była nieskoordynowana,
- nie było wiadomo, czy ranni otrzymali antidotum na użyty gaz i dlatego niektórym ofiarom lekarstwo podawano dwu-, a nawet trzykrotnie,
- ciężki sprzęt zgromadzony wokół teatru znacznie utrudniał ruch służbom medycznym,
- istniały braki zarówno personelu medycznego, jak i środków transportu dla rannych,
- zespoły pogotowia ratunkowego oraz kierowcy autobusów nie wiedzieli, do których szpitali transportować ofiary i to spowodowało przeciążenie szpitali osobami znajdującymi się w stanie krytycznym,
- personel medyczny nie posiadał informacji o wykorzystaniu gazu,
- służby medyczne dysponowały niewystarczającą ilością środka neutralizującego objawy użycia gazu.

Stanowisko ETPC – rozstrzygnięcie

W pierwszej kolejności ETPC zbadał, czy użyty przez władze gaz mógł zostać uznany za środek śmiertelny. Władze rosyjskie wielokrotnie oświadczały, że gaz nie był szkodliwy, oraz że według oficjalnych badań lekarskich nie istniał bezpośredni związek przyczynowy między jego wykorzystaniem a śmiercią zakładników. W ocenie ETPC sprzeczne z zasadami zdrowego rozsądku jest przyjęcie, że równoczesny zgon 125 osób w różnym wieku i o różnych warunkach fizycznych wyniknął z powodu chorób, bezruchu, stresu i braku świeżego powietrza. Nawet jeśli gaz nie był „śmiercionośny", to jego działanie było niebezpieczne, a dla osoby osłabionej potencjalnie śmiertel-

ne. Z tego względu rozpatrywana sprawa podlega ocenie z punktu widzenia standardów określonych w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka[1] (art. 2 EKPC).

Odnosząc się do decyzji o odbiciu zakładników i użyciu gazu, Trybunał zbadał, czy w celu rozwiązania kryzysu mogły zostać wykorzystane mniej drastyczne środki. Trybunał podkreślił, że przy takiej skali niebezpieczeństwa oraz złożoności sytuacji, jaka miała miejsce w teatrze na Dubrowce, władze krajowe muszą posiadać pewien margines swobody, nawet wtedy, gdy z perspektywy czasu niektóre z decyzji podjętych przez władze mogą powodować wątpliwości. Za nazbyt spekulatywne należy uznać, zdaniem ETPC, twierdzenia, że terroryści zrealizują zapowiadane groźby. Okoliczności sprawy wskazywały jednak, że zagrożenie dla zdrowia i życia zakładników było realne, poważne i bezpośrednie. W konsekwencji Trybunał stwierdził, że w tych okolicznościach decyzja władz o uwolnieniu zakładników siłą i przy użyciu gazu nie była nieproporcjonalna i nie naruszała art. 2 konwencji.

Oceniając prowadzoną akcję ratunkową, Trybunał uznał, że władze krajowe korzystają z marginesu swobody w zakresie doboru środków militarnych w operacji uwolnienia zakładników; większej uwagi wymaga natomiast zaplanowanie prawidłowej ewakuacji i medyczne zabezpieczenie podejmowanej akcji. Trybunał uznał, że uwolnienie to nie było spontaniczne. Dlatego planowane użycie gazu, nawet utrzymywane w tajemnicy przed personelem medycznym, wymagało założenia, że duża liczba osób może potrzebować pomocy i że zasadne jest przygotowanie odpowiednich środków medycznych z wyprzedzeniem. Trybunał stwierdził też, że władze rosyjskie nie przedstawiły mu żadnych dokumentów z opisem planu ewakuacji.

Wprawdzie odpowiednie władze nakazały setkom lekarzy, ratowników i innych osób pozostawanie w gotowości, ale nikt nie koordynował podjętych przez nich działań. Dowodzą tego liczne zeznania naocznych świadków akcji, nagrania wideo i inne dowody. Informacje dotyczące ilości rannych, ich stanu i niezbędnej hospitalizacji nie były wymieniane między poszczególnymi służbami ratowniczymi. Z tego zapewne względu zastrzyki z antidotum na użyty gaz podawano tym samym osobom wielokrotnie, a innym w ogóle. Świadkowie zeznali także, że chaos pogłębiało umieszczanie osób nieżyjących razem z potrzebującymi natychmiastowej pomocy medycznej. Nadto w autobusach komunikacji miejskiej, wykorzystywanych do transportu rannych, nie zapewniono opieki medycznej, a kierowcy autobusów nie mieli informacji, do których szpitali transportować rannych. Z uwagi na brak koordynacji akcji liczne zespoły ratunkowe zmierzały do tych samych szpitali, co powodowało zmniejszenie przepustowości dróg i opóźnienia w udzieleniu pomocy. Z kolei z nagrania wideo wynikało, że zakładnicy zostali narażeni na działanie gazu przez ponad dwie godziny, od 5:30 rano, gdy szturm się rozpoczął, aż do 07:05, kiedy zaczęła się masowa ewakuacja. Nie jest jasne, dlaczego ewakuacja zaczęła się tak późno i dlaczego lekarze oraz ratownicy nie zostali poinformowani o wykorzystaniu gazu. Protokoły sekcji zwłok wykazały, że większość zakładników zmarła w drodze do szpitali lub krótko po przybyciu do nich. Natychmiastowa pomoc medyczna miała więc kluczowe znaczenie.

W konsekwencji Trybunał stwierdził, że władze rosyjskie nie podjęły wszystkich możliwych środków ostrożności i nie zminimalizowały strat w ludziach. Akcja ratunkowa została przeprowadzona z naruszeniem art. 2 konwencji.

Opracował *Jarosław Sułkowski*

Wyrok ETPC (wielka izba) z dnia 7 lutego 2012 r. w sprawie *Axel Springer AG przeciwko Republice Niemiec*, skarga nr 39954/08 – wolność wyrażania opinii

Stan faktyczny

Spółka Axel Springer AG jest wydawcą niemieckiego dziennika „Bild". We wrześniu 2004 r. w „Bild" opublikowano na pierwszej stronie artykuł o znanym aktorze telewizyjnym, który został aresztowany podczas mona-

1 Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie i uzupełniona protokołami (Dz.Urz. z 1993 r. Nr 61, poz. 284); dalej: konwencja lub EKPC.

chijskiego festiwalu piwa za posiadanie kokainy. Artykuł został uszczegółowiony na innej stronie dziennika i uzupełniony zdjęciami aktora. Z publikacji wynikało, że aktorowi już w 2000 r. wymierzono za posiadanie narkotyków karę pozbawienia wolności w zawieszeniu. W lipcu 2005 r. w „Bild" opublikowano kolejny artykuł, w którym odnotowano, że aktor został skazany na karę grzywny za nielegalne posiadanie narkotyków.

Po opublikowaniu artykułu z 2004 r. aktor wystąpił przeciwko Axel Springer AG do Sądu Okręgowego w Hamburgu. Sąd uwzględnił powództwo i zakazał wydawcy dodatkowych publikacji, artykułu i zdjęć. Zakaz publikacji został podtrzymany przez Sąd Apelacyjny w Hamburgu w czerwcu 2005 r.

W listopadzie 2005 r. Sąd Okręgowy w Hamburgu zakazał dalszej publikacji artykułu opublikowanego w 2005 r., pod groźbą kary za nieprzestrzeganie tego zakazu i nakazał wydawcy zapłatę uzgodnionej kary. Sąd zaznaczył, że prawo do ochrony praw osobistych aktora przeważa nad interesem publicznym w uzyskaniu informacji, nawet jeśli prawda o faktach przedstawionych w „Bild" nie została zakwestionowana. Wyrok został podtrzymany przez Sąd Apelacyjny w Hamburgu oraz w 2006 r. przez Federalny Trybunał Sprawiedliwości.

Publikacja drugiego artykułu na temat aktora również była przedmiotem postępowania sądowego. Sąd Okręgowy w Hamburgu potwierdził swoje stanowisko i rozstrzygnął sprawę na tych samych podstawach co w przypadku pierwszego artykułu. Wyrok został podtrzymany przez Sąd Apelacyjny w Hamburgu oraz w 2007 r. przez Federalny Trybunał Sprawiedliwości.

Spółka Axel Springer AG wystąpiła do Federalnego Trybunału Konstytucyjnego ze skargami konstytucyjnymi w obydwu sprawach. W marcu 2008 r. sąd konstytucyjny odmówił ich przyjęcia do rozpoznania.

Stanowisko ETPC – rozstrzygnięcie

Zdaniem ETPC orzeczenia sądów niemieckich stanowiły ingerencję w prawo wydawcy do swobody wypowiedzi na podstawie art. 10 EKPC. Zaznaczył on jednocześnie, że ingerencja ta była przewidziana przez prawo niemieckie i miała uzasadniony cel, a mianowicie ochronę dobrego imienia innych osób. Badając, czy ingerencja była konieczna w społeczeństwie demokratycznym, Trybunał zaznaczył, że opublikowane artykuły o aresztowaniu i skazaniu aktora dotyczyły publicznych faktów sądowych i w interesie publicznym było poinformowanie o tych faktach. Zasadniczo do sądów krajowych należy ocena, jak dobrze znana jest osoba, której dotyczą opublikowane fakty, zwłaszcza gdy jest ona znana głównie na poziomie krajowym.

Trybunał zgodził się ze stanowiskiem sądów niemieckich, że publikacja artykułów na temat aktora była spowodowana wyłącznie faktem popełnienia przestępstwa przez osobę znaną, aresztowaną publicznie na festiwalu w Monachium. Jednocześnie Trybunał zaznaczył, że wydawca uzyskał opublikowane informacje od organów ścigania, które w dniu ukazania się pierwszego artykułu zostały potwierdzone przez prokuratora w innych czasopismach i w telewizji.

Trybunał zauważył, że artykuły nie ujawniły szczegółów na temat życia prywatnego aktora i nie zawierały żadnej wypowiedzi ubliżającej ani bezpodstawnych zarzutów; dotyczyły głównie okoliczności aresztowania aktora oraz wyników postępowania karnego przeciwko niemu. Zaznaczył natomiast, że choć sankcje nałożone na wydawcę były łagodne, to mogły wpłynąć negatywnie na jego działalność. W związku z tym Trybunał stwierdził, że ograniczenia nałożone na wydawcę nie były proporcjonalne do uzasadnionego celu ochrony życia prywatnego aktora. Stanowiło to, zdaniem ETPC, naruszenie art. 10 konwencji.

Opracowała *Anna Chmielarz*

Wyrok ETPC (wielka izba) z dnia 15 marca 2012 r. w sprawie *Sitaropoulos i Giakoumopoulos przeciwko Grecji*, skarga nr 42202/07 – brak naruszenia prawa do wolnych wyborów

Stan faktyczny

Skarżący są obywatelami greckimi żyjącymi w Strasburgu (Francja). We wrześniu 2007 r. wyrazili oni chęć udziału w głosowaniu w greckich wyborach parlamentarnych w kraju swojego pobytu. Ich wniosek został odrzucony przez greckiego ambasadora we Francji, ze względu na brak przepisów ustanawiających warunki wykony-

wania prawa głosu przez greckich wyborców przebywających poza granicami kraju.

Wyrokiem Izby z dnia 8 lipca 2010 r. ETPC uznał, że brak środków zapewniających emigrantom wyborczym prawa do głosowania, mimo że konstytucja Grecji przez 35 lat stwarzała możliwości wprowadzenia odpowiednich regulacji prawnych, mógł prowadzić do nierównego traktowania obywateli greckich mieszkających za granicą.

Stanowisko ETPC – rozstrzygnięcie

Trybunał wskazał, że art. 3 protokołu nr 1 do EKPC nie tylko nie nakłada na Wysokie Umawiające się Strony obowiązku przeprowadzenia wyborów w warunkach zapewniających swobodne wyrażanie opinii, ale także implikuje różne prawa jednostki, w tym prawo do głosowania.

W rozpatrywanej sprawie skarżący zarzucili, że ustawodawca grecki nie podjął niezbędnych kroków umożliwiających Grekom mieszkającym za granicą prawo do głosowania w wyborach parlamentarnych. Zarzut ten nie dotyczy uznania prawa emigrantów do głosu jako takiego, ale warunków regulujących zasady korzystania z tego prawa. W związku z tym powstaje pytanie, czy art. 3 protokołu nr 1 nakłada na państwa obowiązek wprowadzenia systemu umożliwiającego obywatelom-emigrantom korzystanie z ich prawa głosu z zagranicy. Zdaniem ETPC ani regulacje międzynarodowe, ani regionalne, jak również zróżnicowana praktyka państw członkowskich Rady Europy w tej dziedzinie, nie wykazały istnienia jakichkolwiek zobowiązań lub porozumień zobowiązujących państwa do podejmowania działań urzeczywistniających prawo do głosowania przez obywateli mieszkających za granicą. Wprawdzie Rada Europy zachęca państwa członkowskie Rady Europy do umożliwienia swym obywatelom mieszkającym za granicą udziału w możliwie najszerszym zakresie w procesie wyborczym, jednak Komisja Wenecka uznała, że wprowadzenie takich rozwiązań – choć pożądane – nie jest obowiązkowe.

Trybunał zauważył, że zdecydowana większość państw członkowskich Rady Europy umożliwia własnym obywatelom głosowanie za granicą, wciąż jednak są państwa, które takich regulacji nie przyjęły. Ponadto w państwach, gdzie głosowanie za granicą jest dopuszczalne, formy urzeczywistnienia prawa do głosowania są bardzo zróżnicowane.

Zdaniem ETPC grecka konstytucja zawiera przepis zachęcający ustawodawcę do poszerzenia praw wyborczych obywateli-emigrantów, jednak nie zobowiązuje go do tego. Trybunał podkreślił też, że w przeszłości były podejmowane próby wydania przepisów regulujących wykonywanie prawa głosu przez Greków mieszkających za granicą, ale nie powiodły się one z powodów politycznych. Dlatego ETPC uznał, że nie jest jego rolą wskazywanie władzom krajowym sposobu wprowadzenia w życie właściwych przepisów.

Trybunał uznał także, że zakłócenia sytuacji rodzinnej, zawodowej i finansowej skarżących, jakie mogłyby powstać z powodu konieczności podróży do Grecji w celu oddania głosu, nie wydają się nieproporcjonalne w kontekście naruszenia prawa do głosowania.

Opracował *Jarosław Sułkowski*

Wyrok ETPC (piąta sekcja) z dnia 15 marca 2012 r. w sprawie *Gas i Dubois przeciwko Francji*, skarga nr 25951/07 – brak naruszenia zakazu dyskryminacji i prawa do ochrony prywatności i życia rodzinnego

Stan faktyczny

Skarżące są obywatelkami Francji. Od 1989 r. pozostają w związku konkubenckim. We wrześniu 2000 r. jedna z nich urodziła córkę poczętą w Belgii za pomocą medycznie wspomaganej prokreacji z wykorzystaniem nasienia od anonimowego dawcy. Dziecko nie ma ustalonej więzi rodzicielskiej z ojcem, mieszka od urodzenia we wspólnym domu skarżących. W 2002 r. skarżące zawarły umowę partnerską. W 2006 r. jedna z nich wystąpiła do sądu o orzeczenie całkowitej adopcji córki partnerki. Sąd oddalił wniosek, uzasadniając, że jego uwzględnienie nie służyłoby dobru dziecka.

Stanowisko ETPC – rozstrzygnięcie

Trybunał przypomniał, że zgodnie z art. 14 w związku z art. 8 EKPC różnice w traktowaniu osób znajdujących się w sytuacjach wystarczająco podobnych świadczą o dyskryminacji, jeśli różnice te nie są uzasadnione lub jeśli nie został zachowany roz-

sądny stosunek proporcjonalności między zastosowanymi środkami a celem, który ma być zrealizowany.

Trybunał ustalił, że skarżące nie pozostawały w związku małżeńskim, nie były więc w stanie sprawować władzy rodzicielskiej wspólnie – w sposób przewidziany przez właściwe przepisy prawa cywilnego. Zgodnie z prawem francuskim w razie dokonania adopcji całkowitej możliwe jest przekazanie władzy rodzicielskiej przysposabiającemu, ale pociąga ono za sobą utratę władzy rodzicielskiej rodzica biologicznego. Sądy francuskie uznały, że konsekwencje przeniesienia władzy rodzicielskiej z jednej skarżącej na drugą byłyby sprzeczne z interesem dziecka.

Zdaniem Trybunału możliwość poczęcia dziecka za pomocą medycznie wspomaganej prokreacji z wykorzystaniem nasienia od anonimowego dawcy skierowana jest przede wszystkim do par niepłodnych, znajdujących się w nieporównywalnej do wnioskodawczyń sytuacji. Skarżące zarzucały, że ich prawo do życia prywatnego i rodzinnego zostało naruszone i że są traktowane w sposób dyskryminujący w porównaniu do par heteroseksualnych. Odnosząc się do tego zarzutu, ETPC stwierdził, że w świetle społecznych, osobistych i prawnych konsekwencji małżeństwa sytuacja prawna konkubentów nie może być uznana za porównywalną z sytuacją małżonków, zwłaszcza w kontekście adopcji dokonywanej przez jednego rodzica. Trybunał przypomniał, że EKPC nie wymaga od państw członkowskich zapewnienia osobom tej samej płci prawa do zawarcia związku małżeńskiego. Jeżeli natomiast państwo decyduje się na wprowadzenie rozwiązań podobnych do instytucji małżeństwa (związków partnerskich), to korzysta z pewnego zakresu swobody w regulowaniu tych związków.

W ocenie Trybunału wszystkie pary pozostające w konkubinacie, niezależnie od orientacji seksualnej partnerów, są traktowane przez prawo francuskie w ten sam sposób; tym samym nie istnieją przekonujące argumenty za odmiennym tratowaniem związków partnerskich, w zależności od orientacji seksualnej. W konsekwencji ETPC orzekł, że nie doszło do naruszenia Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności.

Opracował *Jarosław Sułkowski*

Wyrok ETPC (czwarta sekcja) z dnia 17 kwietnia 2012 r. w sprawie *Piechowicz przeciwko Polsce*, skarga nr 20071/07 – zakaz nieludzkiego lub poniżającego traktowania, prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego, prawo do wolności i bezpieczeństwa osobistego

Stan faktyczny

Od 2006 r. obywatel Polski, M. Piechowicz, przebywał w areszcie śledczym w związku z toczącymi się przeciwko niemu postępowaniami karnymi za handel narkotykami, rozbój i kradzież. W areszcie w latach 2007–2010 poddano go specjalnemu reżimowi jako „niebezpiecznemu aresztowanemu". W szczególności umieszczono go w stale monitorowanej izolatce, poddawano rewizji osobistej w momencie wyjścia z celi i wejścia do niej, skuwano w kajdanki z rękoma na plecach lub zmuszano do noszenia kajdanek na rękach i stopach w momencie wyprowadzania z celi. Miał ponadto ograniczony kontakt z rodziną, a jego korespondencja podlegała cenzurze.

W 2010 r. M. Piechowicz został zwolniony z aresztu dzięki poręczeniu majątkowemu. W czerwcu i lipcu 2011 r. skazano go na karę pozbawienia wolności za przemyt narkotyków, pranie brudnych pieniędzy oraz kierowanie zorganizowaną grupą przestępczą rozprowadzającą duże ilości narkotyków.

Stanowisko ETPC – naruszenie art. 3 EKPC (zakaz nieludzkiego lub poniżającego traktowania)

Trybunał uznał, że decyzja o poddaniu skarżącego szczególnemu reżimowi aresztu stanowiła legalny środek, biorąc pod uwagę, że został on oskarżony o poważne przestępstwa. Trybunał nie podważył zasadności wprowadzenia szczególnego reżimu w celu zapewnienia bezpieczeństwa w areszcie, czyli izolacji, nadzoru i monitorowania oraz ograniczenia kontaktów zewnętrznych. Jednak, zdaniem ETPC, czas trwania (dwa lata i dziewięć miesięcy) i nasilenie stosowania specjalnych środków reżimu przekroczyły poziom dyktowany wymaganiami bezpieczeństwa więziennego. Równoległe, rutynowe i długotrwałe stosowanie szerokiej gamy środków, bez sprawdzenia konkret-

nych powodów przedłużania ich stosowania, nie było konieczne dla zapewnienia bezpieczeństwa w areszcie, a władze aresztu nie przeciwdziałały skutkom izolacji społecznej skarżącego, poprzez zapewnienie mu niezbędnej stymulacji umysłowej i fizycznej.

Stanowisko ETPC – naruszenie art. 8 EKPC (prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego)

Trybunał stwierdził, że ograniczenie kontaktu aresztowanego z żoną, oskarżoną w tych samych postępowaniach, było konieczne dla zabezpieczenia postępowania dowodowego, ale – z drugiej strony – długotrwały i bezwzględny zakaz kontaktu z żoną musiał mieć szczególnie poważny i negatywny wpływ na życie rodzinne aresztowanego. W takiej sytuacji można było dopuścić nadzorowane wizyty, bez możliwości bezpośredniego kontaktu aresztowanego z żoną.

Ponadto Trybunał stwierdził naruszenie art. 8 EKPC ze względu na cenzurę korespondencji. Oznakowanie listów pieczęcią „ocenzurowane" uzasadnia przypuszczenie, że listy były otwierane i odczytywane. Stanowiło to ingerencję w prawo zatrzymanego do poszanowania jego korespondencji, co nie było zgodne z przepisami Kodeksu karnego wykonawczego, pozwalającego na prowadzenie przez zatrzymanego nieocenzurowanej korespondencji z organami śledczymi, sądami i innymi organami. Zdaniem ETPC również korespondencja z obrońcą, która była także kontrolowana, nie stanowiła zagrożenia dla bezpieczeństwa w areszcie.

Stanowisko ETPC – naruszenie art. 5 § 3 i § 4 EKPC (prawo do wolności i bezpieczeństwa osobistego)

Trybunał stwierdził naruszenie art. 5 § 3 EKPC w związku z trwającym ponad cztery lata tymczasowym aresztowaniem. W ocenie Trybunału uzasadnione podejrzenie o popełnienie poważnych przestępstw oraz ryzyko, że aresztowany mógłby wywrzeć nacisk na świadków lub współpodejrzanych, usprawiedliwiało jego aresztowanie. Jednak sądy krajowe, poza wielokrotnym odwoływaniem się do tego ryzyka w kategoriach ogólnych, nie odniosły się do żadnych konkretnych okoliczności, które wskazywałyby, że aresztowany kiedykolwiek podjął próby zastraszenia świadka czy strony postępowania. Mimo że surowość kary grożącej aresztowanemu, podawana za powód dalszego aresztowania, była istotnym elementem oceny ryzyka ucieczki lub recydywy, to jednak nie może ona sama usprawiedliwiać długich okresów tymczasowego aresztowania.

Ponadto Trybunał stwierdził naruszenie art. 5 § 4 EKPC – z powodu odmowy aresztowanemu dostępu do dokumentów postępowania odnoszących się do okoliczności uzasadniających jego aresztowanie, bez zapewnienia środków stanowiących przeciwwagę dla braku tego dostępu.

Opracowała *Anna Chmielarz*

Paweł Wiliński

Przegląd orzecznictwa – prawo karne

Uchwała składu siedmiu sędziów SN z dnia 19 stycznia 2012 r., I KZP 18/11

Podstawy stosowania tymczasowego aresztowania, określone w art. 258 § 2 k.p.k., przy spełnieniu przesłanek wskazanych w art. 249 § 1 i art. 257 § 1 k.p.k. i przy braku przesłanek negatywnych określonych w art. 259 § 1 i 2 k.p.k., stanowią samodzielne przesłanki szczególne stosowania tego środka zapobiegawczego.

Z uzasadnienia

W treści art. 258 § 2 k.p.k. zostały zawarte dwie przesłanki szczególne stosowania tymczasowego aresztowania z uwagi na surową karę grożącą oskarżonemu (podejrzanemu). Ustawodawca wprost bowiem wskazał, że jeżeli oskarżonemu zarzuca się popełnienie zbrodni lub występku zagrożonego karą pozbawienia wolności, której górna granica wynosi co najmniej 8 lat, albo gdy sąd pierwszej instancji skazał go na karę pozbawienia wolności nie niższą niż 3 lata, potrzeba zastosowania tymczasowego aresztowania w celu zabezpieczenia prawidłowego toku postępowania może być uzasadniona grożącą oskarżonemu surową karą. Niewystarczające jest więc samo odwołanie się do górnej granicy ustawowego zagrożenia karą przewidzianego w przepisie części szczególnej kodeksu karnego albo w ustawie szczególnej, lecz wymagane jest ustalenie, na podstawie okoliczności konkretnej sprawy i to okoliczności uprawdopodobnionych w stopniu, o jakim mowa w art. 249 k.p.k., czyli że oskarżonemu w konkretnej sprawie rzeczywiście grozi surowa kara – zob. np. R.A. Stefański (w:) Z. Gostyński (red.) R.A. Stefański, St. Zabłocki (red. II wydania), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. II, Warszawa 2004, s. 103 i n. oraz Sąd Najwyższy w zdecydowanej większości orzeczeń, chociażby w postanowieniu z dnia 3 kwietnia 2007 r., WZ 11/07, OSNKW 2007, z. 6, poz. 52. Ustawodawca posłużył się bowiem sformułowaniem „grożąca oskarżonemu surowa kara", a nie „zagrożenie karą", które jest właściwe dla określania ustawowego zagrożenia.

Ustawa w tym zakresie wymaga więc od sądu orzekającego w przedmiocie tymczasowego aresztowania dokonania swego rodzaju prognozowania kary, przy czym, jak już wspomniano, dokonywanego wyłącznie na użytek ustaleń i ocen potrzebnych do stosowania środków zapobiegawczych, co w konsekwencji oznacza, że uzasadnienie postanowienia w przedmiocie stosowania tymczasowego aresztowania nie musi spełniać standardów, jakim powinno odpowiadać uzasadnienie wyroku skazującego w części dotyczącej rozstrzygnięcia o karze. Przewidywanie przyszłej kary musi odbywać się zawsze w dwóch aspektach: zarówno pod kątem przesłanki pozytywnej, określonej w art. 258 § 2 k.p.k., jak i przesłanki negatywnej stosowania tymczasowego aresztowania, sformułowanej w art. 259 § 2 k.p.k.

Tak sformułowany art. 258 § 2 k.p.k. wprowadza szczególny rodzaj domniemania – istnienia obawy, że oskarżony, z uwagi na grożącą mu, w tej konkretnej sprawie, surową karę, będzie bezprawnie utrudniał postępowanie, co może stanowić samodzielną przesłankę szczególną stosowania tymczasowego aresztowania (zob. uzasadnienie ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (w:) *Nowe kodeksy karne z 1997 r. z uzasadnieniami*, Warszawa 1997, s. 420–421, a także: T. Grzegorczyk, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, Warszawa

2005, s. 528; L.K. Paprzycki (w:) J. Grajewski (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. I, Kraków 2006, s. 713; P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. I, Warszawa 2011, s. 1446–1447; W. Grzeszczyk, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2006, s. 235; J. Izydorczyk, *Stosowanie tymczasowego aresztowania w polskim postępowaniu karnym*, Kraków 2002, s. 127–131; J. Skorupka, *Stosowanie i przedłużanie tymczasowego aresztowania w postępowaniu przygotowawczym*, „Prokuratura i Prawo" 2006, nr 12, s. 109).

Gdyby chcieć przyjąć, że dla zastosowania tymczasowego aresztowania na podstawie art. 258 § 2 k.p.k. konieczne byłoby wykazanie istnienia uzasadnionej obawy matactwa lub uzasadnionej obawy ucieczki, ukrycia się oskarżonego, czy też innego bezprawnego utrudniania postępowania karnego (a więc podstaw stosowania tymczasowego aresztowania określonych w art. 258 § 1 k.k.), to przepis § 2 okazałby się zupełnie zbędny. Taki sposób dokonywania interpretacji stałby w rażącej sprzeczności z zakazem wykładni *per non est*. Jeżeli więc ustawodawca przewidział w art. 258 § 2 k.p.k. dodatkową podstawę stosowania tymczasowego aresztowania, a jednocześnie z żadnego przepisu nie wynika konieczność łącznego wystąpienia przesłanek określonych w § 1 i 2, to surowa kara grożąca oskarżonemu, w okolicznościach opisanych w art. 258 § 2 k.p.k., stanowić może samodzielną przesłankę szczególną.

Takie unormowanie art. 258 § 2 k.p.k. jest zgodne z Konwencją o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzoną w Rzymie 4 listopada 1950 r. (Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284). W wyroku z dnia 23 czerwca 2005 r. w sprawie 44722/98 *Łatasiewicz przeciwko Polsce*, LEX nr 153396, Trybunał wprost wskazuje, że surowość wyroku, jaki może w przyszłości zapaść, i związany z nim ciężar gatunkowy stawianych zarzutów dają organom krajowym uzasadnioną podstawę do przyjęcia ryzyka ucieczki, a nawet ponownego popełnienia czynów zabronionych (zob. także wyrok z dnia 31 maja 2011 r. w sprawie 24205/06 *Krawczak przeciwko Polsce*, LEX nr 817591, czy wyrok z dnia 26 lipca 2001 r. w sprawie 33977/96 *Ilijkov przeciwko Bułgarii*, LEX nr 76133). Zatem nie może być wątpliwości, że także w orzecznictwie ETPC akceptuje się funkcjonowanie szczególnego domniemania, wynikającego z prognozowanej kary i ciężaru gatunkowego stawianych zarzutów. Oczywiście, Trybunał strasburski jednocześnie zastrzega, że – po pierwsze – okoliczności te, same w sobie, nie mogą uzasadniać nadmiernie długiego okresu stosowania tymczasowego aresztowania, a po drugie – prognozowany wymiar kary musi być, wraz z upływem czasu i w świetle przeprowadzanych kolejnych czynności, ponownie ustalany.

Żaden przepis obowiązującego kodeksu postępowania karnego nie dopuszcza bowiem stosowania tymczasowego aresztowania przez dłuższy okres, nieuzasadniony okolicznościami sprawy i celami izolacyjnego środka zapobiegawczego (art. 263 § 1–4 k.p.k.). Konieczność weryfikacji istnienia podstaw dalszego stosowania tymczasowego aresztowania wynika nie tylko z potrzeby podejmowania odpowiednich decyzji procesowych z upływem okresu, na jaki dotychczas orzeczono tymczasowe aresztowanie, ale także w każdym czasie i na każdym etapie prowadzonego postępowania karnego (art. 253 § 1 k.p.k. – zob. np. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 28 lutego 2001 r., IV KO 11/01, OSNKW 2001, z. 5–6, poz. 46).

Niedopuszczalne jest więc takie planowanie czynności postępowania przygotowawczego, jak i sądowego, w tym rozprawy głównej, które prowadzi do niepodejmowania żadnej istotnej czynności w okresie stosowania tymczasowego aresztowania albo wprawdzie prowadzi do podejmowania czynności, ale w znacznych i nieuzasadnionych odstępach czasu. Przedłużenie stosowania tymczasowego aresztowania ponad okresy: roczny w postępowaniu przygotowawczym i dwuletni w postępowaniu sądowym, wymaga zaistnienia i wykazania zupełnie wyjątkowych okoliczności, wprost wskazanych w art. 263 § 4 k.p.k.

Uchwała składu siedmiu sędziów SN z dnia 28 marca 2012 r., I KZP 26/11

1. W postępowaniu karnym jawne są posiedzenia, na któ-

rych sąd „rozpoznaje lub rozstrzyga sprawę" w rozumieniu art. 42 § 2 ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych [Dz.U. Nr 98, poz. 1070 z późn. zm.; dalej: u.s.p.]**.**

2. Pojęcie „sprawa", interpretowane przy uwzględnieniu treści art. 45 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, oznacza sprawę w zakresie głównego przedmiotu postępowania, a także kwestii incydentalnej, która związana jest z możliwą ingerencją w sferę podstawowych praw zagwarantowanych przepisami Konstytucji.

3. Wyłączenie jawności posiedzenia, na którym sąd rozpoznaje lub rozstrzyga sprawę, dopuszczalne jest jedynie w wypadku przewidzianym w ustawie (art. 42 § 3 u.s.p.).

Sąd Najwyższy rozstrzygnął zagadnienie prawne – przekazane przez Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego ze względu na istnienie w judykaturze dwóch odrębnych stanowisk. Zgodnie z pierwszym: to, że w kodeksie postępowania karnego brak jest unormowań regulujących jawność posiedzeń, w żadnym wypadku nie oznacza, że są one niejawne, a więc niedostępne dla uczestników postępowania i publiczności (por. uchwała SN z dnia 25 marca 2004 r., I KZP 46/03, OSNKW 2004, z. 4, poz. 39). Drugi pogląd sprowadza się do przekonania, że w art. 96 k.p.k. przewidziano w odpowiednim zakresie udział stron i osób niebędących stronami w posiedzeniach sądowych, przepis ten zaś nie przewiduje udziału w posiedzeniach publiczności (por. m.in. postanowienia SA w Katowicach z dnia 8 grudnia 2010 r., II S 69/10; z dnia 18 stycznia 2011 r., II AKz 880/10 oraz z dnia 14 września 2011 r., II S 40/110).

Z uzasadnienia

Należy zgodzić się z twierdzeniem, że w kodeksie postępowania karego nie znalazł się żaden przepis, który wprost statuuje jawność posiedzenia sądowego. Za niemożliwe Sąd Najwyższy uznał także wyinterpretowanie normy konstytuującej jawność posiedzeń sądowych w drodze rozumowania *a contrario* z przepisów przewidujących ich niejawność. Tego rodzaju przepisów jest niewiele i dotyczą jedynie szczególnej sytuacji, kiedy zachodzi potrzeba ochrony tajemnicy informacji niejawnych. Przeciwko takiej interpretacji przemawiają zarówno względy gwarancyjne, jak i pragmatyczne.

Niezasadne byłoby też, z tych samych powodów, przyjęcie, że skoro ustawodawca w sposób wyraźny zadeklarował jawność rozprawy sądowej i przewidział sytuacje, kiedy wolno tę jawność wyłączyć (art. 335 i 356 k.p.k.), a nie uczynił tego w odniesieniu do posiedzeń sądowych, to te ostatnie, co do zasady, nie są jawne. Taka interpretacja byłaby – poza sporem – sprzeczna z referowanymi już powyżej wzorcami: konstytucyjnym i konwencyjnymi.

To, że w żadnym z przepisów ustawy karnej procesowej nie wyrażono normy statuującej zewnętrzną jawność posiedzenia, nie oznacza jeszcze wcale, że w systemie prawnym takiej normy w ogóle brakuje. Zdaniem Sądu Najwyższego wyrażono ją wprost w art. 42 § 2 u.s.p., zgodnie z którym sądy rozpoznają i rozstrzygają sprawy w postępowaniu jawnym. Stosownie do art. 42 § 3 u.s.p. rozpoznanie sprawy w postępowaniu niejawnym lub z wyłączeniem jawności jest dopuszczalne jedynie na podstawie przepisów ustawy. Nietrudno zauważyć, że posługując się wyrażeniem „rozpoznają i rozstrzygają", ustawodawca nie ograniczył zakresu regulacyjnego tego przepisu do rozpraw sądowych.

Kwestią kluczową jawi się określenie znaczenia użytego w art. 42 § 2 u.s.p. terminu „rozpoznawanie i rozstrzyganie sprawy". W ocenie Sądu Najwyższego nie na każdym posiedzeniu sądu dochodzi do „rozpoznawania i rozstrzygania sprawy"; zapewne są takie, na których sprawa jest rozpoznawana, niemniej nie dochodzi do jej rozstrzygania; są i takie, na których sprawa jest jedynie rozstrzygana, choć rozpoznano ją wcześniej. Stylistyka art. 42 § 2 u.s.p. nie pozostawia jednak wątpliwości co do tego, że jawność ma być zapewniona zarówno wtedy, gdy sąd sprawę rozpoznaje, jak i wtedy, gdy ją rozstrzyga. Poza zakresem wyznaczonym treścią tego przepisu pozostają jedynie te posiedzenia sądowe, na których nie dochodzi ani do rozpoznawania, ani do rozstrzygania sprawy. Ponieważ jednak sąd na każdym posiedzeniu coś rozpoznaje lub o czymś rozstrzyga, kluczowe znaczenie ma tu termin „sprawa", ponieważ tylko wówczas, gdy przedmiotem rozpoznania i rozstrzygania nie

jest „sprawa", można wywodzić o braku potrzeby zapewnienia zewnętrznej jawności posiedzenia, niezależnie od ewentualnych jej ograniczeń w sytuacjach wskazanych w art. 42 § 3 u.s.p.

Jako miarodajny dla wyznaczenia zakresu pojęcia „sprawa" powinien być uznany art. 45 ust. 1 Konstytucji RP, albowiem nie ma podstaw do tego, aby obniżać standard gwarancyjny poprzez odwołanie się do norm traktatowych, które jedynie ustanawiają standardy minimalne.

Termin „sprawa" użyty w art. 45 ust. 1 Konstytucji RP był wielokrotnie interpretowany w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, który wywodził, że ze sprawą mamy do czynienia zawsze wówczas, gdy w grę wchodzi rozstrzyganie o prawach danego podmiotu (na przykład wyroki TK z dnia 6 grudnia 2004 r., SK 29/04, OTK-A 2004, nr 11, poz. 114, oraz z dnia 5 lipca 2005 r., SK 26/04, OTK-A 2005, nr 7, poz. 78). Niewątpliwie – jak zauważa Trybunał Konstytucyjny – konstytucyjne pojęcie „sprawy" nie jest zależne od tego, w jaki sposób definiowane jest to pojęcie na tle szczegółowych ujęć proceduralnych. Ma ono charakter autonomiczny, nie jest definiowane w przepisach konstytucyjnych, powinno być jednak wykładane przy uwzględnieniu podstawowej funkcji sądów, jaką jest – według Konstytucji RP – wymierzanie sprawiedliwości, stanowiące ich wyłączną kompetencję (wyroki TK: z dnia 10 maja 2000 r., K 21/99, OTK 2000, nr 4, poz. 109; z dnia 24 października 2007 r., SK 7/06, OTK-A 2007, nr 9, poz. 108 oraz z dnia 18 lipca 2011 r., SK 10/10, OTK-A 2011, nr 6, poz. 58).

Pojęcie „sprawa" definiowane także było wielokrotnie w orzecznictwie Sądu Najwyższego, który również zdaje się wiązać je z rozstrzyganiem o prawach podmiotowych (uchwała SN z dnia 9 czerwca 1995 r., III CZP 72/95, OSNC 2005, z. 10, poz. 146), względnie z rozstrzyganiem sporu powstałego na podstawie stosunku regulowanego przepisami prawa materialnego (uchwała SN z dnia 14 stycznia 2010 r., III SZP 3/09, OSNAPUS 2010, z. 13–14, poz. 176).

Gdy rzecz dotyczy sprawy karnej, nie można ograniczać pojęcia „rozpoznawanie i rozstrzyganie sprawy" do orzekania o głównym przedmiocie procesu. Orzekanie o prawach podmiotu następować może bowiem także wówczas, gdy przedmiotem rozpoznania i rozstrzygnięcia jest zagadnienie incydentalne z punktu widzenia głównego przedmiotu procesu, ale jednocześnie doniosłe z uwagi na uwikłanie interesów stron, o których prawach sąd rozstrzyga. Mając na uwadze przedmiot posiedzeń sądu w postępowaniu karnym, wypada więc stwierdzić, że jawne muszą być wszystkie te posiedzenia, na których orzeka się o głównym przedmiocie procesu, a także inne, na których orzeka się o ważnych prawach uczestników postępowania.

Niewątpliwie jawne muszą być zatem posiedzenia, na których rozpoznaje się wniosek o skazanie bez rozprawy, złożony w trybie art. 335 k.p.k. (art. 343 k.p.k.), orzeka się w przedmiocie warunkowego umorzenia postępowania (art. 342 k.p.k.) czy o jego umorzeniu (art. 340 k.p.k.). Jednocześnie trudno uznać, że „rozpoznawaniem i rozstrzyganiem sprawy" w rozumieniu art. 42 § 1 u.s.p. jest na przykład orzekanie w przedmiocie oddalenia kasacji. W przypadku oddalenia kasacji sąd wydaje orzeczenie, które kończy postępowanie kasacyjne, a nie postępowanie w głównym jego przedmiocie; sąd bowiem odnosi się jedynie do kwestii zasadności podniesionych w kasacji zarzutów, w sytuacji, gdy sprawa została rozpoznana i rozstrzygnięta prawomocnie już uprzednio.

Inaczej przedstawia się kwestia rozpoznawania i rozstrzygania zagadnień incydentalnych (np. w przedmiocie przekazania sprawy do rozpoznania innemu sądowi niż właściwy miejscowo, w przedmiocie przyjęcia poręczenia osoby godnej zaufania na podstawie art. 272 k.p.k.). Tu posiedzenia jawne być – co do zasady – nie muszą. W takich przypadkach nie dochodzi do rozpoznawania i rozstrzygania sprawy, ale do podjęcia decyzji incydentalnej i – z punktu widzenia rozpoznawania sprawy – pomocniczej.

Nieco odmiennie należałoby podejść do posiedzeń, na których zapadają decyzje, co prawda incydentalne, ale mające kluczowe znaczenie dla poszanowania praw osób, których dotyczą. Na pierwszy plan wysuwają się tutaj posiedzenia, na których sąd decyduje o pozbawieniu człowieka wolności. Waga dobra prawnego, w które ingeruje postanowienie, musi prowadzić do wniosku, że mamy do czynienia ze „sprawą" w rozu-

mieniu art. 45 ust. 1 Konstytucji RP, a tym samym w rozumieniu art. 42 § 2 u.s.p.

Wydawać by się mogło, że w myśl tej zasady jawne powinno być także posiedzenie, na którym sąd wyraża zgodę na kontrolę i utrwalanie rozmów telefonicznych lub innych przekazów informacji, w trybie określonym w przepisach rozdziału 26 kodeksu postępowania karnego, gdyż kwestia ta wiąże się z drastyczną ingerencją w sferę prywatności. Ponieważ jednak dopuszczenie publiczności do udziału w posiedzeniu byłoby tu wysoce niefunkcjonalne, niezbędne jest wyinterpretowanie szczególnego odstępstwa od jawnego rozpoznawania sprawy, przy wsparciu argumentem odnoszącym się do samej istoty stosowanego środka dowodowego oraz szczególnego układu sytuacyjnego, w którym następuje jego zastosowanie. Jest bowiem jasne, że z samej istoty orzekania o podsłuchu wynika tajność posiedzenia sądowego; instalowanie podsłuchu nie miałoby wszak żadnego sensu po ujawnieniu tej okoliczności.

Jasne jest także, że posiedzenia – co do zasady jawne – nie mają tego atrybutu wówczas, gdy odbywają się w toku postępowania przygotowawczego. Można bowiem twierdzić, że w toku postępowania przygotowawczego sąd nie „rozpoznaje" i nie „rozstrzyga" spraw w rozumieniu art. 42 § 2 u.s.p., ale – co wynika z art. 329 k.p.k. – dokonuje jedynie czynności w postępowaniu przygotowawczym.

„Rozpoznawaniem i rozstrzyganiem sprawy" są natomiast czynności sądowe podejmowane na posiedzeniach w związku z zaskarżeniem postanowień kończących postępowanie przygotowawcze (art. 306 § 1 k.p.k.). W tym bowiem wypadku sąd orzeka o losach sprawy w zakresie jej głównego przedmiotu.

Niewątpliwie jawne być muszą niektóre przynajmniej posiedzenia, na których sąd podejmuje decyzje z zakresu współpracy międzynarodowej w sprawach karnych oraz współpracy z innymi państwami członkowskimi Unii Europejskiej (np. w przedmiocie dopuszczalności ekstradycji – art. 603 § 1 k.p.k., wykonania europejskiego nakazu aresztowania – art. 607l § 1 k.p.k., czy w przedmiocie określenia kwalifikacji prawnej oraz podlegających wykonaniu w Polsce kar i środków w trybie określonym w art. 611c k.p.k.).

Pewne wątpliwości wywoływać może kwestia jawności posiedzenia w przedmiocie wydania wyroku nakazowego. To, że wyrok nakazowy, zgodnie z art. 500 § 4 k.p.k., sąd wydaje na posiedzeniu bez udziału stron, nie stoi na przeszkodzie przyjęciu, iż posiedzenie to korzysta z atrybutu jawności w jej aspekcie zewnętrznym.

Dotyczący dwuinstancyjności postępowania art. 176 ust. 1 Konstytucji RP nie odwołuje się do pojęcia „sprawa", będącego fundamentem konstrukcji prawa do jawnego rozpoznania sprawy przez sąd, zagwarantowanego w art. 45 ust. 1 Konstytucji RP. Za zgodne z tym ostatnim przepisem należy natomiast uznać ograniczenie jawności posiedzeń sądowych – do tych, na których rozpoznaje się sprawy w zakresie głównego przedmiotu postępowania, a także do posiedzeń dotyczących kwestii incydentalnych, które związane są z możliwą ingerencją w sferę podstawowych praw zagwarantowanych przepisami Konstytucji RP.

Wyłączeń jawności posiedzeń sądowych jest w kodeksie postępowania karnego niewiele, a w każdym razie nie zostały one wyrażone wprost. Należy jednak przyjąć, że nie są jawne posiedzenia sądowe w toku postępowania przygotowawczego, choćby uznano, że następuje wtedy „rozpoznawanie i rozstrzyganie sprawy", albowiem postępowanie przygotowawcze objęte jest tajemnicą (art. 241 § 1 k.k.). Nie ma przeszkód, by uznać, że ograniczenie jawności wynika tu z przepisu prawa materialnego, nie zaś procesowego, albowiem nie do obrony byłaby teza, iż prawo procesowe pozwala na ujawnianie okoliczności z postępowania przygotowawczego, w sytuacji gdy przepis karny tego właśnie zabrania. Istnieją także podstawy do wyłączenia – przynajmniej w części – jawności posiedzenia w przedmiocie obserwacji oskarżonego w zakładzie leczniczym w trybie określonym w art. 203 § 1 k.p.k., nawet wtedy, gdy orzeka się o tym już po wniesieniu aktu oskarżenia.

Ponadto nie są jawne posiedzenia, jeśli jawność byłaby wyłączona w wypadku rozpoznawania sprawy na rozprawie, co wynika ze stosowanych do posiedzeń *per analogiam* art. 359 i nast. k.p.k.

Na posiedzeniu wydany być może zarówno wyrok, jak i postanowienie. Wyrokom ustawo-

dawca poświęcił aż dwa przepisy kodeksu postępowania karnego, to jest art. 356 § 1, który statuuje powinność jawnego ogłoszenia wyroku, oraz art. 418 § 1, wskazujący na przewodniczącego jako tego, który ogłasza publicznie podpisany uprzednio wyrok. Jak wskazuje SN, art. 418 § 1 k.p.k. stosowany być powinien zarówno na rozprawie, jak i na posiedzeniu. W ustawie procesowej brak jest jednocześnie przepisu, który pozwoliłby na wyłom od zasady publicznego ogłaszania wyroków w każdym wypadku.

Można oczywiście kwestionować tę tezę, poprzez odwołanie się do racjonalności ustawodawcy, gdyż w art. 418a k.p.k. przewidział on czynność, która zdaje się zastępować publiczne ogłaszanie wyroku na posiedzeniu, czynność polegającą na udostępnieniu wyroku publicznie przez złożenie jego odpisu na okres 7 dni w sekretariacie sądu. Niepodobna jednak przyjąć, że ustawodawca pozwolił tym samym na odstąpienie od nakazu wyrażonego w art. 418 § 1 k.p.k. Taka interpretacja w sposób jawny naruszałaby art. 45 ust. 2 zdanie 2 Konstytucji RP, który nakazuje publicznie ogłosić każdy wyrok, nie czyniąc od tego nakazu jakichkolwiek wyjątków. Postąpienie w sposób opisany w art. 418a k.p.k. żadną miarą nie stanowi publicznego ogłoszenia wyroku, w związku z czym należy przyjąć, że publiczne udostępnienie wyroku w sekretariacie sądu jest jedynie czynnością komplementarną wobec jego publicznego ogłoszenia.

Odmiennie przedstawia się zagadnienie publicznego ogłaszania postanowień wydanych na posiedzeniu. Ustawa procesowa ogranicza się w tej mierze do ustanowienia obowiązku ogłoszenia postanowienia wydanego na rozprawie (art. 100 § 1 k.p.k.). Brak jest natomiast regulacji odnoszącej się do publicznego ogłaszania postanowienia wydanego na posiedzeniu, choć w art. 100 § 2 k.p.k. wspomina się o ogłoszeniu postanowienia na posiedzeniu, jednak tylko w kontekście obecności przy tej czynności stron i przysługującego im prawa do doręczenia postanowienia. Brak jest jednak powodów, dla których postanowienie nie miałoby podlegać publicznemu ogłoszeniu, jeżeli zostało wydane na posiedzeniu dostępnym dla publiczności.

Przyjmując – jako regułę – powinność publicznego ogłaszania postanowienia wydanego na posiedzeniu zewnętrznie jawnym, uznać trzeba za dopuszczalne zrezygnowanie z tej czynności wówczas, gdy pomimo takiej możliwości na posiedzenie nie stawił się ani żaden z uczestników posiedzenia, ani też żaden postronny obserwator. Wymaganie od sądu, by w takiej sytuacji ogłaszał wydane postanowienie, wydaje się mało racjonalne, przede wszystkim z punktu widzenia celu, jakiemu publiczne ogłaszanie orzeczeń ma służyć. Racjonalne jest z drugiej strony przyjęcie, że należy ogłosić postanowienie na posiedzeniu wówczas, gdy wprawdzie nie jest ono jawne zewnętrznie, ale uczestniczy w nim choćby jedna ze stron lub inna osoba, o której mowa w art. 96 § 1 k.p.k.

De lege ferenda możliwe jest zarówno ukonstytuowanie w kodeksie postępowania karnego reguły jawności posiedzeń sądowych, z jednoczesnym precyzyjnym określeniem katalogu posiedzeń, które mogą odbywać się z wyłączeniem jawności, jak i zadeklarowanie reguły, że posiedzenia sądowe odbywają się z wyłączeniem jawności (co stanowiłoby odstępstwo od reguły wyrażonej w art. 42 § 2 u.s.p.), z jednoczesnym określeniem katalogu posiedzeń, które jednak – z uwagi na wymagania konstytucyjne i konwencyjne – muszą odbywać się jawnie. W tym też kierunku zmierza projekt nowelizacji kodeksu postępowania karnego, przygotowany przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego i opublikowany na stronach internetowych Ministerstwa Sprawiedliwości w grudniu 2011 r.

Zobacz też następujące tezy orzeczeń SN:

Postanowienie SN z dnia 19 stycznia 2012 r., I KZP 22/11

W przypadku wątpliwości co do charakteru prawnego przepisu zamieszczonego w którymś z rozdziałów części szczególnej kodeksu karnego, należy uznać, że jeżeli przewidziana w tym przepisie modyfikacja sankcji karnej uzasadniona jest okolicznościami poprzedzającymi określony czyn lub też następującymi po jego popełnieniu, powinien być on traktowany jako instytucja sądowego wymiaru kary. Jeżeli zaś określone w danym przepisie okoliczności, które rzutują na wysokość sankcji karnej, bez-

pośrednio powiązane są z czynem i mają znaczenie dla oceny stopnia jego społecznej szkodliwości, należy uznać, że konstytuują one typ czynu zabronionego (kwalifikowany lub uprzywilejowany).

Artykuł 178a § 4 k.k. cechuje niejednorodny charakter normatywny. Pierwsza jego część wyraża instytucję nadzwyczajnego obostrzenia kary, polegającą na specyficznej recydywie w zakresie przestępstw komunikacyjnych.

Odmienny charakter ma druga część art. 178a § 4 k.k. W tej części art. 178a § 4 k.k. wysławia typ czynu zabronionego, bowiem okoliczności w nim wskazane związane są ściśle z oceną społecznej szkodliwości czynu sprawcy, który prowadząc pojazd mechaniczny w stanie nietrzeźwości (lub odurzenia), nie tylko narusza podstawowe zasady bezpieczeństwa w komunikacji, ale ponadto, nie wykonując wcześniej orzeczonego zakazu prowadzenia pojazdów mechanicznych, okazuje lekceważenie dla wyroków sądowych, naruszając tym samym autorytet wymiaru sprawiedliwości. Między art. 178a § 4 k.k. *in fine* a art. 244 k.k. nie zachodzi kumulatywny zbieg przepisów ustawy w rozumieniu art. 11 § 2 k.k.

Postanowienie SN z dnia 28 marca 2012 r., I KZP 25/11.

Uchybienie proceduralne, polegające na braku decyzji o formalnym podjęciu na nowo umorzonego dochodzenia rejestrowego, traktować należy na ogólnych zasadach jako obrazę przepisów postępowania, która stanowić może względną przyczynę odwoławczą. Brak podstaw do przyjęcia, aby tego rodzaju wada proceduralna skutkowała naruszeniem któregokolwiek z zakazów dowodowych zawartych w przepisach kodeksu postępowania karnego.

Wojciech Piątek (red.), Jan Olszanowski

Przegląd orzecznictwa – prawo administracyjne

Uchwała NSA z dnia 12 grudnia 2011 r., II OPS 2/11 – pozwolenie na wprowadzanie do środowiska substancji lub energii, opłata podwyższona za korzystanie ze środowiska

W sprawie o wymierzenie opłaty podwyższonej za korzystanie ze środowiska bez wymaganego pozwolenia lub innej decyzji, na podstawie art. 276 ust. 1 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. – Prawo ochrony środowiska [Dz.U. z 2008 r. Nr 25, poz. 150 z późn. zm.; dalej: p.o.ś.]**, przyczyna braku pozwolenia może mieć znaczenie, jeżeli podmiot korzystający ze środowiska na podstawie wymaganego pozwolenia wystąpił o wydanie pozwolenia na kolejny okres.**

Stan faktyczny

Przedmiotem analizowanej uchwały NSA było przedstawione przez Rzecznika Praw Obywatelskich zagadnienie prawne dotyczące powstałej w orzecznictwie sądów administracyjnych rozbieżności w zakresie wymierzania podwyższonej opłaty za korzystanie ze środowiska bez uzyskania wymaganego pozwolenia (art. 276 ust. 1 p.o.ś.), a dokładniej: czy sam fakt korzystania ze środowiska bez pozwolenia stanowi wystarczającą przesłankę wymierzenia tej opłaty, czy też organ administracji publicznej powinien badać również przyczyny braku pozwolenia?

Prawo ochrony środowiska, stosownie do art. 1 ust. 1 pkt a i b p.o.ś., określa zasady ochrony środowiska oraz warunki korzystania z jego zasobów, z uwzględnieniem wymagań zrównoważonego rozwoju, a w szczególności zasady ustalania warunków ochrony zasobów środowiska, warunków wprowadzania substancji lub energii do środowiska. Jakiego rodzaju oddziaływania na środowisko skutkują koniecznością uzyskania pozwolenia na korzystanie ze środowiska, określone zostało przez ustawodawcę w art. 181 ust. 1 p.o.ś. Stosownie do art. 188 ust. 1 p.o.ś., pozwolenie jest wydawane na czas oznaczony, nie dłuższy niż 10 lat. Podmiot korzystający ze środowiska bez uzyskania wymaganego pozwolenia lub innej decyzji obowiązany jest do poniesienia zgodnie z art. 276 ust. 1 p.o.ś. opłaty podwyższonej. We wniosku o podjęcie uchwały RPO wskazał, iż z jednej strony w orzecznictwie sądowym przyjmuje się, że art. 276 ust. 1 p.o.ś. nie daje żadnych możliwości wartościowania przyczyn korzystania ze środowiska bez wymaganego pozwolenia. Samo tylko korzystanie ze środowiska bez pozwolenia lub innej decyzji pociąga za sobą konieczność poniesienia opłaty podwyższonej. Z drugiej strony przyjmowany jest również pogląd, że sam fakt korzystania z zasobów środowiska bez wymaganego prawem pozwolenia nie jest wystarczającą przesłanką zastosowania sankcji w postaci podwyższonej opłaty. Należy bowiem zindywidualizować przypadki braku pozwolenia, a w każdej indywidualnej sytuacji organ administracji obowiązany jest zbadać, czy korzystanie ze środowiska bez wymaganego pozwolenia wynika z działania lub zaniechania korzystającego.

Stanowisko NSA

Na wstępie własnych rozważań NSA zwrócił uwagę, że inny stan faktyczny sprawy występuje wówczas, gdy podmiot korzystający ze środowiska na podstawie wymaganego pozwolenia, wystąpił o kolejne pozwolenie na dalszy okres, lecz nie zostało ono wydane przed upływem czasu, na jaki zostało wydane poprzednie pozwolenie. Odmienna sytuacja występuje natomiast wówczas, gdy kwestia obowiązku poniesienia opłaty podwyższonej

na podstawie art. 276 ust. 1 p.o.ś. dotyczy podmiotu, który nie dysponował dotąd wymaganym pozwoleniem i korzysta ze środowiska bez wymaganego pozwolenia lub innej decyzji. W sytuacji drugiej, to znaczy gdy podmiot korzystający ze środowiska rozpoczyna działalność polegającą na korzystaniu ze środowiska bez wymaganego pozwolenia, w każdym przypadku obowiązany jest do uiszczenia opłaty podwyższonej wymierzanej na podstawie art. 276 ust. 1 p.o.ś.

Odnosząc się do pierwszego ze wskazanych stanów faktycznych, NSA zwrócił uwagę na to, że samo załatwienie sprawy z uchybieniem terminu, o którym stanowi art. 35 §3 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jedn. Dz.U. z 2000 r. Nr 98. poz. 1071 z późn. zm.), nie może stanowić podstawy do wysunięcia zarzutu o wadliwości załatwienia sprawy w formie decyzji administracyjnej. Jest to bowiem wadliwość postępowania, która może spowodować określone skutki procesowe.

W ocenie NSA, chociaż niezałatwienie przez właściwy organ w terminie tego rodzaju sprawy nie wyłącza samo przez się zastosowania art. 276 ust. 1 p.o.ś., to nie można jednak całkowicie abstrahować od przyczyn oraz okoliczności prawnych i faktycznych, które to niezałatwienie sprawy spowodowały. Stwierdzenie, że strona nie ponosi odpowiedzialności prawnej z tego powodu, iż nie posiada wymaganego pozwolenia, może dotyczyć sytuacji wyjątkowej i wymaga indywidualnej oceny w każdej sprawie, oraz po uwzględnieniu wszystkich okoliczności. Dopiero ich łączna ocena pozwala na sformułowanie wniosku, że w danej sprawie naliczenie i wymierzenie opłaty podwyższonej pozostają w sprzeczności z konstytucyjną zasadą demokratycznego państwa prawnego (art. 2 Konstytucji RP) i wynikającą z niej zasadą zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa oraz zasadą bezpieczeństwa prawnego, zasadą sprawiedliwości, a także z zasadą praworządności materialnej (art. 7 Konstytucji RP). Do tych okoliczności należy w szczególności zaliczyć: posiadanie w poprzednim okresie przez podmiot korzystający ze środowiska pozwolenia na eksploatację instalacji, w rozumieniu art. 180 w związku z art. 181 p.o.ś.; termin wystąpienia z wnioskiem o wydanie nowego pozwolenia oraz termin spełnienia wymagań przewidzianych dla wniosku; przebieg postępowania w tej sprawie; brak naruszenia zasad ogólnych prawa ochrony środowiska, a przede wszystkim zasady zrównoważonego rozwoju (art. 3 pkt 50 p.o.ś.), zasady kompleksowości (art. 5 p.o.ś.), zasady prewencji i przezorności (art. 6 p.o.ś.) oraz zasady zanieczyszczający płaci (art. 7 p.o.ś.). Ponadto eksploatowanie instalacji powinno spełniać regułę najlepszych dostępnych technologii – w rozumieniu art. 3 pkt 10 w związku z art. 207 p.o.ś.

Znaczenie rozstrzygnięcia

Przedstawione powyżej orzeczenie NSA odgrywa istotne znaczenie w szeregu spraw toczących się przed sądami administracyjnymi, w których zaistniał tożsamy do opisanego w uchwale stan faktyczny, a mianowicie wystąpienie przez podmiot korzystający ze środowiska z wnioskiem o wydanie kolejnego wymaganego pozwolenia nastąpiło przy jednoczesnym nierozpoznaniu sprawy do dnia upływu terminu ważności dotychczas obowiązującego pozwolenia. NSA w powyższej uchwale opowiedział się za wykładnią proobywatelską, nakazując uwzględnienie w każdym przypadku przyczyn braku pozwolenia, bez względu na to, czy wyniknęły one z winy organu administracji, czy podmiotu prawa prywatnego, ubiegającego się o wydanie kolejnego pozwolenia. Nie bez znaczenia było odwołanie się przez NSA do wykładni systemowej i funkcjonalnej. Za zasadny należy wobec tego uznać pogląd, że w okresie pomiędzy upływem terminu ważności dotychczasowego pozwolenia a uzyskaniem nowego pozwolenia opłata za korzystanie ze środowiska ponoszona powinna być w wysokości dotychczasowej, a więc takiej, która obowiązywała w okresie ważności pozwolenia. Niedopuszczalne bowiem jest obciążanie podmiotu korzystającego ze środowiska ujemnymi konsekwencjami – opieszałego lub przewlekłego prowadzenia postępowania administracyjnego – w postaci podwyższonych opłat za korzystanie ze środowiska.

Wyrok NSA z dnia 29 lutego 2012 r., II FSK 1685/10 – postępowanie egzekucyjne w administracji, dłużnik zajętej wierzytelności

Postanowienie, w którym organ egzekucyjny określa wyso-

kość nieprzekazanej kwoty przez dłużnika zajętej wierzytelności, o którym mowa w art. 71a § 9 ustawy z dnia 17 czerwca 1966 r. o postępowaniu egzekucyjnym w administracji[1] [dalej: u.p.e.a.], **może być wydane tylko po przeprowadzeniu kontroli prawidłowości realizacji zastosowanego środka egzekucyjnego, której tryb uregulowany jest w art. 71a u.p.e.a.**

Stan faktyczny

Przedmiotem kontroli sprawowanej przez NSA był wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego (dalej: WSA) w Poznaniu oddalający skargę na postanowienie Dyrektora Izby Skarbowej w Poznaniu. Orzeczeniem tym utrzymano w mocy rozstrzygnięcie organu I instancji, wydane w oparciu o art. 71a § 9 u.p.e.a., w przedmiocie określenia wysokości nieprzekazanych przez dłużnika zajętej wierzytelności środków pieniężnych w związku z zajęciem prawa majątkowego, stanowiącego wierzytelność pieniężną z tytułu czynszu najmu. W toku postępowania egzekucyjnego dłużnik zajętej wierzytelności – wezwany do złożenia oświadczenia, czy uznaje zajęte prawo – przyznając fakt zawarcia umowy najmu, wskazał, że potrącenie wierzytelności dłużnika i przekazanie kwot uzyskanych od zobowiązanego możliwe będzie w okresie późniejszym, po uzyskaniu środków od zobowiązanego. W toku postępowania dłużnik zajętej wierzytelności nie przekazał organowi egzekucyjnemu kwot uzyskanych z tytułu zajętej wierzytelności, co spowodowało wszczęcie kontroli prawidłowości zastosowanego środka egzekucyjnego. Jej wynikiem było wydanie postanowienia stwierdzającego bezpodstawne uchylanie się od przekazania organowi egzekucyjnemu zajętych kwot i określającego ich łączną wysokość. W skardze do WSA podniesiono, że w protokole kontroli nie stwierdzono, aby dłużnik zajętej wierzytelności bezpodstawnie uchylał się od jej przekazania, wobec powyższego brak było podstaw do wydania postanowienia w trybie art. 71a § 9 u.p.e.a.. Oddalając skargę, WSA wskazał, że biorąc pod uwagę okoliczność braku przekazania żądanej kwoty przez dłużnika zajętej wierzytelności, pomimo uprzedniej deklaracji co do ilości rat oraz terminu poszczególnych wpłat, uznać należy, że nastąpiło bezpodstawne uchylanie się od przekazania zajętej wierzytelności. To zaś stanowi podstawę do wydania postanowienia, o którym mowa w art. 71a § 9 u.p.e.a. W skardze kasacyjnej skarżąca zarzuciła wyrokowi WSA naruszenie przepisów postępowania poprzez wydanie zaskarżonego postanowienia – pomimo braku stwierdzenia w wyniku kontroli, że skarżąca bezpodstawnie uchyla się od realizacji zajętych wierzytelności – jak również bezpodstawne uznanie, że nastąpiło uchylanie się od realizacji zajętych wierzytelności.

Stanowisko NSA

Rozpoznając skargę kasacyjną, NSA zwrócił uwagę, że w wyniku kontroli – przeprowadzonej u dłużnika zajętej wierzytelności – sporządzono protokół, w oparciu o który organ egzekucyjny na podstawie art. 71a § 9 u.p.e.a. wydał postanowienie określające wysokość środków pieniężnych nieprzekazanych przez dłużnika zajętej wierzytelności. Za bezzasadne uznać należało więc stanowisko skarżącego w zakresie braku stwierdzenia uchylania się przez dłużnika zajętej wierzytelności od przekazania wierzytelności organowi egzekucyjnemu. NSA podkreślił, że z treści protokołu kontroli wynika, iż działania skarżącego zostały zakwalifikowane jako spełniające przesłankę bezpodstawnego uchylania się od przekazania zajętej wierzytelności. NSA wskazał jednocześnie, że nie podziela poglądu wyrażonego przez WSA, zgodnie z którym przeprowadzenie kontroli przed wydaniem postanowienia, o którym mowa w art. 71a § 9 u.p.e.a., nie jest konieczne, gdy zgromadzony materiał dowodowy z uwzględnieniem art. 7, art. 77 § 1 i art. 80 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego[2], w związku z art. 18 u.p.e.a. pozwoli na stwierdzenie, że doszło do bezpodstawnego uchylania się dłużnika od wpłaty zajętej wierzytelności. Przeciw wyrażonemu przez sąd I instancji poglądowi przemawiają przede wszystkim rezultaty wykładni językowej i systemowej art. 71 § 9 u.p.e.a. Nadto NSA stwierdził, że możliwość wydania postanowienia, o którym mowa w przywołanym przepisie,

1 Tekst jedn. Dz.U. z 2005 r. Nr 229, poz. 1954 z późn. zm.

2 Tekst jedn. Dz.U. z 2000 r., Nr 98, poz. 1071 z późn. zm.

godzi w uprawnienia dłużnika zajętej wierzytelności, zagwarantowane w art. 71 § 7 u.p.e.a. Podmiot ten może bowiem zakwestionować ustalenia zawarte w protokole kontroli, a skoro dopuścić można by sytuację braku kontroli, nie byłoby możliwości sporządzenia protokołu prowadzenia tejże kontroli i jego ewentualnego kwestionowania. Wykładnia prowadząca do pozbawienia dłużnika zajętej wierzytelności uprawnienia do działania przed wydaniem samego postanowienia, o którym mowa w art. 71 § 9 u.p.e.a., byłaby wykładnią *contra legem*. Pomimo częściowego błędu co do prawa, NSA – mając na uwadze prawidłowe przyjęcie przez WSA okoliczności faktycznych sprawy oraz zgodność zaskarżonego rozstrzygnięcia z prawem – oddalił skargę kasacyjną.

Znaczenie rozstrzygnięcia

Normy prawne zawarte w art. 71a–71b u.p.e.a. zmierzają do zwiększenia skuteczności egzekucji, poprzez możliwość kontroli efektywności czynności egzekucyjnych podjętych w stosunku do dłużnika zajętej wierzytelności. Dla zagwarantowania ochrony praw tego rodzaju podmiotu art. 71a u.p.e.a. przewiduje szereg norm regulujących sposób postępowania w takim przypadku, w tym w szczególności obowiązkową obecność dłużnika zajętej wierzytelności przy czynnościach kontrolnych oraz nakaz doręczenia kopii protokołu z czynności kontrolnych, jak również możliwość zgłoszenia stosownych wyjaśnień lub zastrzeżeń. W wyroku sądu I instancji, będącym przedmiotem kontroli NSA, jak i w judykaturze zaprezentowany został pogląd, zgodnie z którym przed wydaniem postanowienia, o którym mowa w art. 71a § 9 u.p.e.a., nie jest konieczne przeprowadzenie czynności kontrolnych, jeżeli materiał dowodowy pozwala na stwierdzenie, że doszło do bezpodstawnego uchylania się dłużnika od wpłaty zajętej wierzytelności[3]. W doktrynie wskazuje się, że od zasady wydawania postanowienia, o którym mowa w art. 71a § 9 u.p.e.a., po przeprowadzeniu kontroli mogą być przewidziane odstępstwa, szczególnie wtedy, gdy zachowany jest cel działania. Przeprowadzenie wykładni celowościowej i funkcjonalnej, pozwalającej odstąpić od sformalizowanej zasady nakazującej przeprowadzenie kontroli, w wypadku, gdy nie ma wątpliwości co do bezpodstawnego uchylania się dłużnika zajętej wierzytelności od jej przekazania organowi egzekucyjnemu w całości bądź w części[4]. Zaprezentowane stanowisko należy jednak traktować z ostrożnością, albowiem, jak wskazał NSA w omawianym orzeczeniu, możliwość wydania postanowienia bez wcześniejszej kontroli godzi w uprawnienia dłużnika zajętej wierzytelności. Za dopuszczalne należałoby przyjąć podzielenie przedstawionego poglądu wyłącznie w sytuacji oczywistości okoliczności bezpodstawnego uchylania się dłużnika zajętej wierzytelności od przekazania organowi egzekucyjnemu środków uzyskanych od zobowiązanego. Należy bowiem pamiętać, że brak przeprowadzenia kontroli nie przekreśla możliwości dokonania kontroli – instancyjnej i sądowej – rozstrzygnięcia organu I instancji. Pamiętać jednak należy, że wydanie postanowienia na podstawie art. 71a § 9 u.p.e.a jest podstawą do wystawienia tytułu wykonawczego i wszczęcia nowej egzekucji administracyjnej, tym razem w stosunku do dotychczasowego dłużnika zajętej wierzytelności[5].

3 Wyrok WSA w Warszawie z dnia 7 stycznia 2004 r., III SA 77/03, ONSAiWSA 2006, nr 2, poz. 53.

4 R. Suwaj (w:) D. Kijowski (red.) *Ustawa o postępowaniu egzekucyjnym w administracji. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 728.

5 Wyrok WSA w Szczecinie z dnia 3 listopada 2010 r., I SA/Sz 720/10, LEX nr 750473.

Mariusz Stanik

Przegląd orzecznictwa – prawo prywatne

Uchwała SN z dnia 26 stycznia 2012 r., III CZP 86/11

Nieważność postępowania w sprawie, w której sąd rejonowy orzekł mimo właściwości sądu okręgowego bez względu na wartość przedmiotu sporu (art. 379 pkt 6 k.p.c.), zachodzi także wtedy, gdy sprawa została mu przekazana przez sąd okręgowy na podstawie art. 200 k.p.c.

Dokonując analizy przedmiotowego zagadnienia prawnego, Sąd Najwyższy wskazał na wstępie m.in., że „właściwość sądu – rzeczowa, miejscowa, a niekiedy także tzw. właściwość wewnętrzna – jest zagadnieniem konstytucyjnym, gdyż art. 45 Konstytucji, zapewniający i kształtujący prawo do sądu, określa je jako prawo do sądu właściwego". Sądem właściwym w rozumieniu art. 45 Konstytucji jest przy tym „sąd, któremu mocą ustawy powierzono kompetencje dotyczące rozpoznania konkretnych spraw", a konstytucyjne pojęcie „sądu właściwego" wiąże się także z pojęciem „sędziego właściwego".

Jak słusznie wskazał w uzasadnieniu analizowanej uchwały Sąd Najwyższy, „właściwość sądowa jest istotnym elementem oceny poprawności przebiegu procesu i jego rzetelności, w związku z czym procedury sądowe przykładają do niej dużą wagę, niejednokrotnie surowo sankcjonując naruszenie przepisów, które ją normują". Przypomniał także, że „[t] aką sankcję określa art. 379 pkt 6 k.p.c., przewidujący nieważność postępowania w sprawie, w której orzekł sąd rejonowy, mimo że właściwy był – bez względu na wartość przedmiotu sporu – sąd okręgowy. Sankcja nieważności wiąże się tutaj z tym, że naruszenie właściwości rzeczowej sądu okręgowego godzi w racje ustanowienia właściwości sądu wyższego rzędu jako sądu pierwszej instancji ze względu na szczególną ochronę praw prywatnych, tj. praw niemajątkowych i rodzinnych, w tym dóbr osobistych".

W związku z powyższym Sąd Najwyższy podkreślił, że „nieważność postępowania jest następstwem kwalifikowanego rodzaju uchybienia procesowego; nie zależy od przyczyn jego popełnienia oraz wywołanych skutków, a w szczególności od wpływu na wynik sprawy oraz na interesy stron. Przyjmuje się przy tym, że przepisy normujące nieważność postępowania powinny być wykładane i stosowane w sposób ścisły, bez jakichkolwiek koncesji". Już tylko na tej podstawie należało zatem przyjąć, że skoro art. 379 pkt 6 k.p.c. nie uzależnia stwierdzenia nieważności postępowania od jakichś dodatkowych przesłanek, to nieważność postępowania w sprawie, w której sąd rejonowy orzekł mimo właściwości sądu okręgowego bez względu na wartość przedmiotu sporu (art. 379 pkt 6 k.p.c.), zachodzi także wtedy, gdy sprawa została mu przekazana przez sąd okręgowy na podstawie art. 200 k.p.c.

W ocenie Sądu Najwyższego dodatkowym argumentem przemawiającym za podjęciem analizowanej uchwały jest fakt, iż „sąd okręgowy – zwracając sprawę sądowi rejonowemu – nie działa jako sąd drugiej instancji (sąd instancyjnie wyższy), lecz jako sąd wyższego rzędu, a więc usytuowany na wyższym szczeblu organizacji sądów powszechnych, nie ma zatem – poza wypadkami wyraźnie przewidzianymi przez ustawę (np. art. 44 k.p.c.) – mocy »wiązania« swą decyzją sądu usytuowanego niżej. Zgodnie z art. 200 § 2 k.p.c., związanie obejmuje wyłącznie przekazanie sprawy sądowi niższemu, nie wiąże jednak – w jakimkolwiek aspekcie – sądu wyższego

rozpoznającego następnie sprawę w toku instancji". Jak wskazał Sąd Najwyższy, „proces cywilny jest ciągiem sformalizowanych, uporządkowanych i celowych czynności stron oraz sądu, które z różnych przyczyn mogą być dotknięte błędami. Argumenty prakseologiczne oraz postulaty czystości (poprawności) procesowej nakazują ich eliminowanie, jeżeli jest to możliwe i dozwolone prawnie; takie działanie gwarantuje prawidłowość procesu, a tym samym sprzyja legalizmowi i praworządności. Błąd może być oczywiście popełniony także przez sąd wyższego rzędu; jeżeli polega on na wskazaniu sądu rejonowego jako właściwego w sprawie, w której właściwy jest – bez względu na wartość przedmiotu sporu – sąd okręgowy, i nie zostanie naprawiony w drodze instancyjnej (art. 394 § 1 pkt 2 k.p.c.), to rozpoznanie sprawy przez sąd rejonowy niweczy cele wiązane przez ustawodawcę z ustanowieniem *ratione materiae* właściwości sądu wyższego rzędu oraz – zgodnie z art. 379 pkt 6 k.p.c. – prowadzi do nieważności postępowania. Jeżeli więc usunięcie skutków tego błędu jest możliwe przy rozpoznawaniu apelacji (art. 386 § 2 k.p.c.), to *pro bono processus* należy to uczynić". Innymi słowy „jeżeli sąd okręgowy przy rozpoznawaniu apelacji spostrzeże, że poprzednio, odsyłając sprawę sądowi rejonowemu, nieprawidłowo ocenił kwestię właściwości rzeczowej i przez to doszło do jej naruszenia, powinien naprawić ten błąd, tj. uchylić zaskarżony wyrok z powodu nieważności i »przejąć« sprawę do rozpoznania w pierwszej instancji jako – zgodnie z Konstytucją oraz przepisami kodeksu postępowania cywilnego – sąd właściwy".

Stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w analizowanej uchwale należy w pełni podzielić. Rozstrzygnięcie to ma ogromne znaczenie dla praktyki procesowej, jako że rozstrzyga kwestię będącą dotychczas przedmiotem rozbieżnych stanowisk Sądu Najwyższego (por. m.in. uchwałę z dnia 11 sierpnia 1988 r., III PZP 24/88,OSNCP 1989, nr 12, poz. 195 oraz uchwałę z dnia 6 czerwca 2007 r., III UZP 5/06, niepubl.).

Uchwała SN z dnia 26 stycznia 2012 r., III CZP 90/11

W razie nabycia wadliwej rzeczy oznaczonej co do tożsamości kupujący może wykonać uprawnienia z tytułu rękojmi albo uchylić się od skutków prawnych oświadczenia woli złożonego pod wpływem błędu.

Zagadnienie prawne przedstawione Sądowi Najwyższemu dotyczyło „istotnej praktycznie, a kontrowersyjnej teoretycznie problematyki wzajemnej relacji przepisów regulujących odpowiedzialność z tytułu rękojmi za wady rzeczy oraz przepisów o możliwości uchylenia się od skutków oświadczenia woli złożonego pod wpływem błędu. Zgodnie z art. 560 § 1 k.c., jeżeli sprzedana rzecz ma wady, kupujący może od umowy odstąpić. W razie gdy skorzysta on z tego uprawnienia o charakterze kształtującym, to strony powinny sobie nawzajem zwrócić otrzymane świadczenia według przepisów o odstąpieniu od umowy wzajemnej (art. 560 § 2 k.c.). Natomiast zgodnie z art. 84 § 1 k.c. można uchylić się od skutków prawnych oświadczenia woli złożonego pod wpływem błędu co do treści czynności prawnej. Jeżeli oświadczenie zostało złożone drugiej stronie, warunkiem uchylenia się od jego skutków jest nie tylko to aby błąd dotyczył treści czynności prawnej i był istotny, ale druga strona musi co najmniej z łatwością błąd zauważyć. Skuteczne uchylenie się od skutków oświadczenia woli powoduje utratę podstawy prawnej świadczeń i strony to co świadczyły na podstawie umowy powinny sobie zwrócić według przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu. Skutek zastosowania powołanych przepisów jest więc bardzo podobny. Umowa stron zostaje zniweczona i muszą one zwrócić sobie to co świadczyły".

Jak wskazał Sąd Najwyższy, „w doktrynie, na temat wzajemnej relacji pomiędzy uprawnieniem kupującego, który zamierza odstąpić od umowy z powodu wadliwości zakupionej rzeczy, a jego uprawnieniem do uchylenia się od skutków prawnych oświadczenia woli złożonego pod wpływem błędu, pojawiły się odmienne stanowiska". Niemniej jednak w ocenie Sądu Najwyższego „w sytuacji gdy kodeks cywilny przewiduje możliwość uchylenia się od skutków oświadczenia woli złożonego pod wpływem błędu jeżeli zostały spełnione przesłanki określone w art. 84–86 i 88 k.c., to skoro żaden przepis nie wyłącza takiej możliwości, nie można dopatrywać się takiego wyłączenia tylko w tym, że w danym stanie

faktycznym spełnione zostały także przesłanki powoływania się na rękojmię za wady".

Po pierwsze, Sąd Najwyższy słusznie wskazał, że „zbieg uprawnień dotyczy tylko jednego z tych, które przysługują kupującemu gdy chce korzystać z rękojmi". Po drugie, „odstąpienie od umowy przy rękojmi jest uzależnione od tego czy sprzedawca nie zaoferuje wymiany rzeczy na nową lub jej naprawy. Wykonanie tego uprawnienia jest także uzależnione od dopełnienia przez kupującego aktów staranności (zbadania rzeczy i zawiadomienia o wadzie sprzedawcy). Bez znaczenia jest natomiast wiedza sprzedawcy o wadzie. Możliwość powoływania się na błąd jest zaś zależna od tego czy sprzedawca mógł go z łatwością zauważyć, czyli czy mógł zauważyć wadę rzeczy (...). Realną możliwość wyboru pomiędzy uprawnieniem przewidzianym przy błędzie a uprawnieniem wynikającym z rękojmi będzie więc dotyczyła tylko nieznacznej ilości przypadków. Będą to takie sytuacje gdy sprzedawca mógł z łatwością zauważyć, że rzecz jest wadliwa. Jednocześnie należy zwrócić uwagę, że to, czy sprzedawca mógł z łatwością zauważyć wadliwość rzeczy (art. 84 § k.c.) nie jest tożsame z tym, że ją podstępnie zataił lub zapewniał kupującego, że ona nie istnieje (art. 564 k.c.)". Po trzecie wreszcie, Sąd Najwyższy wskazał, że „przepisy o rękojmi nie chronią kupującego w tym samym zakresie co przepisy o błędzie. Wiąże się to z inną ich funkcją. Rękojmia za wady rzeczy ma przywrócić ekwiwalentność świadczeń zachwianą poprzez sprzedaż rzeczy wadliwej. Możliwość powoływania się na błąd służy wzmocnieniu autonomii woli podmiotu prawa prywatnego. Zapewnia każdemu składającemu oświadczenie woli, a więc nie tylko sprzedawcy, aby miał okazję do podjęcia świadomej decyzji co do skutków prawnych jakie zamierzał osiągnąć. Ta odmienna funkcja przepisów o rękojmi i przepisów o błędzie stanowi jeszcze jeden ważki argument, aby nie zakładać, że te pierwsze wyłączają możliwość powoływania się na błąd".

Przedmiotowa uchwała, którą należy w pełni zaaprobować, rozstrzyga trwający w doktrynie prawa spór co do wzajemnej relacji przepisów regulujących uprawnienia kupującego z tytułu rękojmi za wady rzeczy sprzedanej oraz przepisów o możliwości uchylenia się od skutków oświadczenia woli złożonego pod wpływem błędu. Jako taka ma zatem duże znaczenie praktyczne.

Uchwała SN z dnia 16 lutego 2012 r., III CZP 96/11

Wynikający z art. 184 ust. 2 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami (tekst jedn. Dz.U. z 2010 r. Nr 102 poz. 651) [dalej: u.g.n.] **wymóg posiadania licencji zarządcy nie dotyczy członka zarządu wspólnoty mieszkaniowej wybranego spoza grona właścicieli lokali.**

Podstawą dla podjęcia analizowanej uchwały Sądu Najwyższego było pytanie, „czy wynikający z art. 184–190 u.g.n. wymóg posiadania licencji zawodowej zarządcy nieruchomości dotyczy także członków zarządu wspólnoty mieszkaniowej, nie będących właścicielami lokalu wchodzącego w skład wspólnoty". W uzasadnieniu analizowanej uchwały Sąd Najwyższy wskazał na wstępie, iż „zasady prowadzenia działalności w zakresie zarządzania nieruchomościami określa ustawa o gospodarce nieruchomościami. Na gruncie art. 184 u.g.n. zarządzanie cudzą nieruchomością jest działalnością zawodową, którą mogą wykonywać jedynie osoby fizyczne posiadające licencję zawodową zarządcy nieruchomości, albo przedsiębiorcy zatrudniający licencjonowanych zarządców nieruchomości. Czynności zarządu nieruchomościami mogą być prowadzone na terytorium Rzeczpospolitej Polskiej przez osoby posiadające stosowną licencję zawodową". Co ważne, „przepis art. 190 u.g.n. zwalnia właścicieli nieruchomości zarządzających bezpośrednio swoimi nieruchomościami i podmioty działające w stosunku do nieruchomości jak właściciele z obowiązku posiadania licencji zarządcy. Obowiązku takiego nie mają więc właściciele lokali sprawujący bezpośrednio zarząd nieruchomością wspólną w tzw. małej wspólnocie mieszkaniowej a także wybrani do zarządu wspólnoty zgodnie z art. 20 u.g.n. właściciele lokali wchodzących w jej skład". Sąd Najwyższy stanął w związku z tym na stanowisku, zgodnie z którym „tak samo jak wybranych do zarządu wspólnoty właścicieli lokali, których nie obciąża obowiązek legitymowania się

licencją profesjonalnego zarządcy nieruchomości, traktować trzeba osoby wybrane do zarządu wspólnoty mieszkaniowej spoza grona właścicieli lokali, sprawujące tę funkcję w zastępstwie właścicieli lokali – tak jakby sami właściciele zarządzali swoją nieruchomością". Chodzi tutaj o „zarząd jako organ wspólnoty, powoływany na podstawie uchwały o jego wyborze, podjętej przez właścicieli lokali tworzących tzw. dużą wspólnotę, w której liczba lokali (wyodrębnionych i niewyodrębnionych) jest większa niż siedem, przy czym wspólnota ta nie obejmuje lokali wymienionych w art. 20 u.g.n. należących do zasobu. W ustawowym modelu zarządzania w tzw. dużej wspólnocie, powołanie zarządu – jednoosobowego lub wieloosobowego – jest obowiązkowe, jeżeli tylko właściciele lokali na podstawie art. 18 ust. 1 i ust. 2a u.g.n. nie określili odmiennie sposobu zarządu w umowie o ustanowieniu odrębnej własności lokali albo w później zawartej umowie w formie aktu notarialnego lub w uchwale zaprotokołowanej przez notariusza. Członkiem zarządu może być tylko osoba fizyczna, wybrana spośród właścicieli lokali należących do wspólnoty lub spoza ich grona. Powołany uchwałą właścicieli lokali na podstawie art. 20 u.g.n. zarząd jest organem wewnętrznym wspólnoty, do którego stosuje się odpowiednio przepisy o organach osoby prawnej (art. 33^1 k.c.). Jego działanie, oparte na uprawnieniu wynikającym wprost z przepisów art. 21 i 22 u.g.n. – odmiennie niż działanie zarządcy – jest działaniem samej wspólnoty, a nie osoby trzeciej w stosunku do niej. W takiej sytuacji zarząd nieruchomością wspólną w imieniu wspólnoty sprawowany jest przez zarząd, który jeśli jest wieloosobowy działa kolegialnie. Członek zarządu wspólnoty wykonujący czynności zarządu nieruchomością wspólną jako piastun organu wspólnoty, w następstwie włączenia do jej struktury organizacyjnej nie występuje jako odrębny, zewnętrzny w stosunku do niej podmiot". Sąd Najwyższy, argumentując analizowaną uchwałę, wskazał m.in., że „prawo decydowania przez właściciela nieruchomości w kwestiach związanych ze sposobem zarządzania nieruchomością należy do podstawowych atrybutów prawa własności", a zatem „możliwość określenia sposobu zarządu nieruchomością wspólną nie stanowi obowiązku lecz prawo wspólnoty mieszkaniowej, która może zarządzać nieruchomością wspólną samodzielnie lub zlecić go innej osobie w zależności od tego, którą z form zarządzania uzna za korzystniejszą, także z uwagi na odpowiedzialność ponoszoną przez członków wspólny za jej zobowiązania". W konsekwencji Sąd Najwyższy skonstatował, iż „wprowadzenie ustawą o gospodarce nieruchomościami wymogu posiadania stosownych kwalifikacji zawodowych, poświadczonych uzyskaną licencją i wpisem do rejestru zarządców nieruchomości, stanowi wyraz dążenia ustawodawcy do tego, aby czynności zarządu nieruchomościami były prowadzone przez wykwalifikowane podmioty, zawodowo prowadzące działalność w tym zakresie, co ma szczególną doniosłość w przypadku nieruchomości publicznych stanowiących zasoby w rozumieniu art. 20 u.g.n. Względy te, uzasadniające ograniczenie kręgu osób, którym może być powierzone zarządzanie zasobami (art. 189 u.g.n.) nie stanowią jednak dostatecznej podstawy do ograniczania (także w drodze wykładni przepisów ustawy) uprawnień właścicieli nieruchomości prywatnych do podejmowania czynności w tym zakresie, w stosunku do przedmiotu swojej własności".

Pogląd Sądu Najwyższego zawarty w przedmiotowej uchwale, jakkolwiek nie znajdujący wprost oparcia w przepisach prawa, zasługuje na pełną aprobatę.

Zobacz też następujące tezy orzeczeń Sądu Najwyższego:

Uchwała SN z dnia 30 marca 2012 r., III CZP 4/12

Nabywca lokalu mieszkalnego z bonifikatą, który zbył ten lokal przed upływem pięciu lat od dnia nabycia i w ciągu 12 miesięcy przeznaczył środki uzyskane z jego sprzedaży na spłatę kredytu bankowego zaciągniętego na budowę i wykończenie budynku mieszkalnego, znajdującego się na nieruchomości nabytej przed datą sprzedaży, jest zobowiązany do zwrotu kwoty równej udzielonej bonifikacie po jej waloryzacji (art. 68 ust. 2 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami, jedn. tekst: Dz.U. z 2010 r. Nr 102, poz. 651 ze zm.).

Uchwała SN z dnia 9 lutego 2012 r., III CZP 92/11

Przepis art. 112 ust. 3 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (jedn. tekst: Dz.U. z 2010 r. Nr 90, poz. 594 ze zm.) nie ma zastosowania, jeżeli apelacja zawierająca wniosek o zwolnienie od kosztów sądowych została wniesiona osobiście przez stronę reprezentowaną przez adwokata, radcę prawnego lub rzecznika patentowego.