FORUM PRAWNICZE

NUMER 5 (25)
2014

Spis treści

ARTYKUŁY

Lihong Zhang
3 **Prawo porównawcze w Chinach**

Jan Rudnicki
16 **Gdzie szukać rzeczy niczyich, czyli do czego służy kodeks cywilny**

Jerzy M. Ferenz
28 **Prawidłowość trybu ścigania przestępstwa zgwałcenia w kontekście gwarancji konstytucyjnych**

Paulina Konarska
42 **Kształcenie osób niepełnosprawnych w świetle aktualnych regulacji prawnych**

ARTYKUŁY RECENZYJNE

Franciszek Longchamps de Bérier
58 **„Rzymskie prawo zobowiązań". Pisma zebrane jak podręcznik**

ORZECZNICTWO

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

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

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

Wojciech Piątek (red.), Jan Olszanowski, Jakub Terlega
87 **Przegląd orzecznictwa – prawo administracyjne**

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

Paweł Wiliński, Piotr Karlik
98 **Przegląd orzecznictwa – prawo karne**

Zasady składania materiałów do „Forum Prawniczego”

Redakcja „Forum Prawniczego” przyjmuje następujące teksty:

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

2) **artykuły recenzyjne** – powinny dotyczyć publikacji, które ukazały się nie wcześniej niż rok (w przypadku publikacji polskich) lub dwa lata (w przypadku publikacji zagranicznych) przed oddaniem artykułu do redakcji. Artykuł recenzyjny powinien mieć objętość do 20 000 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 składane do redakcji podlegają wewnętrznej procedurze oceny, stanowiącej podstawę decyzji o przyjęciu albo odrzuceniu tekstu.

Procedurze oceny wskazanej wyżej nie podlegają: polemiki z recenzjami, oświadczenia, sprawozdania, nekrologi. Nie recenzujemy również tekstów zamówionych przez redakcję, tj.: artykułów wstępnych, wywiadów oraz przeglądów orzecznictwa.

FORUM PRAWNICZE

Numer 5 (25) | 2014
Dwumiesięcznik
ISSN: 2081-688X

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

RADA PROGRAMOWA
Przewodniczący: prof. Jerzy Stelmach
prof. Martin Avenarius
prof. Petr Blaho
prof. Bartosz Brożek
prof. Zbigniew Cieślak
prof. Tomasz Giaro
prof. Joseph Hoffmann
prof. Sang Yong Kim
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
prof. Piotr Tuleja
prof. Daniil Tuzov
ks. prof. Krzysztof Warchałowski
prof. Paweł Wiliński

ZESPÓŁ REDAKCYJNY
Redaktor naczelny: prof. Wojciech Dajczak
Sekretarz redakcji: dr Krzysztof Szczucki
mgr Kazimierz W. Ujazdowski
Redaktorzy tematyczni:
ks. prof. Franciszek Longchamps de Bérier – historia i filozofia prawa
prof. UW dr hab. Michał Królikowski – prawo karne
dr Adam Szafrański – prawo administracyjne i konstytucyjne
dr hab. Leszek Bosek – prawo prywatne

OPRACOWANIE REDAKCYJNE
Anna Kowalik
Skład: Janusz Świnarski
Przekład streszczeń: Piotr Sitnik
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.

Lihong Zhang

Prawo porównawcze w Chinach

Lihong Zhang

*Profesor prawa na Wschodniochińskim Uniwersytecie Nauk Politycznych i Prawa (*Huádōng Zhèngfa Dàxué*, ang.* East China University of Political Science and Law – *ECUPL) w Szanghaju, kierownik Centrum Badawczego Prawa Rzymskiego i Prawa Europejskiego, przewodniczący Chińskiego Towarzystwa Prawa Porównawczego, wiceprzewodniczący Chińskiego Towarzystwa Prawa Cywilnego.*

Comparative Law in China

The Chinese defeat in the 1840 Sino-British Opium War led to the publication and diffusion of many Western books in China. More and more Chinese people realised that the prosperity of the West was not only based on its military power, but also on its advanced political and legal system. As a result, the Chinese began realising the importance of study of foreign laws and comparative implications thereof with Chinese law. The 1911 Revolution put an end to the 2000 years of feudal rule. The period between 1911 and 1949 saw a development of comparative law of which the main peculiarity was a strong objective to model of the Western capitalist countries. Legal research and study on comparative law in this period made an important progress and contributed significantly to the modernization of modern Chinese law. Between 1949 to the early 1960s the development of comparative law was constrained. The Cultural Revolution was dominated by the prevalence of legal nihilism, resulting in a halt to all legal study and research. Starting from 1990s the Chinese legislature has moved, first tentatively, then comprehensively, to espouse successful foreign legislative experiences. Current comparative legal research and development in Mainland China has undergone great progress and contributed significantly to the modernization of the Chinese legal system, but it still falls behind in comparison to other countries since it is still difficult for Chinese scholars to have access to first-hand, unprocessed materials and information.

I. Wprowadzenie

Tradycyjny chiński porządek prawny rozwinął się w gruncie rzeczy dzięki różnorodnemu zastosowaniu pojęć *li* oraz *fa*. *Li* odnosi się do reguł etycznych, tkwiących głęboko w konfucjanizmie, podczas gdy *fa* oznacza spisane normy z zakresu prawa karnego i administracyjnego[1].

1 Spisane prawo chińskie miało przede wszystkim charakter penalny i wskazywało na zachowania zakazane. W niewielkim tylko stopniu wyrażało nakazy, pozostawiając w ten sposób tworzenie ram normatywnych dla korekty zachowań społecznych regułom etycznym lub *li*. Prawo spisane miało więc co najwyżej charakter regulacji subsydiarnej, służącej głównie wskazaniu sankcji za złamanie danej normy społecznej. Por. P. Blazey, G. Kapterian, *Traditional Chinese Law* (w:) P. Blazey, Chan (red.), *Commercial Law of the People's Republic of China*, Thomson Reuters Press 2011, s. 20; J. Chen, *Towards an Understanding of*

Jakkolwiek w historii Chin, w szczególności w Okresie Wiosen i Jesieni (lata 770–481 przed Chr.) oraz w Epoce Walczących Królestw (lata 480–221 przed Chr.) istniało wiele porządków prawnych i przewijały się różne koncepcje na temat funkcjonowania państwa, to nie sposób stwierdzić, by wykształciła się wówczas nauka prawa (*scientia iuris*) we współczesnym znaczeniu tego słowa. Z tego względu do czasów współczesnych raczej nie można mówić w Chinach o prawie porównawczym w znaczeniu technicznym[2]. Dość powszechnie przy tym przyjmuje się, że otwarcie pierwszej konferencji Stowarzyszenia Prawa Porównawczego (*Société de Législation Comparée*) w 1900 roku w Paryżu wyznaczyło początek procesu wyodrębniania się prawa porównawczego jako osobnego przedmiotu. W Chinach natomiast nastąpiło to jeszcze później. Z powyższych względów w niniejszym opracowaniu pominięto rozważania odnośnie do prawa porównawczego w dawnym prawie chińskim.

Należy wszakże odnotować, że Chiny kontynentalne, Hongkong, Makau oraz Tajwan znajdowały się pod różnymi jurysdykcjami i z tego względu w ramach tzw. Wielkich Chin wytworzył się mikrosystem prawa porównawczego. W Chinach kontynentalnych wdrożono system prawa socjalistycznego, w Hongkongu obowiązuje system *common law*, w Makau system *civil law* oparty na prawie portugalskim, zaś na Tajwanie w mocy pozostają regulacje z okresu Republiki Chińskiej. Stan ten trwa od dłuższego czasu i obowiązywać będzie jeszcze przynajmniej przez kilka dekad. Systemy prawne Hongkongu, Makau i Tajwanu siłą rzeczy są więc w Chinach przedmiotem badań z zakresu prawa porównawczego. Odmienne kultury i systemy prawne owych regionów stanowią istotny czynnik napędzający rozwój badań w tym zakresie.

Chiny kontynentalne, Hongkong, Makau oraz Tajwan znajdowały się pod różnymi jurysdykcjami i z tego względu w ramach tzw. Wielkich Chin wytworzył się mikrosystem prawa porównawczego.

Z uwagi na ograniczenia objętościowe, w artykule przedstawiony zostanie jedynie skrótowo rozwój prawa porównawczego w Chinach kontynentalnych. Rozwój ten był wynikiem wpływów obcych kultur prawnych, począwszy od 1840 roku i okresu wojen opiumowych z Wielką Brytanią.

W rozwoju chińskiego prawa porównawczego wyróżnić można cztery etapy: fazę początkową, okres rozwoju, okres regresu oraz czas prosperity[3].

Chinese Law, its Nature and Development, Martinus Nijhoff Publisher 1999, s. 6; R. Peerenboom, *China's Long March Towards the Rule of Law*, Cambridge University Press 2002, s. 36.

2 Odnotować jednak trzeba, że Handian Pang – wiodący specjalista z zakresu prawa porównawczego w Chinach – wskazuje, że można doszukać się korzeni komparatystyki już w okresie wdrożenia kodeksu Fa Jing (tzw. Kanonu Praw) około 400 roku przed Chr. Por. Handian Pang, *Bi Jiao Fa Zai Zhong Guo: Hui Gu He Zhan Wang* („Prawo porównawcze w Chinach: osiągnięcia i perspektywy"), „Bi Jiao Fa Yan Jiu" („Studia nad Prawem Porównawczym") 1990, nr 2. Niektórzy badacze z kolei podnoszą, że prawo porównawcze istniało w Chinach dużo wcześniej – nawet w XXII wieku przed Chr. Por. Dayin Wu, Bing Xu, *Bi Jiao Fa Ji Chu* („Podstawy prawa porównawczego"), Beijing 1987, s. 3–4.

3 Jian Mi, *Bi Jiao Fa Xue He Zhong Guo Fa Zhi Zhi Ming Yun* („Prawo porównawcze i przeznaczenie chińskiego systemu prawnego"), „Xian Dai Fa Xue" („Przegląd Prawa Współczesnego") 2005, s. 13.

II. Faza początkowa (1840–1911)

Porażka Chin w pierwszej wojnie opiumowej przyniosła skutek w postaci zaszczepienia zachodniej myśli politycznej, naukowej, kulturalnej i ekonomicznej. Zaczęto na szeroką skalę publikować i tłumaczyć dzieła z tego zakresu, jak *Records on the World* (chin. *Si Zhou Zhi*) przełożone i zredagowane w 1836 roku przez Zhexu Lin'a z *Cyclopaedia of Geography* Hugh Murray'a; *Records and Maps of the World* (chin. *Hai Guo Tu Zhi*) z 1844 roku autorstwa Yuan Wei; *World Geography* (chin. *Ying Huan Zhi Lue*) z 1848 roku napisane przez Jishe Xu; *Four Description on Foreign Countries* (chin. *Hai Guo Si Shuo*) z 1846 roku autorstwa Tingdan Lianga; *Chinese and West Chronicle* Yi Xiana i wiele innych. Książki te zawierały istotne informacje o prawie zachodnim i w dużej mierze dzięki tym dziełom Chińczycy przekonali się, że siła Zachodu nie opierała się tylko na skutecznej armii, lecz także na zaawansowanym systemie politycznym i prawnym. Dostrzeżono tym samym potrzebę studiów nad prawem państw obcych oraz porównania tych regulacji z rozwiązaniami przyjętymi w Chinach.

Chińczycy przekonali się, że siła Zachodu nie opierała się tylko na skutecznej armii, lecz także na zaawansowanym systemie politycznym i prawnym. Dostrzeżono tym samym potrzebę studiów nad prawem państw obcych oraz porównania tych regulacji z rozwiązaniami przyjętymi w Chinach.

1. Tłumaczenia praw obcych i porównywanie praw

Komparatystyka prawnicza w Chinach miała swój początek w woli zaznajomienia się przez władze z normami prawa międzynarodowego, w tym zwłaszcza z regułami rządzącymi dyplomacją i handlem[4]. Z tego względu w 1862 roku rząd Qing utworzył w Pekinie specjalną szkołę Tongwen Guan (ang. *School of Combined Learning*), w której na wykładowcę prawa międzynarodowego powołany został William A.P. Martin (1827–1916). Niedługo później na język chiński przetłumaczono pierwszą książkę dotyczącą *stricte* prawa obcego, którą było znane dzieło Henry'ego Wheatona *Elements of International Law* (chin. *Wang Guo Gong Fa*) w przekładzie Williama A.P. Martina. Wkrótce potem ukazały się tłumaczenia dalszych zachodnich prac z zakresu prawa międzynarodowego: w 1876 roku *Manuel diplomatique* (chin. *Xing Zhao Zhi Zhang*) Charlesa de Martensa oraz *Introduction to the Study of International Law* (chin. *Gong Fa Bian Lan*) Theodore'a Dwighta Woolseya; w 1880 – *Le droit international codifié* (chin. *Gong Fa Hui Tong*) J.C. Bluntschli; w 1883 roku *Manual of The Law Of War On Land* (chin. *Lu Di Zhan Li*); w 1903 – *International Law* (chin. *Gong Fa Xin Bian*) Williama Edwarda Halla, i inne. Poza tłumaczeniami prac z zakresu prawa międzynarodowego szkoła Tongwen Guan opublikowała także w 1880

4 Szerzej na temat prowadzenia prawa międzynarodowego w Chinach por. Tao Tian, *Guo Ji Fa Su Ru Yu Wang Qing Zhong Guo* („Recepcja prawa międzynarodowego w Chinach w okresie późnej Dynastii"), 2001.

roku chiński przekład Kodeksu Napoleona, co możliwe było dzięki wysiłkowi jednego z wykładowców – Francuza Anatole'a Adriena Billequina.

Prawo porównawcze istotnie rozwijało się także dzięki działalności legislacyjnej czasów schyłku dynastii Qing. W maju 1904 roku powołano specjalny instytut do spraw modernizacji prawa Xiu Ding Fa Lü Guan (ang. *Law Amendment Institute*). Zadanie przygotowania i wdrożenia reformy powierzono Jiabenowi Shenowi (1840–1913) – najbardziej znanemu juryście tamtych czasów oraz Tingfangowi Wu (1842–1922) – prominentnemu ekspertowi z zakresu prawa, pierwszemu Chińczykowi, który uzyskał wykształcenie prawnicze za granicą[5]. Jiaben Shen podążał za stworzoną przez siebie regułą „by przeszłość służyła teraźniejszości i sprawom zagranicznym Chin" (chin. *Gu Wei Jin Yong, Yang Wei Zhong Yong*). Uważał on przy tym, że nauka Wschodu jest zorientowana empirystycznie, podczas gdy Zachód opiera się na racjonalizmie, wobec czego wskazywał, iż „bez racjonalności empiryk nie zrozumie natury rzeczy, zaś bez doświadczenia praktycznego uczony nie udowodni reguł natury". W jego opinii należało przykładać istotną wagę do badań i studiów porównawczych, a tworzenie przekładów prawa obcego na język chiński miało być ku temu pierwszym krokiem.

W ciągu dwóch lat od powstania instytutu Xiu Ding Fa Lü Guan przetłumaczono 26 tekstów prawnych z różnych państw, głównie z zakresu prawa karnego. W latach 1906–1909 po chińsku wydano 42 zagraniczne dzieła, w tym takie pozycje, jak *O duchu praw* Monteskiusza czy *Umowa społeczna* Jana Jakuba Rousseau. Dokonano także przekładu Deklaracji niepodległości Stanów Zjednoczonych. W 1907 roku w instytucie powstały dwie oryginalne prace poświęcone porównaniu praw państw obcych oraz analizie ewentualnej adaptacji tych rozwiązań w Chinach. Równolegle, w latach 1902–1911, opracowano (uchwalone później przez rząd Qing) kodeksy: procedury cywilnej, procedury karnej oraz prawa karnego, a także projekt kodeksu prawa cywilnego.

Początek studiów prawnoporównawczych doprowadził ostatecznie do inkorporowania rozwiązań zachodnich, wyznaczając datę początkową dla okresu modernizacji chińskiego prawa.

Propozycje nowych regulacji powstawały pod wyraźnym wpływem rozwiązań zachodnich. Przykładowo w „Kodeksie karnym Wielkiej Dynastii" z 1911 roku wprowadzono rozwiązania dotychczas chińskiemu porządkowi prawnemu nieznane, jak instytucja warunkowego zwolnienia, i jednocześnie zniesiono m.in. *Lin Chi*, tj. stosowaną od wielu wieków surową karę śmierci przez poćwiartowanie. Natomiast przedłożony w 1911 roku „Projekt kodeksu cywilnego wielkiej dynastii Qing" wykazywał wyraźne podobieństwo do kodeksu cywilnego niemieckiego (BGB) oraz kodeksu cywilnego japońskiego z 1896 roku. Projekt przejmował także zachodnioeuropejską terminologię, jak choćby pojęcie zdolności prawnej (chin. *Quan Li Neng Li*) czy zdolności do czynności

5 Tingfang Wu w latach 70. XIX wieku z sukcesami studiował prawo w Wielkiej Brytanii na University College London. Następnie stworzył projekty prawa handlowego i cywilnego dla Chin. Szerzej na temat tej osobistości m.in. Xiang Jun Ding, Zhou Feng Yu (red.), *Wu Ting Fang Quan Ji* (Wstęp do „Wyboru prac Tingfanga Wu"), 1993, s. 3.

prawnych (chin. *Xing Wei Neng Li*). Ogólnie rzecz biorąc, można więc powiedzieć, że początek studiów prawnoporównawczych doprowadził ostatecznie do inkorporowania rozwiązań zachodnich, wyznaczając datę początkową dla okresu modernizacji chińskiego prawa.

2. Tworzenie szkół prawniczych i instytutów badawczych

W szkole Tongwen Guan prowadzono badania nad szeroko rozumianą zachodnią kulturą. Była to pierwsza instytucja w Chinach, w której zajmowano się badaniami nad językiem obcych państw oraz podejmowano się trudu tłumaczenia prac zagranicznych. Tongwen Guan nie była jednak szkołą *stricte* prawniczą, choć odbywały się tam zajęcia z prawa.

Systemowe studia prawnicze (na wzór zachodni) zapoczątkowało dopiero utworzenie w 1895 roku pierwszego uniwersytetu, nazwanego wówczas Zachodniochińską Szkołą w Tiencin (chin. *Tian Jin Zhong Xi Xue Tang*, ang. *Tianjin Sino-Western School*). Program studiów prawniczych obejmował takie przedmioty, jak: wstęp do prawa, prawo rzymskie, brytyjskie prawo umów, brytyjskie prawo karne, prawo międzynarodowe publiczne czy prawo handlowe. Ponieważ wykład prowadził zawsze przynajmniej jeden obcokrajowiec, to prawo porównawcze siłą rzeczy odgrywało istotną rolę w formacji każdego z uczestników studiów. Znaną postacią w Chinach stał się wkrótce Chonghui Wang (1881–1958)[6], jeden z pierwszych absolwentów Zachodniochińskiej Szkoły w Tiencin, następnie współtwórca ulepszonego modelu edukacji prawniczej.

W 1903 roku Zachodniochińska Szkoła w Tiencin została przemianowana na Uniwersytet Beiyang (chin. *Beiyang Daxuetang*). Wykładane tam prawo zaczęło być poddawane coraz wyraźniejszym wpływom amerykańskim, co wynikało w znacznej części z podjętej próby wzorowania się na modelu studiów przyjętym na Harwardzie czy w Szkole Prawniczej Yale[7].

W 1906 roku, za sugestią Jiabena Shena i Tingfanga Wu, przy instytucie do spraw modernizacji prawa powołano pierwszą uczelnię profilowaną, przemianowaną niedługo później na Szkołę Główną Prawniczą (chin. *Jing Shi Fa Lü Xue Tang*). Program studiów obejmował prawo chińskie oraz prawo obce, przy czym to drugie wykładane było głównie przez prawników z Japonii, którzy na zajęciach odnosili się głównie do swojego prawa ojczystego.

Do 1909 roku w Chinach powstało kolejnych 47 szkół prawa, wzorowanych na Szkole Głównej Prawniczej. Do nauczania prawa innych państw oraz prawa międzynarodowego często zapraszano wykładowców w zagranicy[8]. Rząd chiński dotował także wyjazdy studentów na studia do Japonii, Stanów Zjednoczonych czy Europy.

III. Republika Chińska (1912–1949) – okres rozwoju

Rewolucja z 1911 roku zakończyła trwający dwa tysiąclecia okres feudalny i otworzyła drogę do proklamowania Republiki Chińskiej (działały kolejno: Tymczasowy Rząd Nankiński, Rząd Północny, Rząd Nankiński). Do roku 1949 rozwój prawa prywatnego w Chinach polegał na przyjmowaniu regulacji wzorowanych na istniejących w zachodnich państwach kapitalistycznych. W szczególności Sun Yat-sen, wzorując się na rozwiązaniach europejskich oraz konstytucji Stanów Zjednoczonych, adaptował do realiów Republiki Chińskiej teorię rozdziału władz. Teoria ta odnosiła się jednak nie do trzech, lecz pięciu władz, albowiem Sun Yat-sen obok egzekutywy, legislatywy i władzy sądowniczej wyróżnił także „władzę dochodzeniową" i „władzę kontrolną"[9].

6 Chonghui Wang studiował także w Japonii, Wielkiej Brytanii i w Stanach Zjednoczonych, a doktoryzował się w 1902 roku na Uniwersytecie w Yale. W 1907 roku przygotował on jedno z pierwszym tłumaczeń niemieckiego kodeksu cywilnego (BGB) na język angielski. Chonghui Wang zajmował nie tylko wiodące funkcje w rządzie i wymiarze sprawiedliwości Republiki Chińskiej, ale także był sędzią Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości ONZ.

7 Przyczynę takiego stanu rzeczy należy upatrywać w tym, że jednym z założycieli Zachodniochińskiej Szkoły w Tiencin był Charles Daniel Tenney (1857–1930), misjonarz z USA. Szerzej Jiang Wan, *Zhong Guo Jing Dai Fa Xue Jiao Yu* („Współczesny model edukacji prawniczej w Chinach"), 2001, s. 157.

8 Por. Jiang Wan, *Zhong Guo Jing Dai Fa Xue Jiao Yu*…, dz. cyt., s. 175 i s. 208–209.

9 Teoria Sun Yat-sena odpowiadać miała trzem zasadom ludowym: „nacjonalizmowi, demokracji i socjalizmowi", przy

Wpływy zachodnie urzeczywistniały się nadto w działalności wspomnianych już wyżej chińskich prawników wykształconych za granicą. Poza tym w instytucjach rządowych, w szczególności w rządzie centralnym, ministerstwie sprawiedliwości i ministerstwie edukacji zatrudniano także obcokrajowców jako konsultantów. Wyróżnić można m.in. Jeana Escarrę i Georgesa Padoux z Francji oraz Roscoe Pounda[10] ze Stanów Zjednoczonych.

Do roku 1949 rozwój prawa prywatnego w Chinach polegał na przyjmowaniu regulacji wzorowanych na istniejących w zachodnich państwach kapitalistycznych.

Prace ustawodawcze postępowały w oparciu o prowadzone badania komparatystyczne. Od 1912 do 1949 roku z uwagi na istniejącą potrzebą przyspieszenia rozwoju społeczno-ekonomicznego wprowadzono wiele nowych regulacji, w szczególności tymczasową ustawę konstytucyjną w 1912 roku, ustawę konstytucyjną w 1923 roku (zmodyfikowaną w 1948 roku), prawo karne w 1928 roku, procedurę karną w 1928 roku, kodeks cywilny w latach 1929–1930, procedurę cywilną w latach 1930–1931 oraz liczne ustawy z zakresu prawa handlowego. W pracach kodyfikacyjnych uwzględniano tak mocne, jak i słabe strony zagranicznych rozwiązań oraz brano po uwagę doświadczenie Japonii. Nie zmieniło to jednak wrażenia, że tworzenie prawa oraz zarządzanie administracją w ramach sprawowania wymiaru sprawiedliwości stanowiło na dobrą sprawę imitację systemu państw kontynentalnej Europy. Przykładem wyraźnego wzorowania się na rozwiązaniach zachodnich może być chiński kodeks cywilny z 1929 roku, opracowany według wskazówek francuskiego wykładowcy Georgesa Padoux, w którym struktura oraz 95% treści zaczerpnięta jest z kodeksu cywilnego niemieckiego (BGB) lub szwajcarskiego (ZBG)[11]. Dopiero po drugiej wojnie światowej (do 1949 roku) większą uwagę zaczęto poświęcać studiom nad prawem amerykańskim.

Komparatystyka prawnicza odgrywała więc w Republice Chińskiej kluczową rolę w procesie reformy prawa. Jak słusznie zauważył Roscoe Pound w swoim artykule z 1948 roku zatytułowanym „Prawo porównawcze i historia jako fundamenty chińskiego prawa" (*Comparative Law and History as Bases for Chinese Law*), komparatystyka „była używana w celu racjonalizowania wyboru między dwoma wielkimi systemami zachodniego świata. Następnie, gdy wybór ten już został dokonany, rozstrzygnięto, który ze współczesnych kodeksów stanowić ma wzór. Zaadaptowano także niektóre rozwiązania z systemu anglo-amerykańskiego, który to system także miał wkład w rozwój prawa w Chinach; w dalszym okresie prawo porównawcze służyło głównie do „rozwinięcia techniki interpretacji oraz stosowania przyjętych rozwiązań w praktyce"[12].

czym miała istotny wpływ na sposób interpretacji prawa konstytucyjnego w Republice Chińskiej (1912–1949). Szerzej Roscoe Pound, *Development of a Chinese Constitutional Law* (w:) tegoż, *Some Problems of the Administration of Justice in China*, Nanking 1948, s. 43.

10 O roli Roscoe Pounda w modernizacji prawa w Republice Chińskiej, szerzej J.J. Kronck, *Roscoe Pound in China: a Lost Precedent for the Liabilities of American Legal Exceptionalism*, „Brooklyn Journal of International Law" 2012, vol. 38, s. 77–143.

11 Por. John Ching-hsiung Wu, *Fa Lü Zhe Xue Yan Jiu* („Studia nad filozofią prawa"), 2005 (przedruk), s. 28.

12 R. Pound, *Comparative Law and History as Bases for Chinese Law*, „Harvard Law Review" 1948, vol. 61, nr 5, s. 758–759. W dalszej części wywodu R. Pound wskazał wyraźnie, że

Tym samym badania i studia prawnoporównawcze przyczyniły się do osiągnięcia istotnego postępu, prowadząc do modernizacji chińskiego prawa. Stało się tak w szczególności z poniższych względów.

(1) W tym okresie studia prawa porównawczego w Chinach miały za cel zaspokojenie potrzeb ważnych obszarów prawodawstwa. Uczeni chińscy prowadzili intensywne badania nad zachodnim prawem konstytucyjnym w związku z modernizacją systemu politycznego Chin. W okresie od roku 1911 do 1949 opublikowano 29 książek poświęconych porównawczemu prawu konstytucyjnemu. Wśród nich najdonioślejszą było „Porównawcze prawo konstytucyjne" wydane przez Shijie Wanga (1891–1981) – najpierw w 1927 roku samodzielnie, a w 1936 roku wspólnie z Duanshenem Qianem (1900–1990). Obaj specjaliści otrzymali doktoraty – odpowiednio – na Uniwersytecie w Paryżu i na Harwardzie. Praca ta została napisana w oparciu o rozległe i głębokie badania teorii konstytucyjnych głównych krajów Zachodu, kwerendę i lekturę publikacji w językach oryginalnych oraz analizę myśli najważniejszych konstytucjonalistów tamtych czasów[13]. Profesor Shijie Wang był głównym redaktorem projektu konstytucji Republiki Chin z roku 1936.

Spośród publikacji w języku chińskim pierwszą książką poświęconą zagranicznemu prawu prywatnemu była ogłoszona w roku 1902 praca zatytułowana „Historia socjalizmu" Tomasza Kirkupa przetłumaczona przez I.H. Hu. Do roku 1949 opublikowano w Chinach 1200 książek i 2500 artykułów z zakresu prawa prywatnego. Wiele z nich było wynikiem studiów prawnoporównawczych[14]. Praca Zuyina Li (1897–1963) zatytułowana „Porównawcze prawo cywilne. Część ogólna prawa zobowiązań" z 1933 roku reprezentowała najwyższy poziom chińskich badań z komparatystyki prawa prywatnego. Wiele nie ustępowały jej wcześniejsze prace, jak „Porównawcze kompendium kodeksu cywilnego" z 1916 roku pióra Chong-hui Wanga oraz „Porównawcza teoria prawa gospodarczego" z 1917 roku autorstwa Jiaju Wanga.

John Ching-hsiung Wu (1899–1986), wiodący przedstawiciel komparatystyki prawniczej tamtych

W języku chińskim pierwszą książką poświęconą zagranicznemu prawu prywatnemu była ogłoszona w roku 1902 praca zatytułowana „Historia socjalizmu" Tomasza Kirkupa przetłumaczona przez I.H. Hu.

„prawo porównawcze i historia miały istotny wpływ na rozwój prawa w Chinach, ale same nie wystarczają do rozwiązywania wyzwań współczesności. Mówiąc o rozwoju, nie można pominąć problemów interpretacji i stosowania prawa. Z problemami tymi boryka się na co dzień doktryna i orzecznictwo".

13 Shijie Wang, Duanshen Qian, *Bi Jiao Xian Fa* („Porównawcze prawo konstytucyjne"), 2010. Autorzy analizowali przy użyciu metody porównawczej poglądy wielu czołowych zagranicznych konstytucjonalistów, takich jak: A.V. Dicey, J. Bryce, G.D.H. Cole, H.J. Laski, L. Diguit, A. Esmein, D. Malberg, W. Burgess, F.J. Goodnow, P. Laband, G. Jellinek, O. Mayer i C. Schmitt. Zob. także: Jining Xiong, Qian Duan Shen, *Qian Duan Shen Ji Qi Bi Jiao Xian Fa* („Porównawcze prawo konstytucyjne"), „Bi Jiao Fa Yan Jiu" („Studia Prawa Porównawczego") 2008, vol. 2, s. 25.

14 Zob. Qinhua He, *Zhong Guo Jing Dai Min Shang Fa de Cheng Zhang* („Narodziny i rozwój współczesnego chińskiego prawa cywilnego i handlowego"), „Fa Shan Yuan Jiu" („Studia z Prawa i Biznesu") 2004, vol. 1.

czasów[15], opublikował szereg ważnych monografii i artykułów z zakresu filozofii prawa w perspektywie porównawczej[16]. Ponadto w roku 1940 została przetłumaczona na język chiński praca znanego włoskiego uczonego Luigiego Miragliego zatytułowana „Porównawcza filozofia prawa".

(2) Uczeni chińscy przywiązywali wówczas coraz większe znaczenie do teorii prawa porównawczego. Pierwszą poświęconą temu publikacją pióra chińskiego autora był artykuł z 1903 roku „Porównanie pięciu światowych systemów prawnych" Fazi Gonga ogłoszony w „Czasopiśmie Nauk Politycznych i Prawa" („Zheng Fa Xue Bao"). Do roku 1911 opublikowano jednak niewiele artykułów z zakresu prawa porównawczego. W okresie Republiki Chińskiej (1912–1949) sytuacja w tym względzie zmieniała się. W oparciu o niekompletne dane możemy przyjąć, że opublikowano wówczas około 150 artykułów poświęconych prawu porównawczemu. Najbardziej znane to: „Porównawcze studium angielskiego i niemieckiego prawa umów" Zhirang Zhanga z 1923 roku; „Porównawcze studium systemów warunkowego zwolnienia: Wielka Brytania i Francja" Renjie Lianga z 1923 roku; „Porównawcze spojrzenie na pięć światowych systemów prawnych" Zhiyin Menga, z 1923 roku; „Porównanie małżeństwa: prawo anglo-amerykańskie i chińskie" Zhuji Suna z 1924 roku; „Porównawcze studium warunkowego zwolnienia" Changqin Hu z 1925 roku; „Porównawcze studium umów w prawie chińskim i anglo-amerykańskim" Zhifenga Zhu z 1932 roku; „Porównawcze studium europejskiego i amerykańskiego systemu wyborczego" Jiongjin Tiana z 1933 roku; „Znaczenie współczesnego prawa porównawczego" Ziaoluo Suna z 1933 roku; „Porównawcze studium kar umownych" Qitai Zhanga z 1934 roku; „Porównanie systemów więziennictwa różnych krajów" Guifang Wanga z 1934 roku; „Studia prawa porównawczego" Dingchang Zhanga z 1937 roku. Ponadto w nauczaniu prawa uczeni chińscy często odwoływali się do zagranicznych instytucji, historii prawa i doktryn prawnych, porównując prawo chińskie z obcymi.

(3) Nastąpił znaczący rozwój nauczania prawa porównawczego. W licznych publicznych i prywatnych szkołach prawa oraz na specjalistycznych kursach zwiększyła się liczba zajęć poświęconych prawom obcym. Nadto istotną rolę w edukacji prawniczej odgrywały nadal prawo międzynarodowe i prawo rzymskie. Jako przedmiot do wyboru wprowadzono porównawczą historię prawa. Na wszystkich wydziałach prawa znaczących uniwersytetów, takich jak Peiying, Chaoyang i Soochow, wprowadzono wykłady z porównawczego prawa konstytucyjnego i porównawczego prawa cywilnego. Wybitni zagraniczni specjaliści, jak japoński uczony Taro Okada, amerykański sędzia Charles Sumner Lobingier czy angielski specjalista Louis Rhys Oxley Bevan, byli zapraszani przez czołowe chińskie wydziały prawa na wykłady o prawach obcych.

W owym czasie wiodące miejsce w Chinach zajmowały wydziały prawa uniwersytetów Chaoyang i Soochow. Pierwszy został założony w Pekinie w roku 1912. Skupił on uwagę na nauczaniu praw kontynentalnej Europy, przypisując duże znaczenie poznaniu praw skodyfikowanych. Większość jego wykładowców studiowała w Japonii[17] Szkoła prawa Uniwersytetu Soochow została założona w roku

15 Profesor John Ching-hsiung Wu uzyskał stopień naukowy doktora na Uniwersytecie Michigan w oparciu o rozprawę zatytułowaną *Readings from Ancient Chinese Codes and Other Sources of Chinese law and Legal Ideas*, „Michigan Law Review" 1921. Studiował filozofię prawa na uniwersytecie w Paryżu u Francoia Geny (1861–1956) oraz na uniwersytecie w Berlinie u Rudolpha Stammlera (1856–1938). Prowadził także badania na Uniwersytecie Harvarda, utrzymywał bliskie kontakty zawodowe z wiodącymi wówczas prawnikami amerykańskimi, takimi jak Roscoe Pound i sędzia Oliver Wendell Holmes.

16 Jego główne prace zostały ogłoszone po angielsku, jak w szczególności *Juristic Essays and Studies*, 1928; *Fountain of Justice: A Study in the Natural Law*, 1955; *Natural Law: A Comparative Study*, 1955; *Jurisprudence as a Cultural Study*, 1956; *Menciu's Philosophy of Human Nature and Natural Law*, 1957; *Natural Law and Democracy in China Philosophy*, 1957; *Chinese Legal Philosophy. A Brief History Survey*, 1958; *Cases and Materials on Jurisprudence*, 1958; *The Natural Law and Christian Civilization*, 1962; *The Philosophy of Natural Law: A Comparative Study*, 1975.

17 Zhihong Qiu, *Chao Yang Da Xue Fa Lü Jiao Yu Chu Tang-Jiang Lun Ming Guo Shi Qi Bei Jing Lü Shi de Xing Cheng* („Studia z zakresu kształcenia prawników na Uniwersytecie Chaoyang:

1906 w Szanghaju przez ruch misyjny amerykańskich chrześcijan. Była to jedyna w ówczesnych Chinach szkoła prawa oferująca poznanie prawa anglo-amerykańskiego, stosująca kazuistyczną metodę nauczania i pozostająca w bardzo bliskich kontaktach z amerykańskimi prawnikami i tamtejszymi szkołami prawa. Nazwę szkoły prawa Uniwersytetu Soochow zmieniono w roku 1915 na Porównawcza Szkoła Prawa Uniwersytetu Soochow (*Comparative Law School of Soochow University* – CLS). Za cel przyjęto w niej umożliwienie studentom poznania podstawowych zasad i teoretycznych założeń wiodących na świecie porządków prawnych[18]. Wielu wybitnych chińskich specjalistów prawa porównawczego ukończyło studia na CLS, jak na przykład John Ching-hsiung Wu (1899–1986), Handian Pang (ur. w 1920 r. wiodący specjalista prawa porównawczego na Wschodniochińskim Uniwersytecie Nauk Politycznych i Prawa) i sędzia Zhenyu Ni (1906–2003), który był członkiem Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości w Hadze, a nadto występował jako reprezentant Chin przed Międzynarodowym Trybunałem Wojennym dla Dalekiego Wschodu w Tokio, który osądzał zbrodnie wojenne popełnione przez przywódców i obywateli Japonii.

Ogłoszony przez rząd Republiki Chińskiej w roku 1938 program studiów prawniczych zawierał prawo porównawcze jako przedmiot obejmujący takie gałęzie, jak prawo konstytucyjne, cywilne, karne oraz komparatystykę systemów sądownictwa.

Ogłoszony przez rząd Republiki Chińskiej w roku 1938 program studiów prawniczych zawierał prawo porównawcze jako przedmiot obejmujący takie gałęzie, jak prawo konstytucyjne, cywilne, karne oraz komparatystykę systemów sądownictwa. Był to pierwszy przypadek oficjalnego włączenia prawa porównawczego do edukacji prawniczej w Chinach.

(4) Powstawały instytuty, czasopisma, towarzystwa naukowe prawa porównawczego – i stawały się ważną platformą dla rozwijania tych badań. W Szanghaju

wykształcenie adwokata w Pekinie w Republice Chińskiej"), „Shi Ling" („Studia Historyczne") 2008, vol. 2, s. 23.

18 „Chociaż w tamtych czasach inne szkoły w Chinach również prowadziły kursy z zakresu prawa porównawczego, tylko niektóre czyniły to w tak szeroki i pogłębiony sposób jak CLS. W szkole tej w latach 30. komparatystyka stanowiła aż jedną trzecią programu studiów. Przykładowo w 1934 roku program CLS obejmował wykłady z zakresu: 1) prawa chińskiego, 2) współczesnych praw na kontynencie europejskim (prawo francuskie, niemieckie i sowieckie), 3) prawo anglo-amerykańskie, 4) prawo rzymskie, 5) prawo prywatne i prawo prywatne międzynarodowe. Od studentów wymagano zdobycia wiedzy nie tylko z zakresu prawa rzymskiego i opanowania prawniczej łaciny, ale także znajomości prawa cywilnego państw europejskich (Niemiec lub Francji). Były to przedmioty obowiązkowe. Opcjonalnie istniała także możliwość uczestnictwa w kursie powszechnej historii prawa oraz porównawczego prawa karnego. Wszystkie wykłady uwzględniały tak współcześnie obowiązujące regulacje, jak i już uchylone. Aspekt komparatystyczny miał więc zarówno wyraz horyzontalny (porównywanie obecnych regulacji), jak i wertykalny (odniesienie do historii)" – por. A.W. Conner, *Training China's Early Modern Lawyers: Soochow University Law School*, „Journal of Chinese Law" 1994, vol. 8, s. 1–47.

w roku 1913 powstało pierwsze towarzystwo naukowe prawa porównawczego, którego przewodniczącym wybrano Chonghui Wanga. W 1922 roku rozpoczęto wydawanie na CSL pierwszego czasopisma poświęconego prawu porównawczemu, którym był „Kwartalnik Prawa" („Fa Xue Ji Kang") – przy czym nazwę zmieniono później na „Czasopismo Prawa" („Fa Xue Zha Zhi"). W tym samym roku, również w Soochow powstało anglojęzyczne czasopismo prawnoporównawcze zatytułowane „China Law Review". Na łamach obu tych czasopism ogłoszono wiele ważnych artykułów z zakresu komparatystyki prawniczej. Nieco później, w 1927 roku w Soochow powołano do życia pierwszy instytut prawa porównawczego.

IV. Okres regresu (1949–1979)

W okresie od roku 1949 do początku lat 60. dwudziestego wieku, a więc już po powstaniu Chińskiej Republiki Ludowej, Chiny odrzuciły dawny system prawny i próbowały ustanowić socjalistyczny porządek w tej dziedzinie. Studia porównawcze zostały skierowane na prawo Związku Sowieckiego. Na język chiński przetłumaczono wiele radzieckich prac prawniczych. Prawo porównawcze pozostało, ale ideologiczna niechęć do studiowania prawa sprawiła, że jego rozwój został zatrzymany. I tak w końcu lat 50. uznawano, że komparatystyka prawnicza przestała istnieć. W 1957 roku sędzia Zhenyu Ni wezwał otwarcie do „ocalenia prawa porównawczego", jednak jego starania okazały się daremne i nie dotarły do opinii publicznej. W okresie rewolucji kulturalnej (1966–1976) nihilizm prawny osiągnął szczyty. Całkowicie przerwano nauczanie prawa i poświęcone mu badania. To zdławiło także komparatystykę prawniczą w Chinach.

V. Okres prosperity (od 1979 do dziś)

W 1978 roku Chiny rozpoczęły reformy gospodarcze i przyjęły politykę otwartości. Odrodziły się studia prawa porównawczego. Następująca od lat 90. ubiegłego stulecia stopniowa globalizacja gospodarki światowej dała impuls do wielkiego rozwoju studiów prawa porównawczego w Chinach. Złożyło się na to kilka czynników.

Po pierwsze, prawodawca chiński skierował uwagę na dobre zagraniczne doświadczenia legislacyjne. Dzięki reformom i zmianie nastawienia większość prawa, w tym niemal wszystkie przyjęte w tym czasie ustawy, przygotowano w oparciu o poznanie i badanie prawa obcego. Na przykład perspektywa porównawcza była intensywnie wykorzystywana przy nowelizacji chińskiego prawa konstytucyjnego w roku 1982. Po przeprowadzeniu intensywnych badań komparatystycznych oraz miejscowych realiów Narodowy Kongres Ludowy Chin uchwalił nowoczesną konstytucję, w której przyjęte zostały typowe zachodnie pojęcia prawne, w tym m.in. podstawowe prawa i obowiązki obywatelskie, prawo azylu czy niezawisłość sądów. Nowelizacja konstytucji z 1999 roku przewidywała, że praworządność ma być konstytucyjną zasadą rządzenia państwem, zaś w ramach kolejnej zmiany – przeprowadzonej pięć lat później – jasno wskazano, że konstytucyjnej ochronie podlegają własność prywatna, prawo do dziedziczenia i prawa człowieka, przy znaczącym uwzględnieniu pozytywnych obcych doświadczeń w zakresie sprawowania władzy i wzięciu pod uwagę międzynarodowych tendencji co do ochrony praw człowieka. W zakresie prawodawstwa cywilnego i handlowego, po przystąpieniu Chińskiej Republiki Ludowej do Światowej

W 1957 roku sędzia Zhenyu Ni wezwał otwarcie do „ocalenia prawa porównawczego", jednak jego starania okazały się daremne i nie dotarły do opinii publicznej.

Organizacji Handlu (ang. *Word Trade Organization* – WTO), następowało coraz intensywniejsze przyjmowanie rozwiązań odpowiadających typowym postanowieniom i zwyczajom międzynarodowej praktyki handlowej. Szereg regulacji szczegółowych, jak przykładowo prawo ochrony środowiska, prawo pracy, prawo morskie, prawo handlowe, prawo rzeczowe, prawo czynów niedozwolonych, prawo konsumenckie, prawo własności intelektualnej, było przyjmowanych przy rozważeniu praw obcych.

W 1978 roku Chiny rozpoczęły reformy gospodarcze i przyjęły politykę otwartości. Odrodziły się studia prawa porównawczego.

Po drugie, odżyło nauczanie i badanie prawa porównawczego. Wykład zatytułowany „Wprowadzenie do prawa porównawczego" został uruchomiony na początku lat 80. i włączony do programów studiów głównych wydziałów prawa w Chinach. Wschodniochiński Uniwersytet Nauk Politycznych i Prawa (ECUPL) powołał w 1985 roku instytut badania prawa porównawczego, a rok później także instytut badania prawa obcego. W roku 1988 obie te jednostki zostały połączone jako instytucja pod nazwą Instytut Prawa Porównawczego. Był to pierwszy ośrodek prawniczych badań komparatystycznych w Chińskiej Republice Ludowej. Został on podzielony na zespoły badawcze stosownie do typologii rodzin prawnych – na *civil law*, *common law*, prawo skandynawskie, prawo radzieckie i Europy Wschodniej, prawo japońskie, islamskie i indyjskie.

Nawiązując do tradycji pierwszego instytutu prawa porównawczego, ECUPL utworzył w 1998 roku Instytut Badań Prawa Niemieckiego, w 1999 roku Instytut Badań Prawa Rzymskiego. W roku 2004 rozpoczął się nabór na studia drugiego stopnia, przede wszystkim w zakresie prawa porównawczego w chińsko-niemieckiej oraz w chińsko-amerykańskiej szkole prawa. W ten sposób ECUPL stał się wiodącym na polu prawa porównawczego chińskim uniwersytetem. Od roku 2004 zorganizowano na nim szereg znaczących konferencji międzynarodowych poświęconych prawu porównawczemu, rozwinięto wymianę i współpracę z wieloma ośrodkami zagranicznymi[19]; dużą wagę do nauczania i badania prawa porównawczego przywiązuje wiele innych uniwersytetów chińskich.

Po trzecie, rośnie liczba monografii i artykułów poświęconych komparatystyce prawniczej. Od połowy lat 80. przetłumaczono na język chiński ponad 50 wyróżniających się w prawniczej literaturze światowej monografii poświęconych prawu porównawczemu[20].

19 Centrum Badań Prawa Rzymskiego i Europejskiego utworzone na ECUPL zorganizowało z sukcesem kilka dużych międzynarodowych sympozjów: *Real Rights: Historical Experiences and Modern Development and Comparative Prospectives in the Continental Legal System* (7–8 kwietnia 2007); *Codification, Decodification, Anti-Codification of Civil Law* (2–3 kwietnia 2010); *Legal Protection of Personality Rights: Historical Foundation, Contemporary Development and Challenges* (16 października 2010). W konferencjach uczestniczyło wielu znamienitych prawników z całego świata.

20 Wśród nich: R. Rodière, *Introduction au droit comparé*, Paris 1979; K. Zweigert, H. Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, Tübingen 1984; R. David, *Les grand systems de droit contemporain*, Paris 1982; R. David, *English Law and French Law: a Comparison in Substance*, London 1980; M.A. Glendon, M.W. Gordon, P. Wright-Carozza, *Comparative Legal Traditions*, Hong Kong 1999; J.H. Wigmore, *A Panorama of the World's Legal Systems*, Washington 1936; J.H. Merryman, *The Civil Law Tradition. An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin Amierica*, Stanford 1984; A. Watson, The *Making of the Civil Law*, Cambridge, Mass. 1981; B. Grossfield, *The Strength and Weakness of Comparative Law*, Oxford 1990; W. Ehrmann, *Comparative Legal Culture*, New York 1976. W toku jest tłumaczenie z języka włoskiego na chiński dzieła Rodolfo Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, Torino 2001.

Obok tego rodzaju przekładów uczeni chińscy, poczynając od początku lat 90., przetłumaczyli ponad 800 zagranicznych prac prawniczych[21]. Ponadto autorzy chińscy opublikowali wiele prac z zakresu komparatystyki prawniczej. Największym autorytetem spośród dzieł tego rodzaju cieszy się monografia Zonglinga Shena z 1987 roku zatytułowana „Ogólne wprowadzenie do prawa porównawczego"[22]. Od 2001 roku istnieje seria wydawnicza, w której ogłaszane się prace autorów chińskich mające za przedmiot porównywanie systemów sądownictwa, prawa karnego, konstytucyjnego, systemów politycznych itd.

Nawiązując do tradycji pierwszego instytutu prawa porównawczego, ECUPL utworzył w 1998 roku Instytut Badań Prawa Niemieckiego, w 1999 roku Instytut Badań Prawa Rzymskiego.

W okresie od 1978 do 2000 roku opublikowano łącznie 1382 artykuły z zakresu prawa porównawczego[23]. Według niepełnych danych statystycznych między rokiem 2000 a październikiem 2013 roku ogłoszono ponad 1700 artykułów z tego obszaru. Uczeni chińscy stworzyli własne czasopisma poświęcone komparatystyce prawniczej. Najważniejszymi spośród nich są „Czasopismo Studiów nad Prawem Porównawczym" utworzone w roku 1987 przez Wschodniochiński Uniwersytet Nauk Politycznych i Prawa oraz „Światowy Przegląd Prawniczy" uruchomiony w roku 2000 przez Instytut Prawa Chińskiej Akademii Nauk Społecznych. W istocie „Światowy Przegląd Prawniczy" nawiązuje do tradycji powstałego w roku 1976 w tym samym instytucie czasopisma prawniczego o zmieniających się tytułach, którego celem jest promowanie studiów prawa obcego. Oba wskazane czasopisma stanowią podstawowe łamy dla chińskich publikacji z zakresu prawa porównawczego i wywierają istotny wpływ na chińskie środowisko naukowe.

21 Chińskie tłumaczenia prac poświęconych prawu porównawczemu i obcemu zwykle wydawane są w ramach specjalnych serii. Najważniejsze spośród nich obejmują: tłumaczenia na język chiński dobrze znanych na świecie dzieł akademickich (od roku 1981); tłumaczenia prawa obcego (od roku 1991); tłumaczenia szeroko znanych dzieł prawa publicznego (od roku 1999); współczesne klasyczne dzieła prawnicze (od roku 1990); klasyczne książki współczesnego prawa niemieckiego (od roku 1998); prawo porównawcze (od roku 2001); tłumaczenia znanych na świecie książek prawniczych (od roku 2001); „zbiór prawa obcego i porównawczego" (od roku 2008). Ponadto autor tego artykułu rozpoczął w roku 2014 wydawanie serii obejmującej chińskie tłumaczenia klasycznych książek o prawie włoskim.

22 Jako przykłady innych znaczących chińskich dzieł z zakresu prawa porównawczego można wskazać poprzez tłumaczenie tytułów na język polski prace: Daying Wu, Yun Zheng Ren, *Porównawcze studia legislacji* (1981); Dayin Wu, Bing Xu, *Podstawowe wiadomości o prawie porównawczym* (1987); Huahui He, *System konstytucyjny porównawczo* (1988); Ge Gao, *System prawa karnego porównawczo* (1991); Zhongling Sheng, Chenguang Wang, *Nowe tendencje w rozwoju prawa porównawczego* (1993); Shuangyuan Li, *Porównawcze prawo cywilne* (1998); Zhaoxing Liu, *Prawo porównawcze* (2004); Xiuqin Li, *Prawo porównawcze w dwudziestym stuleciu* (2006); Jian Mi, *Urzeczywistnienie cnoty poprzez prawo. Zbiór porównawczego prawa cywilnego i handlowego* (2006); Maozheng Ni, *Przegląd prawa porównawczego* (2006); Jingwen Zhu, *Ogólne wprowadzenie do prawa porównawczego* (2008); Shizhong Zhou, *Prawo porównawcze* (2010); Zhujun Zheng, *Ogólne wprowadzenie do prawa porównawczego* (2010); Qinhua He, *Historia prawa porównawczego* (2011).

23 Co do listy tych publikacji zob. Xiuqin Li, *Er Shi Shi Ji Bi Jiao Fa Xue* („Prawo porównawcze w dwudziestym stuleciu"), 2004, s. 464–538.

W końcu w tym okresie powstało Chińskie Towarzystwo Prawa Porównawczego, które znacząco przyczyniło się do rozwoju badań i wymiany międzynarodowej. Najpierw jednak w 1990 roku powstało Stowarzyszenie Badań Prawa Porównawczego jako część Chińskiego Towarzystwa Naukowego. Jego pierwszym przewodniczącym został profesor Ping Jiang, ur. w 1931 r. słynny dziś prawnik, były rektor Wschodniochińskiego Uniwersytetu Nauk Politycznych i Prawa. Prawo porównawcze zostało uznane w Chinach za samodzielną dyscyplinę, która zyskała wysoki prestiż akademicki i społeczny. W 2010 roku Stowarzyszenie Badań Prawa Porównawczego wyodrębniło się z Chińskiego Towarzystwa Naukowego, przyjmując oficjalną nazwę Chińskie Towarzystwo Prawa Porównawczego. Uzyskało w ten sposób znaczną autonomię i skupiając ponad 200 członków, intensywnie kontynuuje współpracę akademicką z zagranicą[24]. Obecnie na czele Chińskiego Towarzystwa Prawa Porównawczego stoi prof. Zhaoxing Liu (ur. w 1941 r.) z Chińskiej Akademii Nauk Społecznych. Z bogatej wcześniejszej aktywności Stowarzyszenia Badań Prawa Porównawczego szczególne znaczenie zyskało zorganizowane w roku 2005 w Pekinie wspólnie z UNESCO i Międzynarodową Akademią Prawa Porównawczego sympozjum zatytułowane „Prawo porównawcze z perspektywy globalizacji prawa", z udziałem m.in. Rodolfo Sacco, oraz 22. Światowa Konferencja Prawa, która odbyła się w tym samym roku w Pekinie i Szanghaju.

VI. Uwagi końcowe

Obecne badania z zakresu prawa porównawczego w Chinach kontynentalnych dokonały znaczącego postępu i wniosły istotny wkład w modernizację chińskiego systemu prawnego. Ciągle jednak pozostają w tyle za innym krajami. Chińscy badacze nadal mają trudności z bezpośrednim dostępem do materiałów i informacji. Poznanie poszczególnych systemów prawnych i zjawisk prawnych w kulturowej oraz historycznej perspektywie nie doczekało się jeszcze pogłębionych analiz. W porównaniu do krajów rozwiniętych jest w tej materii sporo luk. Zatem Chiny mają w tym zakresie jeszcze do pokonania długą drogę.

Obecne badania z zakresu prawa porównawczego w Chinach kontynentalnych dokonały znaczącego postępu i wniosły istotny wkład w modernizację chińskiego systemu prawnego. Ciągle jednak pozostają w tyle za innym krajami.

Tłumaczenia z języka angielskiego dokonali Jan Andrzejewski i Wojciech Dajczak. Transkrypcja nazwisk, nazw i tytułów chińskich podana została we wskazanym przez autora brzmieniu. Zachowano przyjęty w tekście angielskim opis bibliograficzny publikacji chińskich, ale pominięto nazwy chińskich wydawnictw. Angielskie tłumaczenia tytułów chińskich publikacji zostały przełożone na język polski. Nazwy własne z historii Chin podawane są zgodnie z ustaloną polską praktyką językową. W przypadku szkoły o nazwie Tongwen Guan (同文馆) dla uniknięcia wieloznaczności poprzestaliśmy na podaniu nazwy angielskiej.

24 Przykładowo: wspólnie z francuską *Counseil d'Etat* przeprowadzono w lipcu 2011 roku w Paryżu międzynarodowe sympozjum zatytułowane „Istota sprawiedliwości". Przedstawiciele Towarzystwa uczestniczyli w Kongresie Międzynarodowej Akademii Prawa Porównawczego zatytułowanym „Codification", w dniach 14–16 maja 2012 roku w Taipei.

Jan Rudnicki

Gdzie szukać rzeczy niczyich, czyli do czego służy kodeks cywilny

Jan Rudnicki

Doktor nauk prawnych, adiunkt w Zakładzie Europejskiej Tradycji Prawnej Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego. Jego zainteresowania naukowe koncentrują się wokół problematyki tradycji, aksjologii i roli w systemie poszczególnych instytucji prawa prywatnego i wywodzących się z nich instytucji prawa międzynarodowego. Przedmiotem jego studiów są również zagadnienia z pogranicza prawa publicznego oraz doktryn politycznych i prawnych.

Where to Find Ownerless Things, or What the Civil Code is for?

Contemporary Polish provisions concerning appropriation – art. 180 and 181 of the Civil Code – are very closely based on the Roman law. The one, but crucial, deviation is the narrowing of the category of ownerless things. In the historical process many types of things that could be appropriated by the ancient Romans, such as war bounties or wild game, were excluded from that tier. Today the category of ownerless things is virtually empty inasmuch as significant representatives thereof are meteorites, ambers and garbage. However, in many jurisdictions around the world the ownership of meteorites is separately regulated, and this legislative tendency is embodied in the European Union's waste directive, which calls into question the ownerless statute of garbage. Academics embroiled in research of these issues tend to look for answers in the specific provisions in the first place, using the Civil Code almost as an all-encompassing source of law. It is these examples and tendencies that demonstrate how far the decodification of the civil law has proceeded. The Civil Code provisions in issue, although originally meant to be sufficient to determine whether a thing can be appropriated or not, in fact have reached a point of being almost utterly absolved of its normative content. It appears that notwithstanding the generic character of the dispute pertaining to the acquisition of property it is inevitable to lead evidence and seek answers outside the code.

Stwierdzenie, że obowiązujące przepisy kodeksu cywilnego[1] regulujące problematykę zawłaszczenia pozostają w zasadzie niezmienione od początku istnienia tego aktu prawnego[2], jest całko-

1 Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (tekst jedn. Dz.U. z 2014 r., poz. 121 z późn. zm.).

2 Oczywiście należy wspomnieć o tym, że wskutek wydania przez Trybunał Konstytucyjny wyroku z dnia 15 marca 2005 r. (Dz.U. nr 48, poz. 462) stracił moc art. 179, poprzedzający przepisy dotyczące zawłaszczenia, stanowiący o skutkach zrzeczenia się

witym truizmem. Wchodząc natomiast na poziom analizy historycznej, można dostrzec również to, iż wyrażają one sposób myślenia o zawłaszczeniu niezmieniony od czasów rzymskich. W przekazanym nam przez justyniańskich kompilatorów fragmencie dzieła *Res cottidianae* Gaius wskazuje, że to, co jest niczyje, zgodnie z samą naturą może zostać zawłaszczone[3]. Ulpian natomiast w swoim komentarzu do edyktu podkreślił, że rzecz, którą porzucimy, natychmiast przestaje być nasza i staje się własnością pierwszej osoby, która ją zawłaszczy[4]. Rzymscy juryści wyraźnie sformułowali więc tezy, z których i my dziś wyprowadzamy główne założenie instytucji *occupatio*: zawłaszczeniu podlegają wszelkie rzeczy niczyje, w tym również te, które stały się niczyje wskutek porzucenia. Artykuły 180 i 181 k.c. opierają się całkowicie właśnie na tym niezmienionym mimo upływu wieków założeniu.

Rzymscy juryści wyraźnie sformułowali tezy, z których i my dziś wyprowadzamy główne założenie instytucji *occupatio*: zawłaszczeniu podlegają wszelkie rzeczy niczyje, w tym również te, które stały się niczyje wskutek porzucenia.

Celem niniejszego artykułu jest w pierwszej kolejności dokonanie analizy rzeczywistego zakresu normowania wskazanych przepisów, czyli *de facto* ustalenie zakresu pojęcia „rzecz niczyja". Punktem wyjścia do analizy będzie katalog rzeczy niczyich w rzymskich źródłach prawniczych, gdyż późniejszy rozwój prawa prywatnego katalogu tego nie rozszerzył niemal w ogóle – oprócz istotnego współcześnie wyjątku, jakim są meteoryty. Analiza stanowić ma podstawę do odpowiedzi na zasadnicze pytanie: czy na podstawie art. 180 i 181 k.c. można choćby w zasadniczych zrębach wskazać rzeczywisty zakres zawłaszczenia, czy też punkt ciężkości tej instytucji przeniósł się już poza kodeks? Rozstrzygnięcie tej wątpliwości ma z kolei stać się przyczynkiem do postawienia szerszych hipotez, dotyczących rzeczywistej roli niektórych norm kodeksowych oraz sposobu ich rozumienia przez prawników w coraz bardziej zdekodyfikowanej rzeczywistości. Tym samym problematyka rzeczy niczyich służyć ma tu przede wszystkim za przykład potwierdzający w sposób dość jednoznaczny zachodzenie zjawiska obejmującego cały kodeks cywilny i całe prawo prywatne.

1. Konieczność doprecyzowania pojęcia rzeczy niczyjej

Z porównania treści art. 180 i 181 k.c. z powołanymi na wstępie źródłami rzymskimi można wysnuć prosty wniosek, że kodeksowa regulacja zawłaszczenia jest bez wątpienia bardzo romanistyczna, w zasadzie całkowicie zgodna treściowo z ujęciem tego sposobu nabycia własności przez Gajusa i Ulpiana. Zmienny natomiast był i jest do dzisiaj katalog rzeczy, które w danej rzeczywistości społecznej i gospodarczej mogą zostać uznane przez prawo za niczyje i w konsekwencji podlegające zawłaszczeniu.

własności nieruchomości. Trudno jednak uznać, aby przepis ten dotyczył zawłaszczenia, któremu w prawie polskim podlegają tylko ruchomości.

3 D. 41.1.3 pr. *Gaius libro secundo rerum cottidianarum sive aureorum: Quod enim nullius est, id ratione naturali occupanti conceditur.*

4 D. 41.7.1. *Ulpianus libro 12 ad edictum: Si res pro derelicto habita sit, statim nostra esse desinit et occupantis statim fit, quia isdem modis res desinunt esse nostrae, quibus adquiruntur.*

Co do zasady zawsze można dokonać podziału rzeczy niczyich na te, które nigdy nie stanowiły przedmiotu prawa własności (rzeczy pierwotnie niczyje), oraz rzeczy porzucone. O ile zatem w świetle kodeksu cywilnego wydawać się może oczywiste, że porzucić można każdą ruchomość, o tyle ustalenie katalogu rzeczy pierwotnie niczyich wymaga pogłębionej analizy zarówno samego pojęcia, jak i w zasadzie całego systemu prawnego. Rzymianie sformułowali kilka reguł ogólnych mających wskazywać, jakie rzeczy uważane są za pierwotnie niczyje, określając nimi „to wszystko, co chwyta się na ziemi, w morzu i w powietrzu"[5] czy też „to, co zabiera się od nieprzyjaciół"[6], jednak także w tej materii uprawiali swoją ulubioną kazuistykę. Możemy zatem znaleźć w *Digestach* rozważania o tym, czym natura gołębi czy pawi różni się od natury kur[7], zapewne istotnych z punktu widzenia ówczesnej gospodarki.

W kodeksach cywilnych pozostało rzecz jasna niewiele śladów tej rzymskiej kazuistyki, co wynika z samego założenia kodeksu jako aktu generalnego i abstrakcyjnego, jednakże do dziś znaleźć można przecież w polskim kodeksie ulubiony przez studentów prawa, obszerny na tle pozostałych przepisów odnoszących się do zawłaszczenia, art. 182, poświęcony pszczołom. Trudno zapewne rozstrzygnąć, czy obecność pszczoły w kodeksie – jako jedynego zresztą bezpośrednio wymienionego gatunku zwierzęcia – uzasadniona jest specyfiką pszczelarstwa i koniecznością zastosowania szczególnej regulacji, czy też raczej zdecydowała o tym siła tradycji. Gaius wskazywał bowiem na zwierzęta, „które z nawyku zwykły oddalać się i powracać", wymieniając jako takie przykładowo gołębie, pszczoły i jelenie. Przekazana przez jurystę rzymska reguła głosiła, że jeśli zwierzęta takie utracą „nawyk powrotu", stają się niczyje i mogą zostać zawłaszczone[8]. W zachowanym w *Digestach* fragmencie wspomnianych wyżej *Res cotidianae* oraz w *Instytucjach* Justyniana pojawia się również problem ścigania roju[9]. Bezpośrednimi pierwowzorami art. 182 k.c. zdają się być § 384 kodeksu austriackiego (*Allgemeine Bürgerliches Gesetzbuch* – ABGB) traktujący o domowych rojach pszczół i innych zwierzętach domowych oraz § 961–964 kodeksu niemieckiego (*Bürgerliches Gesetzbuch* – BGB); nie ma natomiast ani słowa o pszczołach w Kodeksie Napoleona, choć poświęca on sporo uwagi zwierzętom, nie tylko wskazując je *expressis verbis* w art. 528 jako dobra ruchome, w art. 564 regulując problematykę nabycia własności gołębi, królików i ryb, ale także odnosząc do nich szczególne regulacje, zwłaszcza na polu kontraktów. Pszczoły są zatem w obecnym prawie polskim jedyną bezpośrednią pozostałością po niezwykle rozbudowanych i szczegółowych rzymskich rozważaniach na temat rzeczy niczyich, które kodeks cywilny stara się zamknąć przede wszystkim w dwóch lapidarnych artykułach.

Wracając do problematyki rzeczy niczyich w ogólności, należy podkreślić, że charakter polskich przepisów kodeksowych odnoszących się do nabycia własności, jak i kodeksu cywilnego w ogólności, z góry przesądza o tym, że w celu określenia katalogu rzeczy niczyich konieczne jest sięgnięcie do innych regulacji prawnych. Warto w tym miejscu wrócić do zarania zjawiska kodeksu. W pierwotnym brzmieniu § 382 ABGB wskazywał, że „rzeczy niczyje każdy członek państwa przez objęcie nabywać może, o ile wolność ta ustawami politycznemi nie jest ograniczoną"[10]. Kolejny paragraf stanowił wprost, że takimi „ustawami politycznemi" – a więc, powiedzielibyśmy dziś, dotyczącymi prawa publicznego – są zwłaszcza akty prawne dotyczące łowiectwa[11]. Polski kodeks cywilny tego

5 G. 2.66: „omnia quae terra mai caelo capiuntur".

6 G. 2.69: „Ea, quae ex hoistibus capiuntur, naturali ratione nostra fiunt".

7 D. 41.1.5.5–6.

8 G. 2.68: „In iis autem animalibus, quae ex consuetudine abire et redire solent, veluti columbis et apibus, item cer vis, qui in silvas sire et redire solent, talem habemus regulam traditam, ut si reverendi animum habere desierint, etiam nostra esse desinant et fiant occupantium: reverendi autem animum videntur desinere habere cum revertendi consuetudinem deseruerint".

9 D. 41.1.5.4; I. 2.1.14.

10 Tłumaczenie za I.S. Czemeryński, *Powszechne prawo prywatne austryackie*, t. 1, Kraków 1861–1865, s. 214.

11 W czasach obowiązywania w Galicji kodeksu austriackiego szczególne ustawy łowieckie określały podmioty, którym służyło prawo polowania. Jednakże ptaki niestanowiące zwierzyny łownej, jak również „zwierzęta szkodliwe" i owady

typu wyraźnych wskazań już nie zawiera. Podkreśla jedynie, że zawłaszczeniu podlegają tylko rzeczy ruchome[12]; rozwiewa zarazem mogące powstać wątpliwości odnośnie do ewentualnego zaliczenia w poczet rzeczy niczyich np. rzeczy zgubionych (art. 183–188 k.c.) oraz skarbu (art. 189 k.c.). Konieczność doprecyzowania pojęcia rzeczy niczyjej w oparciu o ustawy szczególne nie podlega żadnym wątpliwościom. Dla naszych rozważań znaczenie ma jednak to, jak wiele takich ustaw istnieje, czy są w tym zakresie koherentne z kodeksem oraz w jaki sposób do zagadnienia podchodzi doktryna prawnicza.

Konieczność doprecyzowania pojęcia rzeczy niczyjej w oparciu o ustawy szczególne nie podlega żadnym wątpliwościom. Dla naszych rozważań znaczenie ma jednak to, jak wiele takich ustaw istnieje, czy są w tym zakresie koherentne z kodeksem oraz w jaki sposób do zagadnienia podchodzi doktryna prawnicza.

2. *Od* res nullius *przez* regale *do „dereifikacji”*

Interpretacja pojęcia rzeczy niczyjej szybko doprowadzić może do wniosku, który sformułował Paweł Księżak, wskazując, że „kategoria rzeczy, które nigdy nie stanowiły przedmiotu własności, kiedyś niezwykle szeroka, obecnie uległa tak dalekiemu ograniczeniu, że można mieć wątpliwości, czy w ogóle zawiera ona jakiekolwiek istotne desygnaty”[13]. W stosunku do tego, jakie rzeczy uchodziły za niczyje w oczach Rzymian, istotne zmiany nastąpiły już w średniowieczu, wraz z powstaniem instytucji regale monarszego, która przetrwała bardzo długo w postaci różnych gospodarczych monopoli, przeniesionych jedynie z osoby władcy na abstrakcyjny byt, jakim stało się nowoczesne państwo[14]. Wskazany powyżej § 382 ABGB, wspominający o ustawodawstwie łowieckim, idzie właśnie tym tropem. Bardzo romanistyczny natomiast kodeks niemiecki normuje wyraźnie sytuację dzikich zwierząt, stwierdzając, że są niczyje, dopóki znajdują się na wolności – § 960 zdanie pierwsze BGB.

Współcześnie w Polsce prawnorzeczowa sytuacja dzikich zwierząt nie jest do końca jasna, głównie z powodu braku wyraźnego wskazania na nią w kodeksie cywilnym oraz mało konsekwentnego posługiwania się terminami w ustawach szczególnych. O ile bowiem według ustawy z dnia 13 października

nie podlegały tym regulacjom i podlegały zawłaszczeniu. S. Wróblewski, *Powszechny austryacki kodeks cywilny z uzupełniającemi ustawami i rozporządzeniami objaśniony orzeczeniami sądu najwyższego*, Kraków 1914, s. 322.

12 Tym samym niemożliwe byłoby zawłaszczenie nowo powstałej na morzu wyspy (*insula in mari nata*), jak również porzuconej nieruchomości, jak najbardziej brane pod uwagę przez jurystów rzymskich (D. 41.1.7.3; I. 2.1.22; D. 41.7.2.pr.).

13 P. Księżak, *Rzeczy niczyje*, „Rejent” 2005, nr 4 (168), s. 61.

14 W kontekście austriackim S. Wróblewski wskazuje na istnienie „regału górniczego”, wyłączającego możliwość jakiegokolwiek nabycia, również drogą okupacji, wyszczególnionych minerałów. S. Wróblewski, *Powszechny austryacki kodeks…*, dz. cyt., s. 321.

1995 r. – Prawo łowieckie[15] zwierzęta łowne w stanie wolnym jako dobro ogólnonarodowe stanowią własność Skarbu Państwa, o tyle ustawa z dnia 21 sierpnia 1997 r. o ochronie zwierząt[16] (dalej: u.o.z.) stwierdza w art. 21 ust. 1, że zwierzęta wolno żyjące stanowią dobro ogólnonarodowe, ale nie precyzuje ich statusu własnościowego. Warto też wskazać, że także na gruncie poprzednio obowiązującej ustawy łowieckiej[17] uznawano, że pojęcia własności w kontekście prawa Skarbu Państwa do zwierzyny łownej użyto w szerokim, konstytucyjnym znaczeniu i oznaczało ono swoiste prawo majątkowe – inne niż własność[18]. Sąd Najwyższy, orzekając zgodnie z poprzednio obowiązującymi przepisami, sformułował na ich tle akceptowany do dziś pogląd, że zwierzęta w stanie wolnym, niebędące zwierzyną łowną, nie są przedmiotem niczyjego prawa własności. Jednocześnie nie są one również rzeczami, stanowią więc przedmioty materialne niczyje i jako takie mogą zostać zawłaszczone, stając się w momencie zawłaszczenia rzeczami[19]. Pogląd ten został częściowo zdezaktualizowany przez art. 1 u.o.z., wyłączający w ogóle zwierzęta z kategorii rzeczy (tzw. zasada dereifikacji zwierząt). Zwierzęta wodne natomiast stanowią zgodnie z przepisami odpowiednich ustaw[20] pożytki wód, w których żyją. To jednoznaczne wskazanie na sposób, w jaki można nabyć władztwo nad zwierzęciem wodnym, skutkuje automatycznym wykluczeniem możliwości zawłaszczenia. Można zatem stwierdzić, że status prawnorzeczowy zwierząt jest obecnie bardzo skomplikowany i w ramach tego artykułu trudno byłoby w sposób jednoznaczny go rozstrzygnąć. Mieczysław Goettel, autor monografii pod znamiennym tytułem *Sytuacja zwierzęcia w prawie cywilnym*, definiuje zwierzę jako „samoistne (z niewielkimi wyjątkami) dobro materialne, do którego w sprawach nieuregulowanych w ustawie o ochronie zwierząt mają zastosowanie odpowiednio przepisy o rzeczy”[21], ale zarazem stwierdza, że „zastosowanie mechanizmu dereifikacji budzi w tym zakresie [statusu prawnorzeczowego zwierząt] liczne kontrowersje, z których nie zawsze daje się wybrnąć na gruncie obowiązującego stanu prawnego”[22]. Wskazana powyżej „zasada dereifikacji” pociąga zresztą za sobą jeszcze jeden wniosek: wykluczenie zwierząt z kategorii rzeczy oznacza, że żaden podmiot nie może mieć do nich prawa własności w kodeksowym rozumieniu, gdyż to – zgodnie z literą art. 140 k.c. – jest przedmiotowo ograniczone wyłącznie do rzeczy. Ustawodawca jednakże komplikuje tę kwestię, używając – co niestety nie dziwi – pojęć bardzo niekonsekwentnie. W tejże samej ustawie o ochronie zwierząt, w której w art. 1 sformułowana jest „zasada dereifikacji”, kilkakrotnie pada sformułowanie „właściciel zwierzęcia”.

Odkładając na bok te wątpliwości i uznając, że zwierzę przedmiotem własności być nie może, a jednocześnie stosując wobec niego odpowiednio art. 181 k.c. jako przepis dotyczący rzeczy, stwierdzić możemy, że, co prawda, niektóre zwierzęta zawłaszczać można, ale owo zawłaszczenie nie stanowi tu pierwotnego nabycia prawa własności. Jest prawem swoistym – *sui generis*, podobnym do prawa własności. Pytanie o zasadność wprowadzania do systemu prawnego zasad, które rodzą tego typu chaos pojęciowy, nasuwa się samo, ale odpowiedź na nie celem tego artykułu nie jest.

3. Inne kazusy rzymskie a współczesny stan prawny

Bez wątpienia w zakresie kategorii rzeczy pierwotnie niczyich pozostają wskazywane przez Rzymian przedmioty wyrzucone przez morze[23] – o ile nie sta-

15 Dz.U. z 2013 r., poz. 1226 z późn. zm.

16 Dz.U. z 2014 r., poz. 856.

17 Ustawa z dnia 17 czerwca 1959 r. o hodowli, ochronie zwierząt łownych i prawie łowieckim (Dz.U. z 1973 r. nr 33, poz. 197 z późn. zm.).

18 J.S. Piątkowski, *Inne sposoby nabycia własności* (w:) W. Czachurski (red.), *System Prawa Cywilnego. Prawo własności i inne prawa rzeczowe*, red. J. Ignatowicz, Warszawa–Wrocław 1977, s. 352.

19 Wyrok SN z dnia 9 marca 1973 r., III CZP 22/88, SNC 1989, nr 9, poz. 136.

20 Ustawa z dnia 18 lipca 2001 r. – Prawo wodne (Dz.U. z 2001 r. nr 115, poz. 122 z późn. zm.) oraz ustawa z dnia 18 kwietnia 1985 r. o rybołówstwie śródlądowym (tekst jedn. Dz.U. z 1999 r. nr 66, poz. 750 z późn. zm.).

21 M. Goettel, *Sytuacja zwierzęcia w prawie cywilnym*, Warszawa 2013, s. 55.

22 Tamże, s. 55 i 56.

23 I 2.1.18; D. 41.2.1.1.

nowią oczywiście przedmiotów własności utraconych przez właścicieli, np. wskutek działań sił przyrody – których status regulują przepisy prawa morskiego[24]. Z całą pewnością natomiast nie można dziś uznać za niczyje rzeczy należących do nieprzyjaciela, które mogli zawłaszczać Rzymianie[25]. Stoją temu na przeszkodzie przede wszystkim akty międzynarodowego prawa wojennego[26], zakazujące (inna rzecz, na ile skutecznie) tego, co od zawsze stanowiło nieodłączny element każdej wojny – łupienia nieprzyjaciół. Ponadto warto pamiętać również o tym, że charakter współczesnych konfliktów zbrojnych, rzadko przybierających postać wojny między konkretnymi podmiotami stosunków międzynarodowych, nie ułatwia wskazania, kogo w ogóle można by uznać za „nieprzyjaciela". W kontekście omawianego tematu kwestia ta nie ma wszakże znaczenia praktycznego, gdyż niemożliwość uznania *res hostium* za niczyje jest jurydycznie raczej trudna do podważenia. W kontekście przedmiotu niniejszego artykułu najważniejszy jednak będzie wniosek, że ustalenie katalogu rzeczy pierwotnie niczyich wymaga nie tylko pochylenia się nad prawem krajowym, ale również sięgnięcia do prawa międzynarodowego.

Niektóre zwierzęta zawłaszczać można, ale owo zawłaszczenie nie stanowi tu pierwotnego nabycia prawa własności. Jest prawem swoistym – *sui generis*, podobnym do prawa własności.

Z powyższego wynika jednoznacznie, że przedstawiona teza P. Księżaka jest co do zasady trafna, choć może sformułowana nieco zbyt radykalnie. Przepisy szczególne pozwalają bowiem uznać za rzeczy niczyje co najwyżej niektóre przedmioty wyrzucone przez morze (z których najcenniejszymi będą bez wątpienia bursztyny[27], skoro skorupiaki posiadające cenne muszle – w Bałtyku nie występują), natomiast za przedmioty materialne niczyje – jak wymaga tego „zasada dereifikacji zwierząt" – niektóre tylko dzikie zwierzęta, na dodatek raczej te mało atrakcyjne gospodarczo. Jedyny istotny wyjątek od reguły małego znaczenia gospodarczego rzeczy pierwotnie niczyich stanowią bez wątpienia meteoryty, których wartość naukowa i – co za tym idzie – również materialna jest bardzo znaczna.

24 Ustawa z dnia 18 września 2001 r. – Kodeks morski (Dz.U. z 2013 r., poz. 758 z późn. zm.), art. 290.

25 G. 2.69; I. 2.1.17; D.41.1.5.7. Mimo iż źródła prawnicze wskazują jednoznacznie, że „to, co zabieramy od wrogów, na podstawie prawa narodów automatycznie staje się nasze" (*Instytucje Justyniana*, przeł. C. Kunderewicz, Warszawa 1986, s. 62), stoi to w pewnej sprzeczności z naszą wiedzą dotyczącą rzymskich zwyczajów wojennych i rolą wodzów w dzieleniu łupów. Patrz A. Watson, *The Law of Property in the Later Roman Republic*, Oxford 1968, s. 63 i n.

26 Warto zwrócić uwagę zwłaszcza na Konwencję [haską IV] dotyczącą praw i zwyczajów wojny lądowej z dnia 18 października 1907 r. (Dz.U. z 1927 r. nr 21, poz. 161). Ustanawia ona w art. 23 lit. g) generalny zakaz niszczenia lub zagarniania własności nieprzyjaciela. Inne przepisy tej konwencji odnoszą się do poszanowania własności jeńców wojennych (art. 4) oraz ochrony własności na terytoriach okupowanych (art. 46, 47, 53 i 56).

27 W tym miejscu należy wspomnieć, że w państwie krzyżackim wydobycie i połowy bursztynu zaliczane były do regaliów. Zob. M. Dygo, *Studia nad początkami władztwa zakonu niemieckiego w Prusach (1226–1259)*, Warszawa 1992, s. 301–302; S Jóźwiak (w:) M Biskup, R. Czaja (red.), *Państwo zakonu krzyżackiego w Prusach. Władza i społeczeństwo*, Warszawa 2008, s. 137; A. Sobecka, *Bursztyn w państwie zakonu krzyżackiego w Prusach*, www.amber.com.pl (dostęp 3 listopada 2014).

4. *Meteoryty jako rzeczy niczyje*

Przypadek meteorytów jest ciekawy również dlatego, że – o czym była mowa już na wstępie – o tego typu rzeczach niczyich rzymskie źródła nie wspominają. Tym samym można uznać je za jedyne desygnaty kategorii *res nullius* spoza klasycznego katalogu. W obecnym stanie prawnym trudno jest kwestionować tezę, że meteoryt jest rzeczą niczyją. Na tle przepisów kodeksowych można zastanawiać się nad sytuacją meteorytów kopalnych, które ewentualnie mogłyby zostać uznane również za części składowe nieruchomości. Meteoryty, które spadły na powierzchnię ziemi niedawno i nie są trwale połączone z żadną nieruchomością, jako przedmioty pochodzące z przestrzeni kosmicznej stanowią zaś bez najmniejszych wątpliwości rzeczy pierwotnie niczyje.

> **W obecnym stanie prawnym trudno jest kwestionować tezę, że meteoryt jest rzeczą niczyją.**

W tym miejscu jednak należy wyraźnie podkreślić, że w opinii części autorów, którzy analizowali dotychczas problem statusu meteorytów w prawie polskim, ten stan rzeczy nie jest zadowalający. Andrzej Kotowiecki i Monika Skórka jednoznacznie formułują postulat „poświęcenia meteorytom więcej uwagi w ustawodawstwie”[28], a zatem określenia ich statusu własnościowego regulacją szczególną i wyłączenia ich z hipotezy art. 181 k.c. Paweł Księżak także podkreśla wyraźnie, że problem własności meteorytów wymaga odrębnego uregulowania, a w zakresie argumentacji uzasadniającej takie działanie ustawodawcy odsyła do tekstu A. Kotowieckiego i M. Skórki[29]. Jedynie Bartłomiej Guzowski nie zajmuje stanowiska odnośnie do tego, czy problematyka własności meteorytów powinna stanowić przedmiot osobnej regulacji[30]. Autorzy opowiadający się za stworzeniem szczególnej regulacji dotyczącej nabycia własności meteorytów powołują się na interes publiczny, którym jest rola meteorytów dla badań naukowych nad kosmosem. A. Kotowiecki i M. Skórka wskazują również na kraje, w których meteoryty na mocy specjalnych regulacji lub też przepisów ogólnych, dotyczących dóbr o wartości naukowej, należą do określonych podmiotów publicznych.

W przypadku Polski postulowane uregulowanie kwestii własności meteorytów w przepisach szczególnych oznaczałoby faktyczne pozbawienie całej kategorii rzeczy pierwotnie niczyich niemal jakiegokolwiek znaczenia gospodarczego, gdyż wówczas bodaj ostatnimi w miarę istotnymi ekonomicznie rzeczami pierwotnie niczyimi pozostałyby wspomniane już bursztyny.

5. *Rzeczy porzucone – sprawa pozornie oczywista*

W odróżnieniu od kategorii rzeczy pierwotnie niczyich, która praktycznie zawsze, od zarania epoki prawa skodyfikowanego, wymagała doprecyzowania w oparciu o przepisy szczególne, pojęcie rzeczy porzuconej wydawać by się mogło dużo jaśniejsze. Bez wątpienia intencją ustawodawcy było uczynienie art. 180 k.c. wyłączną regulacją w tym zakresie, gdyż przepis ten zawiera wszystkie przesłanki pozwalające stwierdzić, jaką rzecz należy uznać za porzuconą. Oczywiście powyższe w niczym nie przeszkadza w stwierdzeniu, że cywilistyczna problematyka związana z art. 180 k.c. jest dosyć złożona. Wystarczy

28 A. Kotowiecki, M. Skórka, *Prawo własności meteorytów*, „Prokuratura i Prawo” 2002, nr 11, s. 111.

29 P. Księżak, *Rzeczy…*, dz. cyt., s. 63.

30 B. Guzowski, *Status prawny meteorytów w kontekście prawa własności*, „Przegląd Sądowy” 2011, nr 3, s. 79–88.

wspomnieć o sporach odnośnie do zakwalifikowania porzucenia jako czynności prawnej lub też faktycznej, problemie odróżnienia *animus dereliquendi* od *animus abutendi* etc. W celu uniknięcia wgłębiania się w taką tematykę, raczej odległą od przedmiotu niniejszych rozważań, należy skupić się na sytuacji najbardziej typowej. Trudno chyba wyobrazić sobie lepsze zamanifestowanie *animus dereliquendi* niż wrzucenie jakiegoś przedmiotu do śmietnika. Jeżeli wyrzucający jest jednocześnie właścicielem rzeczy, to bez wątpienia, wyrzucając ją, dokonuje porzucenia z zamiarem wyzbycia się własności. Należy zatem uznać, że w świetle art. 180 k.c. najbardziej oczywistym przykładem rzeczy, która stała się niczyja wskutek porzucenia, jest po prostu śmieć.

W świetle art. 180 k.c. najbardziej oczywistym przykładem rzeczy, która stała się niczyja wskutek porzucenia, jest po prostu śmieć.

Oczywistość owego wniosku zostaje jednakże zachwiana, gdy weźmiemy pod uwagę to, iż system prawny nie tylko operuje pojęciem „odpad", ale także poświęca mu wcale obszerną regulację o charakterze administracyjnoprawnym, wywiedzioną na dodatek z dyrektywy Unii Europejskiej[31]. Już samo istnienie takich przepisów oznacza konieczność zastanowienia się, czy nie mają one również – podobnie jak cały szereg innych regulacji prawa publicznego – skutków cywilistycznych, w tym dla przedmiotowego problemu możliwości nabycia własności rzeczy porzuconej. Zarówno obowiązująca obecnie ustawa z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach[32], jak i przepisy ustawy poprzedniej[33] operują pojęciem „posiadacz odpadów". Obowiązująca ustawa stanowi w art. 3 ust. 1 pkt 19, że posiadaczem odpadów jest ich wytwórca lub osoba fizyczna, osoba prawna lub jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej będąca w posiadaniu odpadów. Jednocześnie domniemywa się, że władający powierzchnią ziemi jest posiadaczem odpadów znajdujących się na nieruchomości. Natomiast pod pojęciem wytwórcy rozumie się w myśl art. 3 ust. 1 pkt 32 każdego, którego działalność lub bytowanie powoduje powstanie odpadów. Jak łatwo zauważyć, pojęcie posiadacza odpadów to ma się nijak do mającego prastarą tradycję prywatnoprawnego pojęcia posiadacza, oznaczającego osobę nie tylko faktycznie władającą rzeczą (*corpus*), ale również mającą wolę zatrzymania jej dla siebie (*animus*). Nie wchodząc w szczegóły, wystarczy ograniczyć się do zwrócenia uwagi na to, że posiadaczem odpadów jest również ich wytwórca, a więc osoba, która zazwyczaj nie ma woli zatrzymania śmieci dla siebie, ale – wręcz przeciwnie – w najbardziej typowej sytuacji ma raczej wolę pozbycia się ich. Oznacza to, że pojęcie „posiadacz odpadów" trudno jest uznać za cywilistyczne i z punktu widzenia problematyki prywatnoprawnej rodzi ono tylko i wyłącznie chaos oraz problemy interpretacyjne. Ponadto ustawa operuje również pojęciem „sprzedawca odpadów" (art. 3 ust. 1 pkt 27), odnoszącym się do podmiotu, który nabywa, a następnie zbywa odpady we własnym imieniu. Pojęcia te ustanowione są jednakże głównie na potrzeby określenia obowiązków podmiotów biorących udział w handlu odpadami i ich przetwarzaniu.

Poza tym ustawa o odpadach milczy na temat ewentualnego uregulowania kwestii własności odpadów czy też jakiegokolwiek innego fragmentu ich statusu prawnorzeczowego. Pozwala to nam sformu-

31 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/98/WE z dnia 19 listopada 2008 r. w sprawie odpadów oraz uchylająca niektóre dyrektywy (Dz.Urz. UE L 312 z 22.11.2008 r.).

32 Dz.U. z 2012 r., poz. 21 z późn. zm.

33 Ustawa z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach (Dz.U. z 2001 r. nr 62, poz. 628 z późn. zm.).

łować wniosek, że potocznie rozumiany śmieć nadal stanowi rzecz porzuconą w rozumieniu art. 180 k.c. i jako taki może stać się własnością każdego, kto obejmie go w posiadanie samoistne. Wniosek ten

wielkie obszary regulacji zostały usunięte spod zakresu kodeksu przez przepisy szczególne, tworzące nowe działy prawa czy też »mikrosystemy«, odróżniające się ideologicznie i metodologicznie od oryginalnych

Istnienie wielkiej regulacji „śmieciowej" oznacza konieczność wyraźnego wyjścia poza kodeks – przepis art. 180 k.c. nie jest już sam w sobie wystarczający do stwierdzenia, czy najbardziej dotychczas typowa rzecz porzucona, rzeczywiście jest rzeczą niczyją.

ma z pewnością niebagatelne znaczenie z uwagi na rosnącą rolę gospodarczą odpadów jako źródła surowców wtórnych. Z punktu widzenia problematyki zawłaszczenia istnienie całej wielkiej regulacji „śmieciowej" oznacza jednak konieczność wyraźnego wyjścia poza kodeks, przepis art. 180 k.c. nie jest już sam w sobie wystarczający do stwierdzenia, czy najbardziej dotychczas typowa rzecz porzucona – rzeczywiście jest rzeczą niczyją. Wniosek taki można sformułować dopiero po analizie wskazanych przepisów szczególnych, które – jak się okazuje – nie wyłączają odpadów z hipotezy art. 180 k.c.

6. Zawłaszczenie jako instytucja zdekodyfikowana

Podsumowując dotychczasowe spostrzeżenia, należy stwierdzić, że co prawda, przepisy art. 180 i 181 k.c. nie podlegały nigdy nowelizacji, ale w niczym nie przeszkodziło to znacznemu skomplikowaniu ich rzeczywistej treści. Proces ten dokonał się bowiem nie w ramach kodeksu, ale całkowicie poza nim – stąd też nie sposób określić go inaczej niż jako elementu postępującej dekodyfikacji. Jak wskazuje Maria L. Murillo, „jest jasne, że w XX wieku, w odpowiedzi na zmiany społeczne i gospodarcze, kodeksy cywilne przeszły proces dekodyfikacji polegającej na tym, że struktur kodeksu cywilnego"[34]. Opisany już dawno przez badaczy prawa w Europie proces dekodyfikacji nie ominął oczywiście polskich regulacji kodeksowych. Kodeksy cywilne zostały nim objęte być może nawet najwcześniej, bo już w momencie wykształcenia się prawa pracy jako osobnego „mikrosystemu" – opartego na całkowicie innych założeniach aksjologicznych i metodologii niż prawo cywilne, wcześniej regulujące umowę o pracę jako jeden z kontraktów podległych jego reżimowi[35].

Dekodyfikacja jest oczywiście zjawiskiem złożonym i powstawanie coraz liczniejszych regulacji szczególnych stanowi tylko jeden z jej elementów, choć być może jest to czynnik najistotniejszy, a w każdym razie – najbardziej widoczny. Wskazując na obszary, które zostały dotychczas wyłączone z zakresu tradycyjnie rozumianego prawa cywilnego, wymienia się – oprócz wskazanego już prawa pracy – także prawo własności intelektualnej, pra-

34 M.L. Murillo, *The evolution of codification in the civil law legal systems: towards decodification and recodification*, „Journal of Transnational Law and Policy" 2001, vol. 11, nr 1.

35 J.H. Merryman, D.S. Clark, J.O. Halej, *The Civil Law Tradition: Europe, Latin America and East Asia*, Charlottesville 1994, s. 1241–1242.

wo spółek handlowych, ubezpieczenia gospodarcze czy wreszcie coraz bardziej podlegające regulacji publicznoprawnej prawo rolne. W przedstawionych wyżej uwagach dotyczących zakresu pojęcia rzeczy niczyjej trudno jest oczywiście wskazać na jeden określony „mikrosystem", który przejmowałby materię ogólnie regulowaną w art. 180 i 181 k.c. Wręcz przeciwnie, ustalenie katalogu rzeczy niczyich wymaga sięgnięcia do bardzo różnych przepisów, zarówno krajowego prawa publicznego, jak i nawet konwencji międzynarodowych. Tym bardziej zatem widać, jak regulacje odnoszące się przede wszystkim do prawa publicznego wyciągają z zakresu normowania tych przepisów coraz to nowe elementy – lub też prowadzą co najmniej do powstania kolejnych wątpliwości dotyczących ich przedmiotu. Znamienne jest, że w zasadzie mowa tu wyłącznie o aktach prawa publicznego, które niejako przy okazji regulują pewne zagadnienia cywilistyczne lub też – jak ustawa o odpadach – pseudocywilistyczne. Wskazana ustawa jest bardzo dobrym przykładem tego, jak nowoczesna regulacja publicznoprawna obchodzi się z prawem prywatnym. Pojęcia cywilistyczne, które zgodnie z postulatem kodyfikacji winny być zdefiniowane „raz na zawsze" w kodeksie, zmieniają kompletnie swoje znaczenie na potrzeby bardzo wąskiej i szczegółowej grupy przepisów. Problem ten znany jest cywilistom nie od dziś – wystarczy wspomnieć o znanych prawu polskiemu kilku definicjach terminu „przedsiębiorca". Podobnie rzecz się ma z „zasadą dereifikacji zwierząt". Nawet pojęcie tak podstawowe dla pandektystycznego systemu prawa cywilnego jak rzecz nie jest obecnie do końca zdefiniowane w kodeksie cywilnym, bo ustawa o ochronie zwierząt *expressis verbis* wyłącza z jego zakresu zwierzęta[36]. Tego typu przykłady obrazują tendencję dzielenia systemu prawnego na coraz węższe obszary regulacji, z których w zasadzie w każdym wprowadzana jest odrębna siatka pojęciowa. Okazuje się, że procesy te dotykają również pojęć o znaczeniu utrwalonym przez wielowiekową tradycję.

Odpowiadając na pytanie postawione na wstępie niniejszego artykułu, należy podkreślić, że przepisy kodeksu cywilnego ustanawiają obecnie jedynie zasadnicze ramy instytucji zawłaszczenia, natomiast w celu ustalenia zakresu kluczowego pojęcia „rzeczy niczyja" konieczne jest sięgnięcie do bardzo wielu – na dodatek wielce różnorodnych – aktów prawnych, głównie z zakresu prawa publicznego. Samo w sobie nie godziłoby to wcale w ideę kodyfikacji cywilnej, gdyby nie fakt, że ustawodawca w ramach wskazanych przepisów, w zakresie, w jakim dotyczą prawa cywilnego, nie tylko nie dba o ich spójność z kodeksem, ale kreuje odrębną terminologię i odmienny sposób podejścia do zagadnień prawnoprywatnych. Znamienne jest również to, że sięgnięcie do przepisów szczególnych stało się nieodzowne nie tylko w przypadku kategorii rzeczy pierwotnie niczyich, ale także rzeczy porzuconych, które – zdawałoby się – zostały w sposób jednoznaczny

Proces dekodyfikacji dotknął w znacznym stopniu również analizowanej instytucji, czego wyrazem jest konieczność szukania odpowiedzi na zasadnicze dla niej pytania daleko poza kodeksem cywilnym.

36 Warto w tym miejscu wspomnieć, że w prawie niemieckim analogicznie brzmiący przepis „dereifikujący" zwierzęta został wpisany do BGB jako § 90a.

określone w art. 180 k.c. Trzeba zatem stwierdzić, że proces dekodyfikacji dotknął w znacznym stopniu również analizowanej instytucji, czego wyrazem jest konieczność szukania odpowiedzi na zasadnicze dla niej pytania daleko poza kodeksem cywilnym.

7. Postkodeksowy sposób myślenia o rzeczach niczyich

Rozważając problematykę dekodyfikacji w kontekście instytucji zawłaszczenia, warto również zwrócić uwagę na sposób, w jaki współcześni autorzy do owej instytucji podchodzą, a w szczególności – przy użyciu jakich metod budują wywody dotyczące zagadnień własności wspomnianych wyżej meteorytów i śmieci. Jeżeli kierować się intuicją opartą na kodeksie – jako podstawowym źródle prawa cywilnego – nie sposób nie zakwalifikować takich przedmiotów jako rzeczy niczyich. Jedyne wątpliwości dotyczyć mogą meteorytów trwale złączonych z gruntem, ale nawet zakwalifikowanie ich jako części składowych gruntu nie wymaga wyjścia poza kodeks cywilny i normowane w nim podstawy prawa cywilnego.

Analizując problem własnościowego statusu meteorytów, B. Guzowski[37] rozpoczyna jednak od ustawy z dnia 16 kwietnia 2004 r. o ochronie przyrody[38], gdyż jej przepisy ograniczają obrót meteorytami, ale – jak stwierdza autor – nic nie mówią na temat ich statusu własnościowego. Następnie przechodzi na grunt ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. – Prawo geologiczne i górnicze[39], zastanawiając się, czy meteoryty nie wchodzą w zakres normowanych tam kategorii, takich jak złoża kopalin oraz inne części górotworu. Dalej autor ustala, czy meteoryt nie jest zabytkiem archeologicznym w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami[40]. Dopiero po przejściu całej powyższej drogi B. Guzowski dochodzi do analizy przepisów kodeksu cywilnego, dotyczących nieruchomości i jej części składowych oraz sposobów nabycia własności, aby ostatecznie dojść do wniosku, że „nie istnieją przeszkody do traktowania meteorytu jako rzeczy niczyjej, której własność nabywa się przez objęcie w posiadanie samoistne”[41]. Podobnie A. Kotowiecki i M. Skórka[42], rozważając to samo zagadnienie, rozpoczynają od przepisów prawa administracyjnego, tj. prawa geologicznego i górniczego, ustawy o ochronie przyrody oraz ustawy z dnia 15 lutego 1962 r. o ochronie dóbr kultury[43]. Dopiero w drugiej kolejności przedmiotem analizy stają się przepisy kodeksu cywilnego, co prowadzi oczywiście do konkluzji, że „na gruncie prawa cywilnego problem prawa do własności znalezionych meteorytów powinien zostać rozstrzygnięty na podstawie art. 181 k.c.”[44]

Zagadnienie własności odpadów rozważał – jeszcze na gruncie poprzednio obowiązującej ustawy[45] – Bartosz Draniewicz[46]. Wychodząc od pojęcia odpadu, siłą rzeczy rozpoczął swoją analizę od przepisów ówczesnej ustawy o odpadach, by dopiero po stwierdzeniu, że nie reguluje ona ich statusu własnościowego, stwierdzić w konkluzji, że odpowiedzi należy szukać w art. 180 i 181 k.c.[47]

Powyższe może wskazywać na jeszcze jedno pole, na którym dokonuje się dekodyfikacja prawa cywilnego. Zagadnienia związane z ustaleniem własności różnych kategorii rzeczy są w sposób oczywisty problematyką cywilnoprawną. Jeśli więc traktować kodyfikację cywilną – zgodnie z jej podstawowymi założeniami i postulatami – jako podstawowe źródło norm prawa cywilnego, należałoby szukać odpowiedzi na pytania o status własnościowy różnych kategorii rzeczy przede wszystkim w jej przepisach. Tymczasem

37 B. Guzowski, *Status*..., dz. cyt., s. 86.

38 Tekst jedn. Dz.U. z 2013 r., poz. 627 z późn. zm.

39 Dz.U. z 2005 r. nr 228, poz. 1947 z późn. zm. Ustawa została uchylona przez przepisy obecnie obowiązującej ustawy z dnia 9 czerwca 2011 r. – Prawo geologiczne i górnicze (Dz.U. z 2011 r. nr 163, poz. 981 z późn. zm.).

40 Dz.U. z 2003 r. nr 162, poz. 1568 z późn. zm.

41 B. Guzowski, *Status*..., dz. cyt. s. 87.

42 A. Kotowiecki, M. Skórka, *Prawo*..., dz. cyt. s. 103 i n.

43 Dz.U. z 1999 r. nr 98, poz. 1150 z późn. zm. Ustawa została uchylona przez przepisy obowiązującej obecnie, wskazanej powyżej ustawy z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami.

44 A. Kotowiecki, M. Skórka, *Prawo*..., dz. cyt., s. 107.

45 Patrz przyp. 33.

46 B. Draniewicz, *Własność odpadów w prawie polskim – analiza prawna*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2006, nr 11, s. 24–28.

47 Tamże, s. 28.

jednak kształt systemu prawnego zmusza nas do poszukiwania odpowiedzi nawet na tak podstawowe cywilistyczne pytania – w pierwszej kolejności poza kodeksem, w przepisach dotyczących przede wszystkim prawa publicznego. Takie podejście pozwala postawić wstępny wniosek, że obecność problematyki cywilnoprawnej poza kodeksem cywilnym stała się już regułą. Sam kodeks, powoływany dopiero na końcu, gdy inne akty prawne nie zawierają żadnej odpowiedzi na postawione pytanie, zdaje się stanowić w takich przypadkach niemalże subsydiarne źródło prawa. We współczesnej metodzie cywilistycznej w wielu kwestiach staje się zbiorem reguł i zasad ogólnych, do którego sięgamy dopiero wówczas, gdy regulacje szczególne okazują się niewystarczające.

Powstaje pytanie: czy traktowany w ten sposób kodeks jest jeszcze tym, czym powinien być w myśl swoich pierwotnych założeń? Zgodnie z postulatem oświeceniowym miał stanowić wyłączne źródło norm dla danej gałęzi prawa. Rzeczywistość szybko to zweryfikowała, ale bez wątpienia to prawo kodeksowe było regułą, a istnienie przepisów szczególnych uchodziło raczej za wyjątek. Dzisiaj natomiast można chyba zaryzykować stwierdzenie, że w tak bardzo cywilistycznej materii jak ustalenie własności rzeczy za regułę już uważamy, że istnieją przepisy szczególne, do kodyfikacji zaś odwołujemy się dopiero w drugiej kolejności. Oznaczać to może, że dokonuje się pomału również swoista dekodyfikacja mentalna, którą w kontekście francuskim zauważył Philippe Rémy, stwierdzając, że współcześnie nikt już nie czyta, nie uczy i nie komentuje kodeksu jako kodyfikacji, którą miał być zgodnie z pierwotnym założeniem[48]. Rozważana kategoria rzeczy niczyich natomiast niejako równolegle podlega coraz dalszemu zawężeniu, zmniejszając tym samym i tak już nikłe znaczenie praktyczne zawłaszczenia jako sposobu nabycia własności.

> **Kształt systemu prawnego zmusza nas do poszukiwania odpowiedzi nawet na podstawowe cywilistyczne pytania – w pierwszej kolejności poza kodeksem, w przepisach dotyczących przede wszystkim prawa publicznego.**

48 Ph. Rémy, *The French Code civil: a Model (Not) to Follow?* (w:) G. Barrett, L. Barnadeau (red.), *Towards a European Civil Code. Reflections on the Codification of Civil Law in Europe*, Trier 2002, s. 20.

Jerzy M. Ferenz

Prawidłowość trybu ścigania przestępstwa zgwałcenia w kontekście gwarancji konstytucyjnych

Propriety of Prosecution of Rape in the Context of Constitutional Guarantees

The paper sets out to discuss the amendment to the penal code dated 13 June 2013 against the backdrop of constitutional guarantees. The amendment has changed the prosecution procedure of the statutory offence of rape by no longer treating institution of the relevant criminal proceedings as contingent upon the victim filing an official complaint. This study concerns the issue of a clash between the common good (common sexual liberty) and individual interests of the victim (personal liberty and right to privacy). The author conducts an assessment of the new regulations in the context of the constitutional principle of proportionality.

Jerzy M. Ferenz

Absolwent Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego. Aplikant adwokacki, członek Izby Adwokackiej w Warszawie. W latach 2012–2014 pracownik Ministerstwa Sprawiedliwości, w tym jako starszy specjalista ds. legislacji w Departamencie Prawa Karnego. Jako prawnik w Fundacji Pomoc Kobietom i Dzieciom udzielał pomocy prawnej ofiarom zgwałcenia oraz przemocy w rodzinie. Ma uprawnienia do pracy ze sprawcami przemocy metodą Duluth. Aplikant w dziale procesowym kancelarii Dentons.

Ustawodawca podjął istotną decyzję, postanawiając o zmianie trybu ścigania przestępstwa zgwałcenia. Ustawą z dnia 13 czerwca 2013 r. uchylono art. 205 k.k.[1], stawiający wymóg złożenia wniosku, w celu podjęcia ścigania sprawcy m.in. czynu z art. 197 k.k. Ustawa weszła w życie w dniu 27 stycznia 2014 r. Obowiązujący wcześniej stan prawny spotykał się z krytyką, a wnioskowemu trybowi ścigania zarzucano stanowienie faktycznej bariery w ściganiu sprawcy wymienionego czynu zabronionego[2] i naruszenie spójności wewnątrzkodeksowej[3].

Kolizja wartości konstytucyjnych

Warto przyjrzeć się problemowi z perspektywy zgodności z konstytucją uchylenia art. 205 k.k. Należy zwrócić uwagę, że

1 Art. 1 ustawy z dnia 13 czerwca 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz ustawy – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 2013 r., poz. 849).

2 M. Płatek, *Opinia na temat poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz ustawy – Kodeks postępowania karnego (druk nr 532)*, Warszawa 2012 r., s. 11.

3 Tamże, s. 14.

normy postępowania karnego stanowią przedłużenie norm prawa konstytucyjnego[4], przez co to właśnie ustawa zasadnicza wyznacza jego ramy nie tylko na etapie stosowania prawa, ale także jego stanowienia. Innymi słowy, nie tylko organ stosujący prawo, ale także ci, którzy biorą udział w jego stanowieniu są adresatami gwarancji konstytucyjnych w zakresie postępowania karnego. Należy wskazać, że dotyczą one zarówno podejrzanego lub oskarżonego, jak i pokrzywdzonego. Projektując czy modyfikując instytucje prawne, zarówno o charakterze materialnym, jak i procesowym, ustawodawca jest zobowiązany czynić to w taki sposób, by nie naruszać norm konstytucyjnych, uwzględniając zakres gwarancji, które mają charakter nieprzekraczalny[5]. Czasem jednak ustawodawca spotyka się z koniecznością pogodzenia ze sobą dwóch dóbr natury konstytucyjnej. Wówczas, wobec zaistniałej kolizji, siłą rzeczy jest zmuszony do wyboru wartości priorytetowej, a w konsekwencji ograniczenia drugiej. Ustrojodawca dopuścił taką sytuację, ustanawiając warunki owego ograniczenia w art. 31 ust. 3 konstytucji. Przepis ten ustanawia formę ograniczenia, jak również szereg przesłanek, bez których spełnienia będzie ono niekonstytucyjne.

W pierwszej kolejności ustrojodawca wskazuje, że ograniczenie prawa lub wolności zagwarantowanych w Konstytucji RP musi nastąpić w drodze ustawy. Po drugie wskazuje wartości, których konieczność ochrony w demokratycznym państwie wymaga takiego właśnie ograniczenia. Należą do nich bezpieczeństwo lub porządek publiczny, ochrona środowiska, zdrowia i moralności publicznej albo wolność i prawa innych osób. Wreszcie przepis art. 31 ust. 3 konstytucji formułuje wprost zasadę, według której nie można dokonać takiego ograniczenia, które naruszałoby istotę wolności i praw konstytucyjnych. W tym bowiem przepisie swoje źródło znajduje zasada stosunkowości (proporcjonalności), której prawidłowe zastosowanie sprawdza się za pomocą tzw. testu proporcjonalności[6].

Normy postępowania karnego stanowią przedłużenie norm prawa konstytucyjnego, przez co to właśnie ustawa zasadnicza wyznacza jego ramy nie tylko na etapie stosowania prawa, ale także jego stanowienia.

W odniesieniu do zasady stosunkowości (proporcjonalności *sensu largo*) można mówić o trzech kryteriach, z których wszystkie muszą być spełnione, by można było mówić o pozytywnym wyniku testu: przydatności, pomocniczości (subsydiarności) oraz proporcjonalności *sensu stricto*[7]. Kryterium przydatności stanowi o tym, czy ograniczenie danego dobra konstytucyjnego pozwoli osiągnąć cel, dla którego zostało wprowadzone[8]. Innymi słowy, zastosowanie środka prawnego ograniczającego prawa lub wolności konstytucyjnie chronione musi dawać wymierny, pozytywny efekt w ochronie dobra preferowanego, z którym inne dobro stało w kolizji. Drugi element, czyli kryterium konieczności, należy rozumieć jako nakaz wyboru najmniej uciążliwego środka rozwiązania okre-

4 P. Wiliński, *Proces karny w świetle Konstytucji*, Warszawa 2011, s. 19.

5 Tamże, s. 30.

6 P. Wiliński, *Proces*..., dz. cyt., s. 270; Wyrok TK z dnia 11 kwietnia 2000 r., K 15/98.

7 Tamże.

8 Tamże.

ślonego problemu społecznego spośród skutecznych[9], czyli tych, które pozytywnie przeszły test przydatności. W omawianej przesłance należy upatrywać dyrektywy kierowanej do ustawodawcy, by wybierał rozwiązanie ograniczające wolności i prawa konstytucyjne tylko wtedy, kiedy w inny sposób zamierzonych celów nie da się urzeczywistnić. Wreszcie należy wskazać na ostatnie kryterium testu proporcjonalności – proporcjonalność *sensu stricto*. By prawidłowo przeprowadzić test pod kątem tego kryterium, należy, badając konstytucyjność ograniczenia prawa lub wolności, odwołać się do szerokiego kontekstu dóbr chronionych w Konstytucji RP[10]. Michał Królikowski podkreśla, że trzeba unikać „oceny zgodności z konstytucyjnym wzorcem zasady subsydiarności relacji, jaka zachodzi między wyizolowanym z kontekstu normatywnego dobrem i daną ingerencją prawodawczą”[11].

Błędne jest twierdzenie, iż dopiero po 27 stycznia 2014 r. przestępstwo zgwałcenia jest ścigane z urzędu, ponieważ tak było również we wcześniejszym stanie prawnym.

Istota trybu wnioskowego

Przed przystąpieniem do analizy konstytucyjności uchylenia art. 205 k.k. warto zbadać, jaką funkcję pełnił tryb wnioskowy w przypadku ofiary przestępstwa zgwałcenia i jakie dobra zabezpieczał.

Podstawową konsekwencją wnioskowego trybu ścigania przestępstwa zgwałcenia było to, że ściganie sprawcy nie następowało, gdy pokrzywdzony sobie tego nie życzył. Takie rozwiązanie miało czysto formalnoprawny charakter wniosku, brak bowiem pozytywnego oświadczenia woli pokrzywdzonego prowadził jedynie do wyłączenia możliwości wszczęcia postępowania, a nie wyłączenia samej bezprawności, karalności czynu, czy wreszcie jego karygodności. Innymi słowy, wnioskowość miała jedynie charakter procesowy, a nie materialnoprawny. Istotne jest także prawidłowe zakwalifikowanie trybu wnioskowego z uwagi na dychotomię pomiędzy ściganiem z urzędu a ściganiem z oskarżenia prywatnego. Należy tutaj wskazać, że piśmiennictwo – zarówno krajowe[12], jak i zagraniczne[13] – wskazuje, iż tryb wnioskowy ścigania należy zaliczyć do pierwszej z wymienionych kategorii. W konsekwencji błędne jest twierdzenie, iż dopiero po 27 stycznia 2014 r. przestępstwo zgwałcenia jest ścigane z urzędu, ponieważ tak było również zgodnie z wcześniejszym stanem prawnym.

Dorobek doktryny jasno wskazuje przesłanki, dla których zdecydowano się wprowadzić wnioskowy tryb ścigania w przypadku przestępstwa zgwałcenia. Z całą pewnością nie jest to jedynie przywołany w komentarzu do kodeksu karnego z 1932 r. „wstyd”, „utrata czci” czy „niechęć przed ujawnieniem czynu”[14]. W pierwszej kolejności należy za-

9 Tamże.

10 Tamże.

11 M. Królikowski (w:) M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1–31. Tom I*, wyd. 2, Warszawa 2011, nb. 8.

12 J. Grajewski, S. Steinborn (w:) L.K. Paprzycki (red.), *Komentarz aktualizowany do art. 1–424 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks postępowania* karnego, SIP Lex 2014, komentarz do art. 12.

13 C. Roxin, *Strafverfahrensrecht*, München 1995, § 12, nb. 15; Ch. Krehl (w:) M. Lemke, K.-P. Julius, Ch. Krehl i in., *Strafprozepordnung. Heidelberger Kommentar*, Heidelberg 1997, Einleitung, nb. 22.

14 J. Makarewicz, *Kodeks karny z komentarzem*, Lwów 1932, s. 244.; M. Płatek, *Opinia…*, dz. cyt.

uważyć, że omawiany tryb wskazuje na traktowanie pokrzywdzonego jako podmiotu, a nie przedmiotu postępowania. Podmiotowe podejście wpisuje się zaś w kierunek, w którym podąża nowoczesne prawo i proces karny, czyli we wzmocnienie pozycji pokrzywdzonego w celu rozumienia jego szeroko pojętych interesów[15]. Michał Królikowski wskazuje nawet, że uwzględnienie interesu pokrzywdzonego może być traktowane jako pozaustawowe źródło wyznaczające treść zakazu, modyfikując jednocześnie treść dobra chronionego danym typem[16]. W konsekwencji podnosi się, że przyjmując taką formę (tryb ścigania) miano na celu ochronę interesu pokrzywdzonego, podkreślając, że nieraz ma on charakter nadrzędny nad dobrem zbiorowym[17], a tym bardziej w przypadku przestępstwa zgwałcenia, które ma ścisły związek ze szczególnie osobistą i intymną sferą człowieka[18]. Wskazuje się także na negatywne konsekwencje procesowe. Niewątpliwie w wielu sytuacjach rozpatrywanie sprawy będzie dla ofiary dodatkową, niepotrzebną krzywdą[19]. Co więcej, uważa się, że wniosek, prócz ochrony interesu pokrzywdzonego, zabezpiecza także dobra jego rodziny. Zarówno dla ofiary, jak i dla jej najbliższych proces karny może stać się źródłem poważnych dolegliwości, a w konsekwencji przynieść wiele szkód[20]. Nieraz przeważają one w sposób znaczny nad korzyścią z wypełnienia funkcji sprawiedliwościowej karania[21]. Wreszcie nie można zapominać, że wnioskowość chroni także dobro w postaci tajemnicy w sferze prywatnej. Zabezpiecza więc przed tym, by prowadzone postępowanie nie stawało się dodatkowym źródłem przedostawania się pewnych prywatnych informacji do wiadomości szerszego kręgu osób[22].

Należy przyjrzeć się, czy aktualny stan prawny, który stosuje wprost przymus wobec ofiary przestępstwa zgwałcenia w celu uzyskania od niej istotnych dla sprawy zeznań, jest zgodny z gwarancjami konstytucyjnymi.

Podstawy kontroli konstytucyjności

Znając przesłanki stosowania wnioskowego trybu ścigania przestępstwa zgwałcenia, należy przyjrzeć się, czy bieżący stan prawny, który stosuje wprost przymus wobec ofiary przestępstwa zgwałcenia

15 I. Nestoruk, *Wnioskowy tryb ścigania przestępstw w polskim i niemieckim prawie karnym*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny" 2001, z. 4, s. 89; B. Wójcicka, *W kwestii uprawnień oskarżycielskich pokrzywdzonego w sprawach o przestępstwa ścigane z urzędu* (w:) T. Nowak (red.), *Nowe prawo karne procesowe. Zagadnienia wybrane. Księga ku czci prof. W. Daszkiewicza*, Poznań 1999, s. 363; M. Królikowski, (w:) M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks…*, dz. cyt., nb. 26–30.

16 Tamże.

17 J. Grajewski, *Ściganie na wniosek pokrzywdzonego w świetle projektów kodyfikacji prawa karnego*, „Państwo i Prawo" 1992, nr 6, s. 56; A. Wąsek, *Karnomaterialne aspekty instytucji przestępstwa ściganego na wniosek*, „Studia Prawnicze" 1986, nr 3–4, s. 449.

18 A. Murzynowski, *Istota i zasady procesu karnego*, Warszawa 1994, s. 144.

19 T. Grzegorczyk, *Ściganie na wniosek w świetle projektowanych zmian k.k. i k.p.k.*, „Problemy Praworządności" 1982, z. 8–9, s. 72.

20 A. Wąsek, *Karnomaterialne aspekty…*, dz. cyt., s. 449.

21 Tamże.

22 I. Nestoruk, *Wnioskowy tryb…*, dz. cyt., s. 104–105.

w celu uzyskania od niej istotnych dla sprawy zeznań, jest zgodny z gwarancjami konstytucyjnymi widzianymi przez pryzmat zasady proporcjonalności.

Niewątpliwie uchylenie art. 205 k.k. wpływa znacząco na sytuację ofiary przestępstwa zgwałcenia, a w konsekwencji może naruszać jej prawa lub wolności konstytucyjne. Trzeba mieć na uwadze, że dotychczasowy tryb wnioskowy ścigania przestępstwa zgwałcenia zakładał konieczność złożenia wniosku przez ofiarę, czyli wyrażenia przez nią zgody na podjęcie ścigania sprawcy i uruchomienie całego aparatu organów ścigania, a później wymiaru sprawiedliwości. Ustawa z dnia 13 czerwca 2013 r. tę możliwość uchyliła, a tym samym pozbawiła ofiarę możliwości podjęcia decyzji co do losów postępowania wobec sprawcy. Wywołuje to szereg konsekwencji. Przede wszystkim, niezależnie od swej woli ofiara przestępstwa zgwałcenia jest obowiązana zeznawać. Taki obowiązek nakłada na nią art. 177 § 1 k.p.k. Próba nieuzasadnionego uchylania się od tego obowiązku jest obwarowana karą grzywny w wysokości do 10 000 zł na podstawie art. 285 § 1 k.p.k. w zw. z art. 287 § 1 k.p.k. lub karą aresztu na czas nieprzekraczający 30 dni – na podstawie art. 287 § 2 k.p.k. Należy zaznaczyć, że uchylanie się nieuzasadnione następuje wówczas, kiedy ustawodawca nie przewidział w danej sytuacji prawa do odmowy składania zeznań lub przynajmniej prawa do nieudzielenia odpowiedzi na zadawane pytanie. W praktyce, w sytuacji, kiedy sprawcą przestępstwa zgwałcenia nie jest osoba dla ofiary najbliższa (art. 182 § 1 k.p.k.) lub też jeśli udzielenie przez świadka odpowiedzi na pytanie nie mogłoby narazić świadka lub osoby dla niego najbliższej na odpowiedzialność za przestępstwo (art. 183 § 1 k.p.k.), ofiara przestępstwa zgwałcenia nie może zasadnie odmówić składania zeznań. Jeżeli sprawca pozostawałby z ofiarą w szczególnie bliskim stosunku osobistym, wówczas na wniosek ofiary sąd wedle swojej woli mógłby zadecydować o zwolnieniu jej z obowiązku składania zeznań lub odpowiedzi na pytania (art. 185 k.p.k.). Jeżeli jednak wymienione sytuacje nie zachodzą, ofiara, odmawiając składania zeznań, naraża się na karę porządkową grzywny lub nawet karę porządkową aresztu. Jeszcze bardziej drastycznie przedstawia się sytuacja, kiedy ofiara umyślnie przeinacza zeznania, zeznaje fałszywie lub zataja prawdę. Może to robić z różnych pobudek, na przykład z chęci ochrony sprawcy, chęci szybkiego zakończenia postępowania, strachu przed sprawcą, czy niechęci do opowiadania o pewnych szczegółach zdarzenia, które jednak mogą mieć istotne znaczenie dla dobra postępowania. Niezależnie od przesłanek należy wskazać, że ofiara przestępstwa zgwałcenia dopuszczająca się wyżej wskazanych czynów wypełnia swoim postępowaniem znamiona czynu zabronionego z art. 233 k.k. § 1 zagrożonego karą pozbawienia wolności do lat 3. Należy więc stwierdzić, że pozbawienie ofiary możliwości decydowania o podjęciu ścigania poprzez tryb wnioskowy, skutkuje poważnymi ograniczeniami jej wolności i praw. Mając na uwadze szczególny stan traumy, jaki ofiara tego czynu przechodzi, należy wskazać, że nie pozostaje on bez wpływu na to, jak ograniczające w prawach ofiary było uchylenie art. 205 k.k. Należy więc wskazać, jakie wolności i prawa konstytucyjnie chronione uchylenie art. 205 k.k. może ograniczać, a następnie rozważyć zgodność takiego stanu prawnego z unormowaniami ustawy zasadniczej.

W pierwszej kolejności trzeba wskazać na ograniczenie prawa do ochrony prawnej życia prywatnego, rodzinnego, czci i dobrego imienia oraz do decydowania o swoim życiu osobistym, które jest zagwarantowane w art. 47 konstytucji. Wskazuje się, że przepis ten wprowadza regulację chroniącą raczej wolność niż prawo – wolność osoby od ingerowania przez państwo w jej sfery prywatne[23]. Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego wyjaśnia zakres tej ochrony, wskazując, że życie prywatne to także wewnętrzne przeżycia osobiste człowieka i ich ocena, jak również refleksje dotyczące wydarzeń zewnętrznych[24]. Bogusław Banaszak zauważa, że „nie są one (owe przeżycia i refleksje – JMF) w założeniu przeznaczone do upowszechniania i sam zainteresowany decyduje o kręgu osób, z którymi zechce się nimi podzielić"[25]. W konsekwencji nie budzi wątpliwości, że stosowa-

23 P. Sarnecki (w:) L. Garlicki (red.) *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2008, komentarz do art. 47, s. 1.

24 Wyrok TK z dnia 19 maja 1998 r., U 5/97.

25 B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, wyd. 2, Warszawa 2012, komentarz do art. 47 konstytucji, nb. 4.

nie środków porządkowych lub wręcz sankcji karnej wobec osoby zgwałconej, mających wymóc na niej podzielenie się przeżyciami, stanowi ograniczenie gwarantowanej wolności. Niewątpliwie konieczność składania zeznań, podczas których trzeba nieraz w sposób bardzo szczegółowy opowiadać o kwestii tak delikatnej jak przestępstwo zgwałcenia, stanowi intensywną ingerencję w wolność osobistą. Co więcej, w art. 47 konstytucji można upatrywać obowiązku państwa do wprowadzania takich regulacji prawnych, które wymienioną wolność nie tylko by szanowały, ale także chroniły[26]. Z kolei orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (ETPC) wskazuje, że ochrona prawa do prywatności ma przede wszystkim na celu zapewnienie rozwoju osobowości każdego człowieka bez ingerencji z zewnątrz[27]. Niejednokrotnie sytuacja, w której niegotowa do zeznań ofiara przestępstwa zgwałcenia jest obowiązana je składać, może mieć wpływ na wydłużenie lub znaczne utrudnienie prowadzonej wobec niej terapii, a w konsekwencji ingerencja państwa, za pośrednictwem prokuratora lub sądu, nie pozostaje bez wpływu na rozwój jej osobowości. Wreszcie warto wskazać na aspekt ochrony czci i dobrego imienia. Ochrona ta przysługuje każdemu i mimo swego osobistego charakteru ma znaczenie zarówno w życiu osobistym, jak i publicznym[28].

Niezależnie od tego, na ile negatywnie należy ocenić zachowania osób trzecich wobec ofiar przestępstwa zgwałcenia, nie można lekceważyć problemu obelg czy żartów, z jakimi spotkać się może ofiara, ze strony lokalnej społeczności. W tym kontekście konieczność przyznania się i opowiadania o doświadczonym zgwałceniu koliduje z prawem do ochrony czci i dobrego imienia.

Sytuacja, w której niegotowa do zeznań ofiara przestępstwa zgwałcenia jest obowiązana je składać, może mieć wpływ na wydłużenie lub znaczne utrudnienie prowadzonej wobec niej terapii.

W drugiej kolejności warto rozpatrywać sytuację ofiary przestępstwa zgwałcenia, na którą państwo nakłada obowiązek składania zeznań, w świetle art. 40 konstytucji, zakazującego tortur lub okrutnego, nieludzkiego lub poniżającego traktowania. Konstytucja RP nie wprowadza definicji legalnej tortur, jednakże nie trudno znaleźć ich definicję na gruncie obowiązującego Rzeczpospolitą Polską prawa międzynarodowego. Znaczenie tego pojęcia odnajdujemy w Konwencji z 10 grudnia 1984 r. w sprawie zakazu stosowania tortur oraz innego okrutnego, nieludzkiego lub poniżającego traktowania albo karania[29], której art. 1 ust. 1 stanowi, że słowo tortury „oznacza każde działanie, którym jakiejkolwiek osobie umyślnie zadaje się ostry ból lub cierpienie, fizyczne bądź psychiczne, w celu uzyskania od niej lub od osoby trzeciej informacji (…), gdy taki ból lub cierpienie powodowane są przez funkcjonariusza państwowego lub inną osobę występującą w charakterze urzędowym lub z ich polecenia albo za wyraźną lub milczącą zgodą". Niewątpliwie zgodnie z odczuciami osoby

26 P. Sarnecki (w:) L. Garlicki (red.) *Konstytucja…*, dz. cyt., komentarz do art. 47, s. 1.

27 Orzeczenie w sprawie *Botta v. Włochy* z 24 lutego 1998 r.

28 P. Sarnecki (w:) L. Garlicki (red.) *Konstytucja…*, dz. cyt., komentarz do art. 47, s. 4.

29 Ratyfikowana przez Polskę w dniu 9 czerwca 1989 r. (Dz.U. nr 63, poz. 378).

zgwałconej i jej trudną sytuacją psychiczną, gdy nie będąc gotowa do składania zeznań, jest do tego zmuszana pod groźbą porządkowej kary grzywny, a nawet aresztu czy skazania za czyn z art. 233 k.k., może to powodować ból lub cierpienie. Wystąpią one, kiedy ofiara wbrew swej woli zdecyduje się zeznawać, zmuszona przypominać sobie szczegóły zdarzenia, którego nie chciałaby pamiętać. Takie wnioskowanie wydaje się uzasadnione ze względu na orzecznictwo ETPC. Tortury, czy nieludzkie traktowanie wcale nie muszą oznaczać więzienia, bicia czy stosowania innych podobnych czynności. Trybunał za nieludzkie traktowanie uznał chociażby nieinformowanie rodziców o zatrzymaniu policyjnym dziecka[30], niewłaściwą porę przesłuchań zatrzymanego[31], czy nawet brak wykazania przez państwo współczucia dla wysiłków krewnych zmarłego lub osoby zaginionej przez nieudzielenie im pomocy w uzyskaniu informacji i dostępie do istotnych faktów[32]. Należy także wskazać na absolutny charakter zakazu, czyli niedający żadnych możliwości naruszenia wskazanego prawa[33]. W takiej sytuacji wystarczyłoby zbadanie, czy zmuszanie zgwałconej osoby do składania zeznań przed organem państwowym nie narusza tego prawa. Stwierdzenie pozytywne wyłączałoby konstytucyjność omawianej regulacji, bez potrzeby przeprowadzania testu proporcjonalności.

Zarówno gwarancję z art. 47, jak i z art. 40 należy czytać w kontekście art. 30 konstytucji, który, jak się wydaje, może stanowić także samodzielną podstawę kontroli. Trzeba pamiętać, iż art. 30, stanowiąc podstawową wartość ustroju, znacząco wpływa na proces wykładni i stosowania wszystkich przepisów ustawy zasadniczej[34]. W związku z tym z omawianej normy można wywodzić normatywne zobowiązanie państwa do podejmowania działań zmierzających do urzeczywistnienia jego celów, ale również do powstrzymywania się od takich działań, które są niemożliwe do połączenia z realizacją innych zasad i celów[35]. W tym momencie niezależnie od pobudek, które mogą przyświecać likwidacji trybu wnioskowego, należy aktualny stan prawny rozpatrywać w perspektywie ograniczenia innych praw i wolności, których ochrona także wpisuje się w cele i zadania państwa. W konsekwencji prawo do godności staje się prawem limitującym możliwość ograniczania innych praw. Innymi słowy: każde prawo i wolność opisane w ustawie zasadniczej powinny być interpretowane w taki sposób, by możliwie najpełniej realizować prawo do godności jednostki[36].

Prawo do godności można także traktować bardziej szczegółowo – nie tylko jako ogólną zasadę konstytucji. Wówczas jej przedmiot jest bardzo szeroki, jednak z całą pewnością zalicza się do niej gwarancja autonomii jednostki w sferze samorealizacji, a w szczególności prawo do niestawania się przedmiotem działań ze strony innych, w tym także ze strony państwa[37]. Należy więc rozważyć, czy przypadkiem tak się nie dzieje w sytuacji, kiedy państwo, kierując się potrzebą pojmania i ukarania sprawcy, prewencji ogólnej, zmusza ofiarę przestępstwa zgwałcenia do składania traumatycznych dla niej zeznań. Niezależnie od tego, czy taka regulacja jest konstytucyjna, czy też nie, nie ma wątpliwości, że w tym zakresie ogranicza również prawo do godności. Trybunał Konstytucyjny jasno wskazał, że „w świetle art. 30 Konstytucji wykluczone jest takie zniesienie lub ograniczenie poszczególnych wolności i praw, które prowadziłoby do naruszenia godności człowieka (…). W tych warunkach należy uznać, że im silniejszy jest związek danego prawa albo wolności z istotą godności człowieka, tym lepiej (skuteczniej) winno być ono chronione przez władze publiczne”[38].

30 Wyrok ETPC z dnia 25 maja 1998 r. w sprawie *Kurt v. Turcja*, skarga nr 24276/94.

31 Wyrok ETPC z dnia 27 sierpnia 1992 r. w sprawie *Tomasi v. Francja*, skarga nr 12850/87.

32 Wyrok ETPC z dnia 21 października 2013 r. w sprawie *Janowiec i inni v. Rosja*, skarga nr 55508/07 i 29520/09.

33 L. Garlicki (w:) L. Garlicki (red.) *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2008, komentarz do art. 30, s. 9.

34 Tamże, s. 13.

35 Tamże.

36 Tamże.

37 L. Garlicki (w:) L. Garlicki (red.) *Konstytucja*…, dz. cyt., komentarz do art. 30, s. 20.

38 Orzeczenie TK z dnia 30 października 2006 r., P 10/06.

Domniemanie konstytucyjności

Wyżej wskazane podstawy świadczą jednoznacznie, że uchylenie art. 205 k.k. ograniczyło osobę pokrzywdzoną przestępstwem zgwałcenia w jej prawach i wolnościach. Co więcej, należy wskazać, że w rzeczywistości zaostrzono także represyjność prawa karnego oraz procesowego wobec ofiary przestępstwa zgwałcenia. Wniosek konstruował wobec ofiary uprawnienie do decydowania o tym, czy chce zeznawać, jeszcze na przedpolu procesu. Brak takiej regulacji ogranicza osobę pokrzywdzoną w jej prawach, równocześnie rozszerzając w rzeczywistości zakres represji. Dotyczy to zarówno środków porządkowych, jak i zakresu zakazu art. 233 k.k. Ofierze przestępstwa zgwałcenia zabrano możliwość decyzji co do znalezienia się w sytuacji, kiedy z różnych pobudek może nie zeznać prawdziwie lub zataić określone informacje. W konsekwencji ustawodawca naraził w większym stopniu taką osobę na groźbę wejścia w zakres zakazu, mając świadomość specyfiki zachowań ofiar przestępstwa zgwałcenia.

> **Ustawodawca naraził ofiarę zgwałcenia na groźbę wejścia w zakres zakazu z art. 233 k.k.**

Niezależnie od przyświecających ustawodawcy pobudek, dla których zdecydował o opisanym wyżej ograniczeniu i zwiększeniu represyjności, orzecznictwo oraz doktryna wskazują na określone warunki stanowiące kanon pożądanych praktyk, przy wprowadzaniu tego typu regulacji. Innymi słowy: ustawodawca nie ma w omawianym zakresie pełnej wolności, lecz musi swoje postępowanie, po pierwsze, określić w wyznaczonych prawem granicach, a po drugie – należycie uzasadnić. Jednakże w związku z domniemaniem konstytucyjności ustawy trzeba wskazać powód, dla którego przeprowadzenie kontroli konstytucyjnej omawianej regulacji byłoby zasadne. W pierwszej kolejności należy wskazać na postulat możliwie najszerszej wolności od represyjnej interwencji państwa. Prawo karne, a patrząc szerzej, także inna forma represji karnej, powinny stanowić *ultima ratio* każdej formy polityki społecznej. Właśnie z omawianej zasady prawa karnego wywodzi się obowiązek podania racjonalnego uzasadnienia konkretnej decyzji ustawodawczej[39]. Dotyczy to nie tylko wskazania dobra, które jest poddawane ochronie przez ograniczenie innego, ale także potrzeby odniesienia się do skuteczności wprowadzanego rozwiązania i jego konieczności w rozumieniu art. 31 ust. 3 konstytucji. Taki tok rozumowania potwierdził Trybunał Konstytucyjny, stwierdzając, że „celowość zaostrzenia odpowiedzialności karnej (…) wymaga szczególnie wnikliwego uzasadnienia, zwłaszcza wtedy, gdy efektem stosowania instrumentów prawnokarnych może być ograniczenie innych sfer wolności wyraźnie gwarantowanych przez Konstytucję”[40]. Innymi słowy, ustawodawca, podejmując decyzję rozszerzającą represyjność, a tym samym ograniczając prawa i wolności obywatelskie, jest obowiązany do wykazania, że spełnia ona konstytucyjne wymogi takiego ograniczenia, a więc spełnia tym samym kryterium przydatności, konieczności i proporcjonalności *sensu stricto*. Z uwagi natomiast na normatywny kontekst państwa demokratycznego, zachodzi potrzeba podkreślenia aspektu negatywnego zasady *ultima ratio* prawa karnego, co w efekcie stanowi podstawowe odniesienie dla oceny zgodności z Konstytucją RP zarówno wprowadzenia, jak i obowiązywania konkretnego zakazu karnego[41].

Z kolei, odwołując się do idei *in dubio pro libertate,* należy wskazać na obowiązek udowodnienia potrzeby kryminalizacji, a także rozszerzenia jej dotychczasowego zakresu. Ciężar dowodu spoczywa tu na

39 M. Królikowski, (w:) M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks*…, dz. cyt., nb. 11.

40 Wyrok TK z dnia 11 października 2006 r., akt P 3/06.

41 M. Królikowski (w:) M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks*…, dz. cyt., nb. 11.

ustawodawcy[42]. Lech Gardocki wskazuje, iż w razie wystąpienia wątpliwości należy z wprowadzania danej regulacji zrezygnować[43]. Trzeba także podkreślić znaczenie zasady konieczności sankcji karnej, która tworzy wymóg uzasadnienia każdej interwencji o charakterze prawnokarnym[44].

Kryterium przydatności

Analizując uchylenie art. 205 k.k. i jego konsekwencje, w pierwszej kolejności należy wskazać, że niezależnie gdzie upatrujemy źródła ograniczeń wolności i praw obywatelskich, to ich forma jest prawidłowa, z uwagi na fakt, iż zarówno usunięcie art. 205 k.k., jak i obowiązek składania zeznań z art. 177 ust. 1 k.p.k. są określone w ustawie.

Kolejną sprawą jest analiza przesłanek określających wartości, którymi kierowanie się upoważnia ustawodawcę do wprowadzenia ograniczenia danego prawa lub wolności. Również w tym przypadku przesłanka celu zapewnienia bezpieczeństwa i porządku publicznego wydaje się nie budzić wątpliwości. Niewątpliwie dobro potencjalnych ofiar jest tu bardzo istotne, a na państwie spoczywa obowiązek przeciwdziałania jego łamaniu, co realizuje przez wprowadzanie sankcji o charakterze karnym i skuteczne ściganie sprawców łamiących porządek prawny. Za niepożądane należy uznać takie nieukaranie sprawcy, z uwagi na fakt, że perspektywa uniknięcia odpowiedzialności karnej przynajmniej nie odstrasza, jeśli nie zachęca do popełnienia przestępstwa. W tym zakresie można podnieść wątpliwość, czy takim celem ustawodawca rzeczywiście się kierował. Wnioskując z uzasadnienia do jednego z projektów ustawy, można byłoby przyjąć odmienną opinię, bowiem projektodawca wskazał jako cel „unowocześnienie i racjonalizację rozwiązań prawa karnego materialnego i procesowego w zakresie ścigania za przestępstwo zgwałcenia poprzez wprowadzenie w znacznym zakresie trybu ścigania z urzędu”[45], a nie potrzebę przeciwdziałania przemocy seksualnej i zabezpieczenia tym samym bezpieczeństwa publicznego. Jednakże w przypadku drugiego projektu, który również stanowił podstawę prac legislacyjnych, wskazano w uzasadnieniu, że celem uchylenia art. 205 k.k. było m.in. „stworzenie efektywnych mechanizmów przeciwdziałania wybranym przestępstwom przeciwko wolności seksualnej oraz obyczajności, a zarazem zapewnienie osobom pokrzywdzonym w zakresie tego rodzaju przestępczości skuteczniejszej niż dotychczas ochrony prawnej”[46]. Wymienione cele regulacji poddane zostaną analizie, w związku z faktem, iż budzące kontrowersje rozwiązanie w postaci trybu bezwnioskowego w obecnym kształcie pochodziło właśnie z tego projektu. Jednakże realizacja przyjętych celów budzi istotne wątpliwości.

W pierwszej kolejności należy zbadać spełnienie kryterium przydatności przez uchylenie art. 205 k.k. w kontekście deklarowanych celów ustawodawcy. Zasadna wydaje się przynajmniej niepewność – co do rzeczywistego spełnienia się wymienionych zamierzeń w przypadku uchylenia wnioskowego trybu ścigania przestępstwa zgwałcenia. Celem ustawodawcy było takie ukształtowanie stanu prawnego, by ściganie sprawcy przestępstwa zgwałcenia było bardziej skuteczne. Natomiast argumentacja wokół negatywnej oceny trybu wnioskowego wskazywała na jego blokujący charakter. Miał on utrudniać ujęcie, osądzenie i ukaranie sprawcy, będąc jednocześnie uprawnieniem uciążliwym dla ofiary przestępstwa, z uwagi na obarczenie jej trudną decyzją procesową w chwili, kiedy zdolność podejmowania decyzji jest utrudniona. Warto jednak zauważyć niekonsekwencję w tym zakresie. Ustawodawca uchylił tryb wnioskowy między innymi ze względu na brak zdolności podjęcia decyzji, jednak tym samym zakłada zdolność do składania zeznań mających spełniać istotną rolę w procesie karnym, a co więcej, zmusza do tego ofiarę, ponieważ nie zapewnił żadnej innej możliwości uniknięcia

42 L. Gardocki, *Subsydiarność prawa karnego oraz in dubio pro libertate – jako zasady kryminalizacji*, „Państwo i Prawo” 1989, z. 12, s. 65.

43 Tamże.

44 M. Królikowski (w:) M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks…*, dz. cyt., nb. 11.

45 Poselski projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz ustawy – Kodeks postępowania karnego, druk sejmowy nr 998 (VII kadencja), uzasadnienie.

46 Poselski projekt ustawy o zmianie ustawy Kodeks karny, druk 532 (VII kadencja), uzasadnienie.

przez nią tego obowiązku, jak np. prawa do odmowy składania zeznań. Jednakże dla oceny prawidłowości uchylenia art. 205 k.k. istotna jest jego przydatność.

Po pierwsze, analizując kwestię przydatności, należy podnieść wątpliwość, czy korzystanie przez ofiarę z odpowiednich instrumentów procesowych, jak art. 182 k.p.k., art. 183 ust. 1 k.p.k., nie utrudnia ścigania sprawcy w porównywalnym stopniu co tryb wnioskowy – w przypadku ścigania sprawców będących osobami najbliższymi. Brak zeznań w tym zakresie stanowi istotną lukę w postępowaniu dowodowym, która niewypełniona może skutkować umorzeniem sprawy już na etapie postępowania przygotowawczego, bądź na etapie sądowym. Można więc stwierdzić, że w zakresie zwiększenia skuteczności ścigania sprawców będących osobami najbliższymi stawianego sobie celu ustawodawca nie osiąga. Na szczęście w tej konfiguracji zabezpieczone są także wymienione wcześniej prawa i wolności konstytucyjne, przez instytucje z art. 182 i 183 ust. 1 k.p.k. Należy mieć jedynie nadzieję, że powyższe konstatacje nie doprowadzą do odebrania ofierze czynu z art. 197 k.k. wyżej wskazanych uprawnień procesowych. Po drugie, nie można zapominać o zjawisku zastraszenia ofiary przez sprawcę lub jego bliskich. Takie sytuacje zdarzały się już wcześniej, na etapie składania wniosku, w związku z czym nie ma powodu sądzić, że będzie inaczej na etapie postępowania karnego. W konsekwencji, w perspektywie osiągnięcia pożądanego efektu, wątpliwe jest urzeczywistnienie projektowanych zamierzeń. Nie znajduje także uzasadnienia twierdzenie, iż ofiara, która w obawie przed sprawcą lub za jego namową nie zgłaszała wniosku, będzie się mniej bała, czy też będzie mniej podatna na jego sugestie tylko i wyłącznie dlatego, że ciężar decyzji zostanie przeniesiony z sytuacji przedprocesowej na sytuację procesową. Płynie z tego prosta konkluzja, iż po raz kolejny trudno przyznać wprowadzonej regulacji walor przydatności. Należy pamiętać, że ofiara wciąż musi wykazać się wolą i odwagą, by zeznawać – niezależnie od etapu, na którym do tego dochodzi. Niemniej zmiana jest bardzo istotna. Niestety uderza ona nie w sprawcę, lecz w ofiarę, umożliwiając ukaranie ofiary przestępstwa zgwałcenia karą porządkową, w przypadku gdy nie przystąpi ona do składania zeznań, lub zasądzenie wobec niej odpowiedzialności karnej – w przypadku przeinaczenia zeznań lub też niezłożenia ich w pełni. Po trzecie z kolei, nie można w omawianej sytuacji wykluczyć woli ochrony sprawcy przez ofiarę. Może to wynikać z uzależnienia osobistego, uczuć żywionych do sprawcy, litości oraz wielu innych powodów. Bez względu na ocenę takiego postępowania ma ono realny wpływ na urzeczywistnienie skutku, który osiągnąć chciał ustawodawca. Trzeba się jednak zastanowić, czy stosowanie przepisów porządkowych z k.p.k. lub też sankcji karnych jest adekwatną karą za to, że ofiara przestępstwa zgwałcenia w taki, a nie inny sposób, będąc do tego zmuszona, spełnia wymienione wcześniej przesłanki. W tym kontekście warto odwołać się do orzecznictwa ETPC. Trybunał ten wielokrotnie wskazał, że w skład zespołu obowiązków pozytywnych państwa wchodzi zapewnienie efektywnego ustawodawstwa karnego. Podkreślił także, że dotyczy to w szczególności przypadków najpoważniejszych deprawacji godności człowieka lub wartości fundamentalnych, naruszających m.in. zakaz tortur lub też innego rodzaju naruszenia praw człowieka w przypadku, gdy pokrzywdzonym, ze względu na cechy osobowościowe lub konkretną sytuację, była osoba szczególnie wrażliwa na krzywdę[47]. Taką osobą jest niewątpliwie ofiara przestępstwa zgwałcenia.

> **Wątpliwe jest osiągniecie przez ustawodawcę celu, którym uzasadniono uchylenie art. 205 k.k.**

47 Wyrok ETPC z dnia 26 marca 1985 r. w sprawie *X and Y v. Netherlands*, skarga nr 8978/80; wyrok ETPC z dnia 4 grudnia 2003 r. w sprawie *MC v. Bulgaria*, skarga nr 39272/98; wyrok

Po czwarte wreszcie, nie można pomijać argumentu wskazującego na odpowiedni moment składania zeznań. Należy zwrócić uwagę na logiczną prawidłowość, że świadek, który zeznawać chce i jest na zeznania gotowy, stanowi obiektywnie lepsze źródło dowodowe niż świadek zmuszany do tego przepisami prawa. Jeszcze trudniejszą sytuację mamy, kiedy ofiara przestępstwa zgwałcenia jest świadkiem, będąc częstokroć jedynym źródłem dowodowym. Kiedy to ofiara decydowała o momencie rozpoczęcia ścigania, wówczas można w sposób uzasadniony przypuszczać, że jej zeznania były bardziej wyczerpujące zwłoki w celu zabezpieczenia śladów i dowodów, a także czynności zmierzających do wyjaśnienia, czy wniosek będzie złożony"[49].

W związku z powyższymi uwagami zasadna wydaje się wątpliwość co do możliwości osiągnięcia skutku w postaci sprawniejszego ścigania sprawcy przestępstwa zgwałcenia. Tym bardziej brak jest uzasadnienia dla twierdzenia, że uchylenie art. 205 k.k. stanowi podniesienie standardów w zakresie ochrony praw ofiary czynu z art. 197 k.k. Bez wątpliwości natomiast pozostaje fakt ograniczenia obywatela w jego prawach i wolnościach konstytucyjnych. Wobec braku

Brak jest uzasadnienia dla twierdzenia, że uchylenie art. 205 k.k. stanowi podniesienie standardów w zakresie ochrony praw ofiary czynu z art. 197 k.k.

i pomocne dla organów ścigania oraz organów wymiaru sprawiedliwości niż w przypadku, gdy postępowanie zostanie wszczęte na etapie, kiedy ofiara sobie tego nie życzy. Nie można rozumowaniu temu przedstawić kontrargumentu, iż czas oczekiwania na wniosek ofiary powodował, iż inne dowody traciły na wartości, albowiem brak wniosku nie stanowił przeszkody, by wszcząć postępowanie „w sprawie", gdyż tylko w ten sposób umożliwiało się skuteczne ściganie sprawcy w razie złożenia wniosku przez ofiarę[48]. Należy podkreślić, że zgodnie z art. 17 § 2 k.p.k. do chwili otrzymania wniosku lub zezwolenia władzy, od których ustawa uzależnia ściganie, lecz po uzyskaniu informacji o popełnieniu przestępstwa, „organy procesowe dokonują tylko czynności niecierpiących spełnienia przesłanki przydatności można byłoby już na tym etapie wyrazić obawę co do zgodności uchylenia art. 205 k.k. z ustawą zasadniczą. Warto jednak poddać analizie spełnienie – bądź też nie – pozostałych kryteriów zasady stosunkowości.

Kryterium konieczności

W związku z drugim kryterium – konieczności – zasadne zdaje się rozważenie, czy uchylenie art. 205 k.k., a w konsekwencji likwidacja trybu wnioskowego ścigania przestępstwa zgwałcenia, było drogą najmniej ograniczającą w prawach i wolnościach gwarantowanych przez Konstytucję RP, spośród skutecznych, zakładając oczywiście – na potrzebę dalszej analizy – że takie rozwiązanie jest w ogóle przydatne w wyżej opisanym kontekście.

Odwołując się do faktu, iż tryb wnioskowy nie wywierał jedynie skutków w zakresie obowiązku składania zeznań przez ofiarę, lecz także stanowił warunek procesowy podjęcia ścigania, można uzasadniać oma-

ETPC z dnia 26 lipca 2005 r. w sprawie *Siliadin v. France*, skarga nr 73316/01.

48 A. Wąsek, J. Warylewski (w:) A. Wąsek, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do artykułów 117–221. Tom I*, Warszawa 2010, komentarz do art. 197 k.k., nb. 236.

49 Tamże.

wianą nowelizację przez samą potrzebę wszczęcia postępowania i możliwość ukarania sprawcy bez względu na to, czy ofiara będzie zeznawać, czy też nie. Niewątpliwie realna jest sytuacja, w której dochodzi do ujęcia, osądzenia i skazania sprawcy przestępstwa zgwałcenia pomimo braku zeznań ofiary przestępstwa zgwałcenia. Może do tego dojść na podstawie dowodu z nagrania monitoringu, pobranego materiału DNA, zeznań świadków zdarzenia, czy też innych dowodów usuwających wątpliwości co do sprawstwa i winy oskarżonego o czyn z art. 197 k.k. Do tego momentu likwidację trybu wnioskowego ścigania przestępstwa zgwałcenia można uznać za uzasadnioną i spełniającą cele, jakie postawił sobie ustawodawca. W żadnym razie nie znajduje jednak uzasadnienia niezapewnienie ofierze prawa do odmowy składania zeznań. Warto podkreślić, że taki pomysł pojawił się podczas prac legislacyjnych, jednak nie został zrealizowany[50]. Należy podnieść, że regulacja zapewniająca ofierze przestępstwa zgwałcenia możliwość odmowy składania zeznań prowadziłaby do nieograniczania w tak znacznym zakresie jej praw i wolności. W takiej sytuacji, jeśli organy posiadałyby wystarczający zasób dowodów, to doprowadzałyby sprawę do pozytywnego zakończenia, a tym samym skazania sprawcy, nawet bez udziału ofiary. Jeżeli natomiast ofiara wyrażałaby chęć współpracy, wówczas zgodnie ze swoją wolą wspierałaby oskarżenie dodatkowymi zeznaniami. Zatem przyjąć należy, iż istniała metoda mniej represyjnego i ograniczającego rozwiązania problemu skuteczności ścigania przestępstwa zgwałcenia niż ta, którą zastosował ustawodawca. W efekcie uzasadnione wydaje się stwierdzenie, iż omawiana regulacja nie spełnia kryterium konieczności.

Kryterium proporcjonalności sensu stricto

W związku z ostatnim kryterium – proporcjonalności *sensu stricto* – należy przyjrzeć się relacji dóbr pozostających w kolizji. Problem uchylenia wnioskowego trybu ścigania dotyka z jednej strony sfery opisanych wcześniej dóbr, mających swe źródło w art. 47 (prawo do prywatności), w art. 40 (zakaz stosowania tortur) oraz art. 30 konstytucji (godność człowieka). Z drugiej strony ustawa zasadnicza wskazuje także na prawo do wolności osobistej. Czyni to w art. 31 ust. 1, będącym podstawą konstytucyjnej ochrony wolności człowieka, oraz w art. 41, który wskazuje na szczególny wymiar wolności – nietykalność osobistą. Wymienioną w pierwszym przepisie wolność należy rozumieć między innymi jako swobodę do decydowania o własnym postępowaniu[51], co z pewnością dotyczy także sfery wolności seksualnej, jak też konieczności opowiadania o jej szczegółach. Należy jednak podkreślić, że wolność osobista nie ma wymiaru absolutnego[52], co oznacza, że w uzasadnionych przypadkach, zgodnie z regulacją z art. 31 ust. 3 konstytucji, może być ograniczona. Natomiast prawo do nietykalności gwarantuje jednostce możliwość utrzymywania swej tożsamości i integralności, zarówno fizycznej, jak i psychicznej, w taki sposób, by nikt nie miał prawa w nią ingerować.

W kontekście kryterium proporcjonalności kolizję wywołuje, że jako adresata prawa do wolności należy wskazać władzę publiczną. Z tego też wynikają dwa rodzaje ciążących na niej obowiązków. Po pierwsze negatywny, który dotyczy zakazu podejmowania działań i przyjmowania regulacji naruszających wolność jednostki[53]. Nie ma on jednak charakteru absolutnego. Po drugie obowiązek pozytywny, czyli zobowiązanie państwa do podejmowania takich działań i przyjmowania takich uregulowań, które zagwarantują jednostce właściwą ochronę w zakresie jej wolności osobistej[54]. Lech Garlicki wskazuje, że „oznacza to obowiązek stworzenia odpowiednich gwarancji proceduralnych”[55]. Niewątpliwie należy tu obowiązek zapewnienia przez państwo takich regulacji prawnych, które pozwolą w sposób skuteczny chronić wolność seksualną obywateli, z czego z kolei wynika konieczność efektywnego ścigania – także sprawców przestępstwa zgwałcenia.

50 Poselski projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz ustawy – Kodeks postępowania karnego, druk sejmowy nr 998 (VII kadencja), uzasadnienie.

51 L. Garlicki (w:) L. Garlicki (red.) *Konstytucja…*, dz. cyt., komentarz do art. 31, s. 1 i 4.

52 Tamże, komentarz do art. 41, s. 2.

53 Tamże, komentarz do art. 31, s. 11.

54 Tamże.

55 Tamże.

Rezygnując z trybu wnioskowego, ustawodawca wybrał obowiązek ochrony wolności seksualnej obywateli. Uczynił to kosztem przede wszystkim prawa do prywatności, a także w pewnym zakresie prawa do godności człowieka[56]. Dokonanie analizy prawidłowości wyboru ustawodawcy w tym zakresie sprawia szczególną trudność. Trudno się w tym przypadku oprzeć na ostrych kryteriach, którymi można byłoby się posłużyć. Preferencja konkretnego rozwiązania zależy od przyznania pierwszeństwa jednemu z dóbr chronionych. Taki wybór może wynikać z uznawanej przez interpretatora ideologii, uznawanej koncepcji obowiązków pozytywnych państwa i miejsca jednostki w społeczeństwie, a wreszcie zależeć może od nieostrości samego kryterium proporcjonalności *sensu stricto*. Z punktu widzenia teorii komunitarystycznej istotniejszy wydaje się autorytatywny obowiązek udziału państwa w działalności prowadzącej do potępienia negatywnego zachowania[57]. Niewątpliwie sankcja karna i skuteczność jej egzekwowania mają wpływ na potwierdzenie ważności i obowiązywania chronionej normy[58]. Jednak z drugiej strony teoria liberalna wskazuje na autonomię jednostki, która w przypadku ścigania przestępstwa zgwałcenia, z racji na szczególnie trudną sytuację ofiary, wskazywałaby na przyznanie prymatu wartości gwarantowanej na podstawie art. 47 konstytucji. Wyraźnego kierunku nie wskazuje także orzecznictwo ETPC, uznające za słuszne zrównoważenie (*fair balance*) ogólnego interesu publicznego i interesów jednostkowych. Trybunał ten podkreśla jednak, że dokonany wybór nie może prowadzić do nałożenia niemożliwych do wykonania lub nieproporcjonalnych obowiązków[59]. Za taki obowiązek można uznać konieczność zeznawania przez zgwałconą osobę, która przeżywając traumę, nie jest w stanie normalnie funkcjonować. Niemniej trudno jest wskazać, które dobro jest ważniejsze – osoby zgwałconej czy potencjalnych ofiar.

Rezygnując z trybu wnioskowego, ustawodawca wybrał obowiązek ochrony wolności seksualnej obywateli. Uczynił to kosztem przede wszystkim prawa do prywatności, a także w pewnym zakresie prawa do godności człowieka.

Zakończenie

Celem artykułu nie była odpowiedź na pytanie o charakter czy konieczność skutecznego ścigania sprawców przestępstwa zgwałcenia. W tym zakresie nie ma wątpliwości. Tak brutalna ingerencja w wolność seksualną jednostki jest niedopuszczalna, a sytuacja, w której sprawcy unikają odpowiedzialno-

56 Z racji absolutnego charakteru zakazu tortur problem ten nie może być nawet teoretycznie tu rozpatrywany, w kontekście kryterium proporcjonalności.

57 Ch. Taylor, *Cross-Purposes. The Liberal-Communitarian Debate* (w:) N. Rosenblum (red.), *Liberalism and Moral Life,* Cambridge *1989*, s. 159–160; M. Królikowski, *Sprawiedliwość karania w społeczeństwach liberalnych. Zasada proporcjonalności*, Warszawa 2005, s. 89 i n.

58 G. Jakobs, *Imputation in Criminal Law and Conditions for Norm Validity*, „Criminal Law Review" 2004, nr 2, s. 491 i n.; J. Kochanowski, *Subiektywne granice sprawstwa i odpowiedzialności karnej*, Warszawa 1985, s. 7.

59 Wyrok ETPC z dnia 8 lipca 2004 r. w sprawie *Ilaşcu i inni v. Mołdawia i Rosja*, skarga nr 48787/99; A. Mowbray, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Oxford 2004, *passim*.

ści, nie powinna mieć praktycznie miejsca. Zostało jednak postawione pytanie o sposób, w jaki państwo realizuje ciążący na nim pozytywny obowiązek ochrony prawa do wolności seksualnej i czy regulacji dokonano w zgodzie z gwarancjami zawartymi w art. 31 ust. 3 konstytucji. Niestety, w tym zakresie odpowiedź pozostawia wiele wątpliwości. Niezależnie od rzeczywiście trudnego w niniejszym przypadku do oceny kryterium proporcjonalności regulacja ograniczająca w prawach i wolnościach osobistych powinna spełniać jeszcze dwa inne kryteria – przydatności i konieczności. Z perspektywy uprawnień w procedurze karnej oraz szczególnej sytuacji ofiary przestępstwa zgwałcenia, zgodnie z przywołanymi wyżej argumentami należy stwierdzić, że przydatność uchylenia art. 205 k.k. budzi poważne wątpliwości. Wydaje się, że w zakresie ścigania sprawcy nic się nie zmieni. Natomiast zmiana jest istotna i dotkliwa, jeśli spojrzymy na nią z pozycji ofiary. Z całą pewnością ustawodawca musiał dokonać wyboru jednego z dóbr. Tak też się stało, gdy wskazał na interes potencjalnych ofiar. Istniała jednak inna droga, taka, która w mniejszym stopniu naruszałaby prawa ofiar przestępstwa zgwałcenia – możliwość zapewnienia im prawa do odmowy składania zeznań. W związku z tym wprowadzona regulacja nie spełnia kryterium konieczności. Niezależnie od preferencji w kwestii ostatniego z kryteriów zasady stosunkowości, niespełnione dwa wcześniejsze kryteria wskazują na niezgodność obowiązującego rozwiązania z Konstytucją RP. Wreszcie nie można zapominać, że ocena w przypadku tak delikatnych kwestii nie jest wolna od osobistych emocji, w związku z czym powinna być przemyślana i nieczyniona w pośpiechu. Wydaje się niestety, że w przypadku omawianej zmiany dyskusja była emocjonalna, argumentów zaś wysłuchano jednostronnie. Nawet słuszna idea i dobre chęci nie zwalniają ustawodawcy z obowiązku zachowania granic, które wyznacza konstytucja. W przypadku uchylenia art. 205 k.k. *de lege ferenda* należy postulować zmianę, która zagwarantowałaby ofierze przestępstwa zgwałcenia właściwą ochronę, a ewentualne ograniczenie jej praw i wolności żeby było zgodne z ustawą zasadniczą.

Istniała jednak inna droga, taka, która w mniejszym stopniu naruszałaby prawa ofiar przestępstwa zgwałcenia – możliwość zapewnienia im prawa do odmowy składania zeznań.

Paulina Konarska

Kształcenie osób niepełnosprawnych w świetle aktualnych regulacji prawnych

Paulina Konarska

Absolwentka Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu, doktorantka w zakresie nauk prawnych na tym wydziale. Od stycznia 2015 r. aplikantka radcowska w OIRP w Toruniu. W 2012 r. laureatka konkursu organizowanego przez Rzecznika Praw Obywatelskich „Prawo, Ludzie, Przypadki". Autorka kilku artykułów z zakresu szeroko rozumianego prawa cywilnego. Specjalizuje się w prawie medycznym.

Education of Disabled People according to the Current Polish Law

Nowadays, there is no clear definition of disability. It is said that disability is a multi-layered concept in that it entails not only physical incapacitation but also serious social handicap, preventing disabled people from functioning properly. In fact, albeit that it is commonly acknowledged that they shall be granted equal rights to non-disabled people, disabled still must cope with many barriers. The right to education is classified as a core human right, that is why it is crucial to give people with disabilities open access to education. At present, disabled children may be provided education through two distinct modes. The original philosophy stems from an idea that disabled should be educated separately, in special schools. The alternative is an inclusive education system in which disabled and non-disabled children share the same school. It is submitted that only inclusive education is able to provide high quality service to disabled and rid any remnants of discrimination from the social scene. Unfortunately, despite extensive legal regulation in this field disabled people as a whole still suffer from a standard of education that falls below par, a detriment which may translate to lowering their professional and social prospects, and ultimately, the quality of their lives.

1. Status osób niepełnosprawnych

1.1. Definicja

„Niepełnosprawność" to pojęcie szerokie, wieloznaczne i nieostre. Nawet najważniejsze w Polsce źródło prawa, jakim jest Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej[1], nie dookreśla terminu „niepełnosprawność", pomimo iż posługuje się nim dwukrotnie. W większości aktów normatywnych dotyczących osób niepełno-

1 Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. nr 78 poz. 483 z późn. zm.).

sprawnych można znaleźć definicje tworzone tylko na potrzeby konkretnego dokumentu. Co więcej, termin „niepełnosprawność" interpretowany jest w sposób odmienny w poszczególnych dziedzinach. W praktyce, pomimo licznych postulatów teoretyków i praktyków, nie istnieje jedna, powszechna definicja omawianego pojęcia, co implikuje wiele trudności w toku stosowania prawa.

W ustawodawstwie polskim najważniejszą rolę odgrywają dwie wskazane poniżej definicje. Karta Praw Osób Niepełnosprawnych[2] podaje, iż niepełnosprawna jest osoba, której „sprawność fizyczna, psychiczna lub umysłowa trwale lub okresowo utrudnia, ogranicza lub uniemożliwia życie codzienne, naukę, pracę oraz pełnienie ról społecznych, zgodnie z normami prawnymi i zwyczajowymi" (§ 1). Z kolei ustawa o rehabilitacji zawodowej i społecznej[3] charakteryzuje niepełnosprawność jako: „trwałą lub okresową niezdolność do wypełniania ról społecznych z powodu stałego lub długotrwałego naruszenia sprawności organizmu, w szczególności powodującą niezdolność do pracy" (art. 1).

Rozmaite definicje omawianego pojęcia można odnaleźć również w międzynarodowych aktach prawnych. Dla przykładu, w konwencji o prawach osób niepełnosprawnych[4] określono jako niepełnosprawne „osoby, które mają długotrwale naruszoną sprawność fizyczną, umysłową, intelektualną lub w zakresie zmysłów, co może w oddziaływaniu z różnymi barierami utrudniać im pełny i skuteczny udział w życiu społecznym na zasadzie równości z innymi osobami" (art. 1). Natomiast Światowa Organizacja Zdrowia (ang. *World Health Organization* – WHO) wyróżnia trzy pojęcia składające się na istotę niepełnosprawności. Pierwszym z nich jest niesprawność (ang. *impariment*), czyli „każda utrata sprawności lub nieprawidłowość w budowie czy funkcjonowaniu organizmu pod względem psychologicznym, psychofizycznym lub anatomicznym"[5]. Drugim jest niepełnosprawność (ang. *disability*) definiowana jako „każde ograniczenie bądź niemożność (wynikające z niesprawności) prowadzenia aktywnego życia w sposób lub zakresie uznawanym za typowe dla człowieka"[6]. Ostatnim zaś ograniczenia w pełnieniu ról społecznych (ang. *handicap*), czyli „ułomność określonej osoby wynikająca z niesprawności lub niepełnosprawności, ograniczająca lub uniemożliwiająca pełną realizację roli społecznej odpowiadającej wiekowi, płci oraz zgodnej ze społecznymi i kulturowymi uwarunkowaniami"[7].

Powszechnie wyróżnia się dwa modele niepełnosprawności: model medyczny i model społeczny. W modelu medycznym niepełnosprawność postrzega się jako problem fizyczny związany z określoną chorobą, urazem, kalectwem[8]. Opierając się na omawianym modelu, za główny cel stawia się wyleczenie osoby chorej, bądź przynajmniej włączenie jej do społeczeństwa poprzez naukę i rehabilitację. W modelu medycznym niepełnosprawność traktowana jest jako ułomność, niedobór, zaś sama osoba chora uznawana jest za niepełnowartościową. Inaczej jest w modelu społecznym, gdzie niepełnosprawność charakteryzuje się jako pewien problem społeczny, wynikający z określonych interakcji między jednostką a resztą społeczeństwa. Zwolennicy tego modelu zwracają uwagę na konieczność znoszenia różnego rodzaju barier (zarówno fizycznych, jak i psychologicznych)[9] ograniczających osoby niepełnosprawne oraz konieczność współpracy „dla pełnego uczestniczenia ludzi niepełnosprawnych we wszystkich dziedzinach życia społecznego"[10].

2 Uchwała Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 1 sierpnia 1997 r. – Karta Praw Osób Niepełnosprawnych (M.P. nr 50, poz. 475).

3 Ustawa z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (Dz.U. nr 123 poz. 776 z późn. zm.).

4 Konwencja o prawach osób niepełnosprawnych, sporządzona w Nowym Jorku, dnia 13 grudnia 2006 r. (Dz.U. z 2012 r., poz. 1169).

5 Ośrodek informacji ONZ w Warszawie, *Definicja niepełnosprawności*, http://www.unic.un.org.pl/niepelnosprawnosc/definicja.php (dostęp 24 grudnia 2014).

6 Tamże.

7 Tamże.

8 Światowa Organizacja Zdrowia, *Międzynarodowa klasyfikacja funkcjonowania, niepełnosprawności i zdrowia (ICF)*, http://www.csioz.gov.pl/src/files/klasyfikacje/ICF_Polish_version.pdf (dostęp 24 grudnia 2014), s. 20.

9 Ośrodek informacji ONZ w Warszawie, *Bank światowy – World bank*, http://www.unic.un.org.pl/niepelnosprawnosc/wb.php (dostęp 24 grudnia 2014).

10 Światowa Organizacja Zdrowia, *Międzynarodowa klasyfikacja*…, dz. cyt., s. 20.

W Międzynarodowej klasyfikacji funkcjonowania, niepełnosprawności i zdrowia (ang. *International Classification of Functioning, Disability and Health* – ICF) Światowa Organizacja Zdrowia utworzyła trzeci, nieznany dotychczas model niepełnosprawności, będący połączeniem modelu medycznego i społecznego. W ICF podkreśla się, że na niepełnosprawność należy patrzeć szeroko, ponieważ powinna być ona charakteryzowana z uwzględnieniem nie tylko stanu zdrowia i czynników osobowych, lecz także różnorodnych czynników zewnętrznych, takich jak np. wpływ środowiskowy[11]. Wzajemna interakcja pomiędzy różnymi czynnikami składa się na pojęcie niepełnosprawności, dlatego powinno ono pozostać możliwie najbardziej elastyczne i semantycznie niedookreślone. W zależności od „kultury, postaw, przekonań, dyscypliny i orientacji"[12] pojęcie niepełnosprawności zawsze będzie relatywizowane.

Na niepełnosprawność należy patrzeć szeroko, ponieważ powinna być ona charakteryzowana z uwzględnieniem nie tylko stanu zdrowia i czynników osobowych, lecz także różnorodnych czynników zewnętrznych, takich jak np. wpływ środowiskowy.

1.2. Prawa i wolności osób niepełnosprawnych

Do czasu zakończenia drugiej wojny światowej osoby dotknięte niepełnosprawnością traktowane były powszechnie jako jednostki drugiej kategorii, niepełnowartościowe. Ze względu na swoje ułomności były marginalizowane, a nawet eksterminowane. Status osób niepełnosprawnych był tym gorszy, że nie przysługiwały im żadne uprawnienia. Gwałtowny rozwój praw człowieka w drugiej połowie XX wieku spowodował, że również tej grupie społecznej zaczęto przyznawać prawa.

W pierwszej kolejności podmiotowość osób niepełnosprawnych dostrzeżono i zaczęto podkreślać na szczeblu ponadpaństwowym. Od tej pory wszystkie najważniejsze akty prawa międzynarodowego, począwszy od Powszechnej deklaracji praw człowieka[13], zrównują pozycję każdej jednostki i przyznają jej prawa i wolności niezależnie od indywidualnych cech, takich jak rasa, kolor skóry, płeć, język, wyznanie, poglądy polityczne lub jakiekolwiek inne, narodowość, pochodzenie społeczne, majątek, urodzenie lub jakikolwiek inny stan (art. 2 deklaracji). Wśród aktów prawa międzynarodowego najbardziej szczegółową regulację dotyczącą uprawnień (zwłaszcza w zakresie kształcenia oraz readaptacji zawodowej) osób niepełnosprawnych przewiduje Europejska Karta Społeczna[14]. Również w polskim systemie prawnym podkreśla się równouprawnienie każdej jednostki oraz prawo do równego traktowania przez władze

11 Tamże, s. 17.

12 D. Deutsch Smith, *Pedagogika specjalna*, t. 1, red. A. Firkowska-Mankiewicz, G. Szumski, Warszawa 2008, s. 70.

13 Powszechna Deklaracja Praw Człowieka uchwalona przez Zgromadzenie Ogólne w dniu 10 grudnia 1948 roku w Paryżu, http://libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/onz/1948.html (dostęp 17 grudnia 2014).

14 Europejska Karta Społeczna sporządzona w Turynie dnia 18 października 1961 r. (Dz.U. z 1999 r. nr 8, poz. 67).

publiczne. Zgodnie z literą Konstytucji RP: „Nikt nie może być dyskryminowany w życiu politycznym, społecznym lub gospodarczym z jakiejkolwiek przyczyny" (art. 32), zaś zgodnie z brzmieniem konwencji o prawach osób niepełnosprawnych „dyskryminacja kogokolwiek ze względu na niepełnosprawność jest pogwałceniem przyrodzonej godności i wartości osoby ludzkiej"[15].

Analizując rozmaite dokumenty o charakterze międzynarodowym oraz krajowym, należy stwierdzić, iż obecnie beneficjentem praw i wolności w nich określonych jest każda osoba, niezależnie od stanu psychicznego czy fizycznego. Większość państw europejskich przyjmuje, że każdej osobie niepełnosprawnej powinny przysługiwać te same prawa co osobom pełnosprawnym. Jednakże przyznanie niepełnosprawnym tych samych uprawnień, które przysługują osobom pełnosprawnym, nie gwarantuje, że będą one w stanie z nich korzystać. Dlatego też coraz częściej podkreśla się, iż zapewnienie pełnej realizacji zasady równości wymaga przyznania osobom niepełnosprawnych dodatkowych przywilejów, które umożliwią bądź ułatwią im nieograniczone korzystanie z praw i wolności przyznanych ogółowi[16].

1.3. Obowiązki władz publicznych wobec osób niepełnosprawnych

Ze względu na różnorodne ograniczenia i ułomności, które dotykają osób niepełnosprawnych, władze państwowe zostały zobowiązane do zapewnienia tej kategorii obywateli szczególnej opieki i wsparcia. Obowiązki państwa zostały wskazane wprost w Europejskiej Karcie Społecznej, gdzie osobom niepełnosprawnym przyznano: „prawo do szkolenia zawodowego, rehabilitacji oraz readaptacji zawodowej i społecznej, bez względu na przyczynę i rodzaj ich inwalidztwa" (część I, pkt 14). Również przepisy Konstytucji RP wymieniają powinności państwa wobec osób niepełnosprawnych. Władze publiczne zobligowane są przede wszystkim do zapewnienia niepełnosprawnym szczególnej opieki zdrowotnej, pomocy w zabezpieczeniu egzystencji, przysposobieniu do pracy oraz komunikacji społecznej (art. 68 i 69 konstytucji). Zakres i formy pomocy określono szczegółowo w ustawach. Znajduje to swój wyraz w orzecznictwie: „prawo do świadczenia pielęgnacyjnego, które umożliwia sprawowanie efektywnej opieki przez członków rodziny nad osobami niepełnosprawnymi, niewątpliwie jest realizacją powinności wskazanej [w przepisach ustawy zasadniczej]"[17].

W celu urzeczywistnienia powyższych zobowiązań władze państwowe powinny ustanawiać odpowiednie regulacje prawne oraz stwarzać adekwatne mechanizmy pozwalające na ich pełną realizację[18]. Możliwość korzystania z praw przyznanych osobom niepełnosprawnym w dużej mierze gwarantowana jest przez powszechny dostęp do przestrzeni publicznej. Państwo zobowiązane jest zorganizować swoją działalność w taki sposób, aby ułatwić osobom niepełnosprawnym dostęp do administracji publicznej, szkolnictwa, służby zdrowia i innych. W tym celu konieczna jest likwidacja różnorodnych barier, w szczególności: „architektonicznych, urbanistycznych, transportowych, technicznych, barier w komunikowaniu się i dostępie do informacji"[19].

Niestety, pomimo wprowadzenia licznych instrumentów prawnych i pozaprawnych niepełnosprawni w dalszym ciągu spotykają się z barierami uniemożliwiającymi im pełne uczestnictwo w życiu społecznym, jak również z nieustannym naruszaniem przyznanych im praw[20]. Z jednej strony w ostatnich latach daje się zauważyć nieznaczną poprawę sytuacji osób niepełnosprawnych, jeśli chodzi o ich aktywność za-

15 Konwencja o prawach osób niepełnosprawnych…, cyt. wyżej, preambuła.

16 A. Nowak, *Zasada równości w Konstytucji RP a status osoby niepełnosprawnej*, „Przegląd Prawa Publicznego" 2011, nr 12, s. 95.

17 Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Rzeszowie z dnia 24 listopada 2010 r., II SA/Rz 779/2010, Lexis.pl nr 2502704.

18 M. Jankowska, *Prawa osób niepełnosprawnych w międzynarodowych aktach prawnych*, Fundacja Synapsis, http://www.pfron.org.pl/download/5/78/03MariaJankowska.pdf (dostęp 17 grudnia 2014), s. 28.

19 Powiatowe centrum pomocy rodzinie w Wolsztynie, *Dla niepełnosprawnych*, http://www.pcpr.powiatwolsztyn.pl/?page_id=35 (dostęp 24 grudnia 2014).

20 Konwencja o prawach osób niepełnosprawnych…, cyt. wyżej, preambuła.

wodową[21]. W wielu zakładach powstają miejsca pracy dla niepełnosprawnych, organizowane są specjalne szkolenia i kursy dokształcające. Z drugiej jednak – w wielu dziedzinach brak jest jednoznacznych postępów, a osoby niepełnosprawne w dalszym ciągu zmuszone są przeciwstawiać się różnego rodzaju ograniczeniom (najczęściej wynikającym z niedo- i somatyczne, z którymi zmagają się osoby niepełnosprawne, są one jedną z najczęściej marginalizowanych grup społecznych w Polsce[24]. Na co dzień niepełnosprawni mają „mniejsze możliwości realizowania swoich potrzeb życiowych"[25], zmagają się bowiem z dyskryminacją w zatrudnieniu, uczestnictwie w życiu politycznym i społecznym oraz ograniczenia-

Niestety, pomimo wprowadzenia licznych instrumentów prawnych i pozaprawnych, niepełnosprawni w dalszym ciągu spotykają się z barierami uniemożliwiającymi im pełne uczestnictwo w życiu społecznym, jak również z nieustannym naruszaniem przyznanych im praw.

stosowania architektonicznego budynków i pomieszczeń ogólnodostępnych). Należy zgodzić się zatem ze stwierdzeniem, iż „rzeczywiste zagwarantowanie praw człowieka wymaga (…) stworzenia mechanizmów wyrównania szans osób niepełnosprawnych i stworzenia im warunków do korzystania w pełni z praw przysługujących wszystkim obywatelom"[22].

Niezależnie od regulacji ustawowych konieczne są nieustanne zmagania z dyskryminacją osób niepełnosprawnych, z którą spotykają się one na różnych etapach swojego życia. Wprawdzie w ostatnich latach stosunek społeczeństwa do osób niepełnosprawnych uległ nieznacznej poprawie, jednakże w dalszym ciągu większość Polaków ocenia, iż jest on raczej negatywny[23]. Ze względu na ułomności psychiczne mi w dostępie do różnego rodzaju świadczeń. Jednym z nich jest równy dostęp do edukacji.

2. Równouprawnienie osób niepełnosprawnych w zakresie kształcenia

2.1. Prawo do edukacji

Prawo do nauki ze względu na swoją szczególną wagę zostało potwierdzone zarówno w aktach prawnych o charakterze międzynarodowym, jak i krajowym. W Polsce uprawnienie to zagwarantowane jest na najwyższym, konstytucyjnym poziomie. Zgodnie z brzmieniem art. 70 konstytucji: „Każdy ma prawo do nauki" (ust. 1), „nauka w szkołach publicznych jest bezpłatna" (ust. 2), a „[w]ładze publiczne za-

21 T. Dudek, P. Wojewoda, *Niepełnosprawność a współczesny rynek pracy*, http://www.wpsnz.uz.zgora.pl/pliki/prace_studentow/prace/Niepelnosprawnosc.pdf (dostęp 17 grudnia 2014), s. 14.

22 M. Jankowska, *Prawa osób niepełnosprawnych…*, dz. cyt., s. 1.

23 Centrum Badań Opinii Społecznej (dalej: CBOS), BS/169/2007, *Postawy wobec osób niepełnosprawnych*, komunikat z badań, http://www.cbos.pl/SPISKOM.POL/2007/K_169_07.PDF (dostęp 17 grudnia 2014), s. 4.

24 CBOS, BS/139/2013, *Komu w Polsce żyje się najtrudniej?*, http://www.cbos.pl/SPISKOM.POL/2013/K_139_13.PDF (dostęp 17 grudnia 2014), s. 2.

25 Tamże.

pewniają obywatelom powszechny i równy dostęp do wykształcenia" (ust. 4). Szczegółowa regulacja omawianego uprawnienia skupiona została w licznych aktach o charakterze ustawowym.

Prawo do nauki zagwarantowane zostało również na poziomie międzynarodowym i unijnym. Powszechna deklaracja praw człowieka stanowi, że „każdy człowiek ma prawo do nauki. Nauka jest bezpłatna, przynajmniej na stopniu podstawowym. Nauka podstawowa jest obowiązkowa. Oświata techniczna i zawodowa jest powszechnie dostępna, a studia wyższe są dostępne dla wszystkich na zasadzie równości w zależności od zalet osobistych" (art. 26 deklaracji). Prawodawstwo unijne także uznaje uprawnienie każdego człowieka do edukacji. Zgodnie z postanowieniami Karty praw podstawowych Unii Europejskiej[26] „każdy ma prawo do nauki i dostępu do kształcenia zawodowego i ustawicznego. Prawo to obejmuje możliwość korzystania z bezpłatnej nauki obowiązkowej" (art. 14 karty).

Omawianemu uprawnieniu przyznano na tyle ważną rolę, iż konieczne okazało się powołanie międzynarodowej organizacji zajmującej się między innymi działalnością na rzecz szeroko rozumianej edukacji. W 1945 roku powstała Organizacja Narodów Zjednoczonych do spraw Oświaty, Nauki i Kultury (ang. *United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization* – UNESCO), której jednym z głównych zadań stało się zwiększanie dostępności oraz podnoszenie jakości edukacji[27]. Od chwili powstania UNESCO realizuje liczne programy i szkolenia mające na celu: „doprowadzenie do zaspokojenia podstawowych potrzeb edukacyjnych wszystkich ludzi"[28].

Zgodnie z przeważającym w doktrynie nurtem – prawo do nauki należy zaliczyć do praw człowieka II generacji. Podmiotem zobowiązanym do zapewnienia pełnej realizacji powyższego uprawnienia jest państwo. W tym celu władze publiczne powinny – w myśl ratyfikowanego przez Polskę paktu praw gospodarczych, społecznych i kulturalnych[29] – zorganizować systemy nauczania w taki sposób, aby „umożliwiać wszystkim efektywny udział w wolnym społeczeństwie, rozwijać zrozumienie, tolerancję i przyjaźń między wszystkimi narodami i wszystkimi grupami rasowymi, etnicznymi lub religijnymi" (art. 13 paktu). Zagwarantowanie realnie równego, sprawiedliwego dostępu do wykształcenia wymaga nie tylko powstrzymywania się od wprowadzania regulacji prawnych ograniczających ów dostęp, lecz również likwidacji różnego rodzaju barier pozaprawnych i ograniczeń, które dostęp ten mogłyby utrudniać[30].

Rozwinięciem art. 70 konstytucji, a zarazem gwarancją szerokiego i równego dostępu do wykształcenia jest ustawa o systemie oświaty[31] (dalej: u.s.o.), która wprowadza obowiązek szkolny. Obowiązek szkolny powstaje *ex lege*[32], dziecko zaś obowiązane jest uczęszczać do szkoły od 6 roku życia do ukończenia gimnazjum, nie dłużej jednak niż do ukończenia 18 roku życia (art. 15 u.s.o.). W orzecznictwie również podkreśla się, że w założeniu ustawodawcy obowiązkowe kształcenie jest zabezpieczeniem równego prawa do nauki przysługującego każdemu obywatelowi[33]. Gwarancją szerokiego dostępu do wykształcenia jest również brak odpłatności za edukację w szkołach publicznych. W Polsce nadal większość szkół to placówki publiczne, które zasadniczo finansowane są ze środków budżetu państwa. Zasadzie prawa do nauki sprzyja również „obowiązek władz publicznych do

26 Karta praw podstawowych Unii Europejskiej (Dz.Urz. UE C 83/389 z 30 marca 2010 r.).

27 Zob. np. UNESCO, *Education for the 21 st Century*, http://en.unesco.org/themes/education-21st-century (dostęp 17 grudnia 2014).

28 Polski Komitet ds. UNESCO, *Edukacja dla Wszystkich*, http://www.unesco.pl/edukacja/edukacja-dla-wszystkich/ (dostęp 17 grudnia 2014).

29 Międzynarodowy Pakt Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych otwarty do podpisu w Nowym Jorku dnia 19 grudnia 1966 r. (Dz.U. z 1977 r. nr 38, poz. 169).

30 Postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 16 lutego 2000 r., Ts 97/99, http://otk.trybunal.gov.pl/orzeczenia/teksty/otkpdf/2000/ts097z99.pdf (dostęp 17 grudnia 2014).

31 Ustawa z dnia 7 września 1991 r. o systemie oświaty (tekst jedn. Dz.U. z 2004 r. nr 256, poz. 2572 z późn. zm.).

32 M. Pilich, *Ustawa o systemie oświaty. Komentarz*, LEX 2013, nr 154028.

33 Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Olsztynie z dnia 13 listopada 2012 r., II SA/Ol 1167/2012, Lexis.pl, nr 5175432.

tworzenia i wspierania systemów pomocowych dla uczniów i studentów”[34].

Co ważne, prawo do edukacji jest „adresowane do najszerszych kręgów społeczeństwa, nie ogranicza się bowiem tylko do dzieci i młodzieży”[35]. Co za tym idzie, przez prawo do wykształcenia należy rozumieć nie tylko uprawnienie do pobierania nauki w szkołach podstawowych, ponadpodstawowych lub wyższych przez dzieci i młodzież, lecz również udział w różnego rodzaju formach dokształcania dorosłych, takich jak np. kursy czy szkolenia. W przypadku osób pełnoletnich brak jest jednak obowiązku szkolnego, pobieranie nauki zależne jest jedynie od woli zainteresowanego. Zatem, jak słusznie wskazano w piśmiennictwie: „nie można utożsamiać (…) prawa do nauki z obowiązkiem nauki. Ten ostatni obciąża »każdego« do ukończenia 18. roku życia, zaś konstytucyjna gwarancja prawa do nauki odnosi się także do osób, które tę granicę wieku przekroczyły”[36].

Reasumując, prawo do nauki jako jedno z najważniejszych praw socjalnych gwarantowane jest na poziomie międzynarodowym, konstytucyjnym oraz ustawowym. Jego realizacja jest zadaniem władz publicznych, które jednocześnie zobowiązane są zapewnić, aby dostęp do szeroko rozumianego wykształcenia był równy dla każdego obywatela. Należy również pamiętać o tym, aby nie utożsamiać pojęcia obowiązku nauki i obowiązku szkolnego[37]. Obecnie wskazuje się bowiem, że „wszystkie formy spełniania obowiązku szkolnego są formami spełniania obowiązku nauki, ale nie każda forma spełniania obowiązku nauki jest formą spełniania obowiązku szkolnego”[38].

Aktualny stan prawny nie daje *de facto* możliwości odmowy osobie niepełnosprawnej dostępu do szeroko rozumianego kształcenia, bowiem jedynym podmiotem decyzyjnym w tej kwestii pozostaje sam niepełnosprawny.

2.2. System kształcenia osób niepełnosprawnych w Polsce

Jak wskazano powyżej, prawo do nauki uznawane jest obecnie za prawo uniwersalne, przysługujące każdemu człowiekowi „niezależnie od jakichkolwiek jego cech, w tym stanu zdrowia. W konsekwencji Konstytucja RP dopuszcza możliwość kształcenia się osób chorych, pozostawiając decyzję co do wpływu trudów nauki na ich kondycję zdrowotną im samym”[39]. W aktualnym stanie prawnym nie ma zatem *de facto* prawnej możliwości, aby odmówić osobie niepełnosprawnej dostępu do szeroko rozumianego kształcenia, bowiem jedynym podmiotem decyzyjnym w tej kwestii pozostaje sam niepełnosprawny. Jednakże, w praktyce, osoby niepełno-

34 S. Jarosz-Żukowska, Ł. Żukowski, *Prawo do nauki i jego gwarancje*, http://www.repozytorium.uni.wroc.pl/Content/53681/35_S_Jarosz_Zukowska_L_Zukowski.pdf (dostęp 17 grudnia 2014), s. 639.

35 W. Skrzydło, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, wyd. VII, LEX 2013, nr 8778.

36 S. Jarosz-Żukowska, Ł. Żukowski, *Prawo do nauki…*, dz. cyt., s. 640.

37 Danuta Kurzyna-Chmiel, *Oświata jako zadanie publiczne*, LEX 2013, nr 16671.

38 Tamże.

39 Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Bydgoszczy z dnia 8 września 2010 r., II SA/Bd 418/10, LEX, nr 752050.

sprawne są gorzej wykształcone niż osoby pełnosprawne. Dla przykładu: osób niepełnosprawnych, które ukończyły szkołę wyższą, jest nadal niemal trzykrotnie mniej (6%) niż osób pełnosprawnych legitymujących się wykształceniem wyższym (16%)[40]. Przyczyną takiego stanu rzeczy są przede wszystkim bariery natury faktycznej[41] (np. brak odpowiedniego przystosowania pomieszczeń, podręczników, materiałów pomocniczych, transportu, sprzętu).

Co do zasady istnieją trzy systemy kształcenia osób zmagających się z niepełnosprawnością. Pierwszym z nich jest tak zwana edukacja segregacyjna, czyli system, w którym „rządzi przekonanie, że dzieci z dysfunkcjami powinny być kształcone w szkołach specjalnych z przystosowanym do ich potrzeb programem nauczania i nauczycielami z odpowiednim do tego wykształceniem"[42]. W praktyce, w systemie o charakterze segregacyjnym dzieci niepełnosprawne i pełnosprawne kształcone są osobno. Aktualnie w większości państw taki system odrzuca się ze względu na fakt, iż zamiast pomagać uczniom w wyrównywaniu braków, powoduje ich zwiększanie poprzez wprowadzanie kolejnych barier i ograniczeń. Specjaliści w dziedzinie edukacji słusznie wskazują, że dzieci niepełnosprawne, które pobierają naukę w osobnych placówkach, nie są w stanie normalnie funkcjonować w społeczeństwie, ponieważ nie mają szans na rywalizację i kontakty ze „zdrowymi" rówieśnikami[43]. Pomimo iż w ostatnich latach daje się zauważyć spadek liczby osób niepełnosprawnych pobierających naukę w szkołach i klasach specjalnych, nadal większość uczniów uczęszcza właśnie do tego rodzaju placówek[44].

Jak już wcześniej wspomniano, obecnie coraz częściej odchodzi się od systemów, w których osoby niepełnosprawne i pełnosprawne pobierają naukę oddzielnie, oraz popiera się różnego rodzaju dodatkowe formy dokształcania i pomocy osobom niepełnosprawnym[45]. Doświadczenia państw zachodnioeuropejskich pokazują, że najlepiej sprawdzającym się w praktyce systemem jest ten przewidujący pełną integrację osób niepełnosprawnych z pełnosprawnymi. Coraz bardziej popularny system edukacji włączającej przewiduje wspólne kształcenie młodzieży niepełnosprawnej i pełnosprawnej. Wśród zalet wskazanego systemu wymienia się między innymi: niższe koszty, lepsze przygotowanie dziecka niepełnosprawnego do życia w społeczeństwie, większą tolerancję oraz zrozumienie ze strony osób pełnosprawnych w stosunku do niepełnosprawnych[46] i wiele innych. Modelem pośrednim jest system edukacji integracyjnej, w którym tworzy się tak zwane klasy „łączone" – „w szkołach masowych, w których koncentruje się uczniów niepełnosprawnych, oferując w zamian mniejszą liczbę uczniów oraz nauczyciela wspomagającego"[47].

Osobom niepełnosprawnym najwięcej korzyści przynosi system edukacji włączającej, w którym mogą one funkcjonować wspólnie z osobami pełnosprawnymi, na takich samych zasadach (postulat najmniej ograniczającego środowiska[48]). Jedynie powyższy system jest w stanie realnie zagwarantować równy dostęp do edukacji uczniom z niepełnosprawnościami. Dodatkowo „w niesegregacyjnych formach kształcenia uczniowie niepełnosprawni nabywają kompetencje

40 R. Śleboda, *Kierunek i poziom wykształcenia oraz aktywność zawodowa osób z niepełnosprawnością*, „Niepełnosprawność – zagadnienia, problemy, rozwiązania" 2012, nr 2, s. 107.

41 S. Jarosz-Żukowska, Ł. Żukowski, *Prawo do nauki…*, dz. cyt., s. 652.

42 M. Tarwacki, *Edukacja włączająca – przyszłość polskiej edukacji*, http://www.ore.edu.pl/index.php?option=com_phocadownload&view=category&download=1918:edukacja-wczajca-przyszo-polskiej-edukacji&id=177:ksztacenie-uczniw-niepenosprawnych-w-szkoach-oglnodostpnych&Itemid=1084 (dostęp 24 grudnia 2014), s. 1.

43 I. Białek, D. Nowak-Adamczyk, *Edukacja włączająca – budowla o mocnych fundamentach*, „Biuletyn Rzecznika Praw Obywatelskich" 2012, nr 7, s. 11.

44 M. Kummant, *Raport. Tendencje w kształceniu integracyjnym w Polsce w latach 2003–2008*, Pracownia Wspomagania Rozwoju i Integracji CMPPP, Warszawa 2008, s. 7.

45 P. Kubicki, *Równy dostęp do edukacji dla osób z niepełnosprawnościami*, „Biuletyn Rzecznika Praw Obywatelskich" 2012, nr 10, s. 34.

46 M. Tarwacki, *Edukacja w*łączająca…, dz. cyt. s. 1.

47 A. Waszkielewicz, K. Dumnicka, *Finansowanie edukacji uczniów z niepełnosprawnościami*, „Biuletyn Rzecznika Praw Obywatelskich" 2012, nr 7, s. 20.

48 G. Szumski, *Integracyjne kształcenie niepełnosprawnych*, Warszawa 2006, s. 126.

społeczne o wyższym poziomie”[49]. Coraz częściej postuluje się również, aby szkoły skupiły się tylko na nauczaniu, nie zaś na specjalistycznej rehabilitacji, która powinna odbywać się osobno, prowadzona przez inne podmioty[50]. Praktyka pokazała, że łączenie w jednej placówce rehabilitacji, resocjalizacji oraz kształcenia dzieci niepełnosprawnych nie przynosi oczekiwanych efektów w żadnej w wymienionych sfer życia.

Ustawodawca polski przyjął rozwiązanie, w którym system kształcenia osób niepełnosprawnych stanowi integralną część systemu oświaty[51]. Ustawa regulująca system oświaty wprowadza zasadę, zgodnie z którą dzieci zmagające się z niepełnosprawnością mają „możliwość pobierania nauki we wszystkich typach szkół (…), zgodnie z indywidualnymi potrzebami rozwojowymi i edukacyjnymi oraz predyspozycjami” (art. 1 ust. 5 u.s.o.). W związku z powyższym w obowiązującym stanie prawnym to rodzic ma prawo wybrać placówkę, do której będzie uczęszczało dziecko niepełnosprawne. Wybór obejmuje szkoły ogólnodostępne, integracyjne oraz specjalne. Niemniej jednak rodzice nie zawsze są w stanie samodzielnie podjąć odpowiednią decyzję, często nie wiedzą, jakie są różnice pomiędzy wskazanymi typami szkół, zdają się na sugestie kadry nauczycielskiej. Ta z kolei, wespół z dyrektorem, często zniechęca rodziców do posyłania dzieci do szkół ogólnodostępnych, powołując się na brak odpowiedniego przygotowania budynku lub specjalistów.

Taki stan rzeczy należy uznać za wysoce niezadowalający. Nawet jeśli obecnie „zmniejsza się procentowo udział uczniów niepełnosprawnych w kształceniu segregacyjnym, natomiast wzrasta w kształceniu integracyjnym”[52], omawiane zmiany wprowadzane są zbyt wolno. Zgodnie z przeprowadzonymi w tej kwestii badaniami, w szkołach ogólnodostępnych uczy się obecnie mniej niż połowa uczniów niepełnosprawnych[53]. Z jednej strony w Polsce zwiększyła się liczba szkół ogólnodostępnych, z drugiej jednak daje się zauważyć spadek liczby osób niepełnosprawnych pobierających w nich naukę (pomiędzy 2010 i 2011 rokiem spadek wynosił 3%)[54]. Obecnie stopniowo zwiększa się liczba szkół i klas integracyjnych, przy jednoczesnym spadku liczby uczniów[55]. Pozycja uczniów niepełnosprawnych jest nadal znacznie lepsza w miastach aniżeli na wsiach, gdzie wciąż widoczne są braki wysoko wyspecjalizowanych kadr,

Osobom niepełnosprawnym najwięcej korzyści przynosi system edukacji włączającej, w którym mogą one funkcjonować wspólnie z osobami pełnosprawnymi, na takich samych zasadach (postulat najmniej ograniczającego środowiska).

49 Tamże, s. 156.

50 M. Lempart, *Wybrane problemy orzecznictwa w zakresie potrzeby kształcenia specjalnego*, „Biuletyn Rzecznika Praw Obywatelskich” 2012, nr 7, s. 79.

51 D. Kurzyna-Chmiel, *Oświata jako zadanie…*, dz. cyt.

52 M. Kummant, *Raport…*, dz. cyt., s. 8.

53 A. Dudzińska, *Uczniowie niepełnosprawni w Polsce 2010 wg danych Systemu Informacji Oświatowej 2010*, http://www.wszystkojasne.waw.pl/sites/default/files/uczniowie_niepelnosprawni_w_polsce_-_dane_sio_za_2010_r.pdf (dostęp 24 grudnia 2014), s. 14.

54 Najwyższa Izba Kontroli, *Kształcenie uczniów z niepełnosprawnościami o specjalnych potrzebach edukacyjnych – informacja o wynikach kontroli*, nr ewid. 173/2012/P/12/057/KNO, s. 19.

55 Tamże.

placówek i szkół[56]. W szkołach podstawowych uczy się blisko 60 tys. uczniów niepełnosprawnych, co stanowi jedynie 2,7% ogólnej liczby uczniów[57], zaś w gimnazjach pobiera naukę około 50 tys. uczniów niepełnosprawnych, co z kolei stanowi 4,3% ogólnej liczby uczniów[58].

Odsetek uczniów niepełnosprawnych jest najwyższy w szkołach podstawowych i gimnazjalnych, drastycznie spada, jeśli chodzi o szkoły ponadpodstawowe (wynosi między 1% a 2%)[59]. Spośród szkół ponadpodstawowych niepełnosprawni najczęściej wybierają szkoły zasadnicze zawodowe oraz szkoły specjalne przysposabiające do pracy[60]. W szkołach zawodowych naukę pobierają osoby z lekkim stopniem upośledzenia umysłowego. Ten rodzaj placówki umożliwia niepełnosprawnym uzyskanie kwalifikacji zawodowych i w późniejszym okresie wykonywanie wybranego przez siebie zawodu. W praktyce podkreśla się, że szkoły zawodowe powinny podejmować „zorganizowane działania, które mają na celu realną pomoc osobom niepełnosprawnym w uzyskaniu zatrudnienia i awansu zawodowego"[61]. Szkoły przysposabiające do pracy wybierane są najczęściej przez osoby z umiarkowanym i ze znacznym stopniem upośledzenia umysłowego. Placówki te podejmują działania mające na celu nie tylko przygotowanie zawodowe kandydatów, lecz również umożliwienie im samodzielnego funkcjonowania w społeczeństwie[62]. Najliczniejszą grupę spośród wszystkich uczniów niepełnosprawnych stanowią osoby z lekkim upośledzeniem umysłowym, najmniejszą osoby niewidome[63].

Niestety, niewielu spośród tych, którzy skończą szkołę, idzie na studia, jeszcze mniej znajduje pracę. Niepełnosprawnych osób biernych zawodowo jest dwukrotnie więcej niż osób pełnosprawnych, które pozostają bez pracy[64]. Nieaktywni zawodowo niepełnosprawni zdani są na „łaskę" państwa oraz zmuszeni są korzystać z różnego rodzaju form pomocy (zwłaszcza finansowej). To z kolei powoduje coraz większą niechęć społeczeństwa do osób niepełnosprawnych (przeświadczenie o tym, że osoby niepełnosprawne są traktowane lepiej niż osoby pełnosprawne, mają w życiu „łatwiej"). W praktyce wskazuje się również, że osoby, które ukończyły szkołę specjalną bądź integracyjną, częściej zatrudniane są w zakładach pracy chronionej, ponieważ boją się podjąć wyzwanie, jakim jest współpraca z osobami pełnosprawnymi[65], co skutkuje dalszą izolacją osób z niepełnosprawnościami i zamiast burzyć, buduje kolejne bariery i ograniczenia.

2.3. Uczniowie niepełnosprawni na tle regulacji zawartych w ustawie o systemie oświaty

W dziedzinie edukacji jednym z najważniejszych aktów prawnych jest obecnie ustawa o systemie oświaty, która reguluje wszystkie najważniejsze kwestie związane z kształceniem w Polsce. Tak jak i w innych aktach o charakterze ustawowym, również w powyższej ustawie podkreślono konieczność zagwarantowania osobom niepełnosprawnym szczególnej opieki i wsparcia. Już w preambule omawianego dokumentu potwierdzono, że „szkoła winna zapewnić każdemu uczniowi warunki niezbędne do jego rozwoju, przygotować go do wypełniania obowiązków rodzinnych i obywatelskich w oparciu o zasady solidarności, demokracji, tolerancji, sprawiedliwości i wolności" (preambuła u.s.o.). Co więcej, ustawodawca zapewnił osobom niepełnosprawnym opiekę i pomoc, w szczególności umożliwiając realizację różnego rodzaju indywidualnie dostosowanych programów i zajęć (art. 1 ust. 5a u.s.o.).

Zgodnie z rozporządzeniem Ministra Edukacji Narodowej z dnia 17 listopada 2010 r.[66] (dalej: rozpo-

56 Główny Urząd Statystyczny, *Oświata i wychowanie w roku szkolnym 2012/2013*, Warszawa 2013, s. 90.

57 Tamże, s. 89.

58 Tamże, s. 91.

59 A. Dudzińska, *Uczniowie niepełnosprawni…*, dz. cyt., s. 5.

60 Tamże, s. 7.

61 K. Mariańczyk, *Współczesny stan badań dotyczących edukacji i zatrudnienia osób z niepełnosprawnością umysłową w Polsce*, Lublin 2010, s. 6.

62 Główny Urząd Statystyczny, *Oświata i wychowanie…*, dz. cyt., s. 94.

63 Tamże, s. 89–91.

64 R. Śleboda, *Kierunek i poziom wykształcenia…*, dz. cyt., s. 108.

65 I. Białek, D. Nowak-Adamczyk, *Edukacja włączająca – budowla…*, dz. cyt., s. 11.

66 Rozporządzenie Ministra Edukacji Narodowej z dnia 17 listopada 2010 r. w sprawie warunków organizowania kształcenia,

rządzenie) uczniami niepełnosprawnymi są dzieci i młodzież niesłysząca, słabowidząca, słabosłysząca, z niepełnosprawnością ruchową, upośledzeniem umysłowym itp. (§ 1 rozporządzenia), posiadająca „orzeczenie o potrzebie kształcenia specjalnego wydane przez zespół orzekający działający w publicznej poradni psychologiczno-pedagogicznej, w tym publicznej poradni specjalistycznej, z uwagi na jeden z rodzajów niepełnosprawności określony w przepisach prawa”[67]. Dla dzieci i młodzieży niepełnosprawnej ustawodawca przewidział możliwość wprowadzenia indywidualnej organizacji nauki i metod pracy, czyli tak zwanego kształcenia specjalnego, które ma na celu zorganizowanie nauczania osób niepełnosprawnych w sposób jak najbardziej dostosowany do ich indywidualnych potrzeb, tak aby wyniki pracy z uczniem były jak najlepsze. Głównym celem kształcenia specjalnego jest „włączenie osoby niepełnosprawnej do życia w normalnym środowisku i jej optymalnego rozwoju, usprawnianie zaburzonych funkcji, rewalidację i w pewnych sytuacjach resocjalizację”[68].

Orzeczenia o potrzebie kształcenia specjalnego są obecnie wydawane na wniosek rodziców lub opiekunów prawnych dziecka przez poradnie psychologiczno-pedagogiczne[69]. Każdy uczeń, który posiada takie orzeczenie, otrzymuje plan pracy zwany indywidualnym programem edukacyjno-terapeutycznym, opracowany przez nauczyciela we współpracy z wychowawcami oraz innymi specjalistami (§ 5 pkt 1 i 3 rozporządzenia). Realizacja powyższego programu ma na celu przygotowanie ucznia niepełnosprawnego do prawidłowego wykonywania ról społecznych (w szczególności poprzez naukę samodzielności, resocjalizację i tym podobne). W toku nauczania uczeń

Dla dzieci i młodzieży niepełnosprawnej ustawodawca przewidział możliwość wprowadzenia indywidualnej organizacji nauki i metod pracy, czyli tak zwanego kształcenia specjalnego, które ma na celu zorganizowanie nauczania osób niepełnosprawnych w sposób jak najbardziej dostosowany do ich indywidualnych potrzeb, tak aby wyniki pracy z uczniem były jak najlepsze.

wychowania i opieki dla dzieci i młodzieży niepełnosprawnych oraz niedostosowanych społecznie w specjalnych przedszkolach, szkołach i oddziałach oraz w ośrodkach (Dz.U z 2014 r., poz. 392).

67 Ministerstwo Edukacji Narodowej, *Edukacja włączająca uczniów niepełnosprawnych*, http://www.kuratorium.lodz.pl/data/other/edukacja_wlaczajaca_uczniow_niepeln.pdf (dostęp 18 grudnia 2014), s. 2.

68 D. Kurzyna-Chmiel, *Oświata jako zadanie*..., dz. cyt.

69 Portal „Wszystko jasne”, *Jak uzyskać orzeczenie o potrzebie kształcenia specjalnego?*, http://wszystkojasne.waw.pl/informator-dla-rodzicow/5-uzyskac-orzeczenie-potrzebie-ksztalcenia-specjalnego/ (dostęp 24 grudnia 2014 r.).

niepełnosprawny posiadający orzeczenie o potrzebie kształcenia specjalnego ma prawo do otrzymania pomocy psychologiczno-pedagogicznej[70]. Taka pomoc udzielana jest we współpracy z rodzicami[71].

Jak słusznie wskazuje się w piśmiennictwie, „prawo wyboru placówki, w której będzie realizowany wynikający z orzeczenia właściwej poradni psychologiczno-pedagogicznej obowiązek kształcenia specjalnego należy do rodziców"[72]. Niestety, nie zawsze najlepszą decyzją będzie posłanie ucznia niepełnosprawnego dysponującego orzeczeniem o potrzebie kształcenia specjalnego do szkoły powszechnej. Uczniowie dotknięci niepełnosprawnością umysłową w stopniu znacznym lub głębokim wymagają specjalnej opieki sprawowanej przez odpowiednio przygotowanych opiekunów. Wybór placówki powinien być więc dokonany z uwzględnieniem zalecanych form kształcenia wskazanych w orzeczeniu o potrzebie kształcenia specjalnego (art. 71b ust. 3 u.s.o.). O konieczności podjęcia przez dziecko nauki w szkole integracyjnej lub specjalnej powinien zadecydować należycie poinformowany rodzic. Jeżeli istnieje wskazanie, że w placówce specjalistycznej w bardziej efektywny sposób zostaną zrealizowane potrzeby niepełnosprawnego, zainteresowani powinni zdecydować się na tę formę kształcenia. Może się bowiem zdarzyć, że jedynie szkoła specjalna będzie w stanie wyrównać braki, którymi dotknięty jest uczeń z niepełnosprawnością. Gwarancja równego dostępu do kształcenia nie zawsze związana jest nierozerwalnie z koniecznością kształcenia wspólnego dzieci niepełnosprawnych i pełnosprawnych. Wsparcie udzielane uczniom z indywidualnymi potrzebami powinno być zawsze dostosowane do konkretnego przypadku.

Jak trafnie wskazał autor opracowania poświęconego poruszanej tematyce, „jednym z gwarantów zasady powszechnej dostępności szkół jest takie ustalenie sieci prowadzonych przez gminę szkół, aby dzieci uczęszczały na zajęcia do szkoły położonej najbliżej miejsca swojego zamieszkania"[73]. Jeżeli odległość, jaką musi pokonać uczeń, aby dostać się do placówki przekroczy określony w przepisach prawnych próg, gmina zobowiązana jest zapewnić dziecku bezpłatny transport. Omawiany obowiązek jest bardzo istotny, gdy chodzi o uczniów zmagających się z niepełnosprawnością. Wprowadzony przez ustawę o systemie oświaty obowiązek zapewnienia dzieciom niepełnosprawnym bezpośredniego transportu i opieki w czasie przewozu do najbliższej placówki umożliwiającej realizację obowiązku przedszkolnego oraz szkolnego, bądź zwrot kosztów podróży, jeśli dowóz i opieka zapewnione są przez rodziców, wynika z obowiązku zapewnienia równego dostępu do edukacji (art. 14a ust. 4 i art. 17 ust. 3a u.s.o.). Co istotne, „na przedmiotową »bliskość« [szkoły lub przedszkola] składać się będzie zarówno element położenia geograficznego (odległość szkoły od miejsca zamieszkania), jak też element posiadania przez daną placówkę oświatową warunków umożliwiających kształcenie dzieci z konkretnym rodzajem niepełnosprawności"[74]. Nie można zatem mówić o wypełnieniu przez gminę nałożonego na nią obowiązku – w sytuacji, gdy dowiezienie następuje do „pierwszej lepszej" szkoły. Wprowadzając omawiany przepis, ustawodawca miał na myśli najbliższą szkołę, która realizuje potrzeby konkretnego dziecka zmagającego się z określonym rodzajem niepełnosprawności. Również sam środek transportu powinien być dostosowany do potrzeb ucznia, tak aby zapewnić realną możliwość dotransportowania niepełnosprawnego do placówki.

70 Ministerstwo Edukacji Narodowej, materiał ze szkolenia nt. *Przygotowanie członków zespołów orzekających poradni psychologiczno-pedagogicznych do roli liderów*, https://www.ore.edu.pl/index.php?option=com_phocadownload&view=category&download=1956:materia-ze-szkolenia-nt.-przygotowanie-czonkw-zespow-orzekajcych-poradni-psychologiczno-pedagogicznych-do-roli-liderw&id=63:specjalne-potrzeby-edukacyjne-bank-dobrych-praktyk&Itemid=1579 (dostęp 24 grudnia 2014), s. 4.

71 Tamże.

72 Portal „Wszystko jasne", *Wybór konkretnej placówki a zapewnienie transportu*, http://wszystkojasne.waw.pl/wybor-konkretnej-placowki-zapewnienie-transportu/ (dostęp 18 grudnia 2014).

73 D. Kurzyna-Chmiel, *Zapewnienie bezpłatnego dowozu i opieki w czasie przewozu dziecka do szkół i placówek oświatowych* (w:) tejże, *Oświata jako zadanie…*, dz. cyt.

74 Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 14 kwietnia 2014 r., II SA/Wa 2048/13, http://www.orzeczenia-nsa.pl/wyrok/ii-sa-wa-2048-13/e25e55.html (dostęp 24 grudnia 2014).

Jedną z gwarancji mających wyrównać szanse osób niepełnosprawnych, gdy chodzi o równy i powszechny dostęp do wykształcenia, jest również prawo pierwszeństwa przyjęcia do placówki. Jeżeli podczas postępowania rekrutacyjnego do publicznego przedszkola lub szkoły na jedno miejsce przypada więcej niż jeden kandydat, osoby niepełnosprawne brane są pod uwagę w pierwszej kolejności (art. 20c u.s.o.). Dodatkowo, „w celu zmniejszenia różnic w dostępie do edukacji, umożliwienia pokonywania barier dostępu do edukacji wynikających z trudnej sytuacji materialnej ucznia, a także wspierania edukacji uczniów zdolnych" (art. 90b ust. 2 u.s.o.), uczniom udzielana jest pomoc materialna o charakterze motywacyjnym lub socjalnym w postaci między innymi stypendiów i zasiłków.

Jak widać na podstawie powyższych przykładów, ustawa o systemie oświaty zapewnia osobom niepełnosprawnym rozmaite możliwości wyrównywania różnic wynikających z ułomności fizycznych lub psychicznych. Rodzicom pozostawiono dużą dowolność, jeśli chodzi o wybór placówki, w której odbywać się będzie kształcenie ucznia niepełnosprawnego. Wprowadzono liczne instrumenty pozwalające na dostosowanie metod i form współpracy z niepełnosprawnymi, tak aby jak najpełniej zaspokoić ich potrzeby. Powszechnie obecnie postuluje się również kształcenie osób niepełnosprawnych w oparciu o system edukacji włączającej, który umożliwia dzieciom uczestnictwo w życiu szkolnym i integrację z rówieśnikami, co z kolei pomaga im zdobyć samodzielność i nauczyć się prawidłowo funkcjonować w społeczeństwie.

Niestety, jednocześnie w dalszym ciągu można się spotkać z licznymi przykładami łamania praw osób niepełnosprawnych i przykładami zwykłej, ludzkiej nieżyczliwości. W praktyce dyrektorzy często odmawiają przyjmowania uczniów niepełnosprawnych do szkół, ponieważ tak jest dla nich wygodniej. Brak osób ze specjalnymi potrzebami oznacza dla nich brak obowiązku zatrudniania wysoko wykwalifikowanej kardy nauczycielskiej, organizowania zajęć rewalidacyjnych, dostosowania pomieszczeń bądź pomocy naukowych. Uczniowie niepełnosprawni, którzy podejmują trudy nauki w szkole powszechnej, notorycznie stają się obiektem żartów i złośliwości ze strony rówieśników. Rodzice uczniów niepełnosprawnych nie są przychylnie nastawieni do wspólnej edukacji – często obawiają się, że dzieci niepełnosprawne będą

> **Wprowadzony przez ustawę o systemie oświaty obowiązek zapewnienia dzieciom niepełnosprawnym bezpośredniego transportu i opieki w czasie przewozu do najbliższej placówki umożliwiającej realizację obowiązku przedszkolnego oraz szkolnego bądź zwrot kosztów podróży, jeśli dowóz i opieka zapewnione są przez rodziców, wynika z obowiązku zapewnienia równego dostępu do edukacji.**

zaniżały poziom nauczania, tym samym ich „zdrowe" dzieci będą gorzej wykształcone kosztem integracji, którą chce się zapewnić „chorym". Z kolei rodzice uczniów niepełnosprawnych wskazują na odrzucenie ich pociech przez społeczność klasową oraz nikłe postępy w kształceniu, ze względu na brak odpowiedniego przygotowania nauczycieli[75].

Rodzice uczniów niepełnosprawnych nie są przychylnie nastawieni do wspólnej edukacji – często obawiają się, że dzieci niepełnosprawne będą zaniżały poziom nauczania, tym samym ich „zdrowe" dzieci będą gorzej wykształcone kosztem integracji.

2.4. Niepełnosprawność w przepisach ustawy – Prawo o szkolnictwie wyższym

Pomimo licznych instrumentów prawnych i pozaprawnych mających na celu zagwarantowanie równego dostępu do edukacji osoby niepełnosprawne w dalszym ciągu pozostają gorzej wykształcone niż osoby pełnosprawne. Według ostatnich danych 35,5% niepełnosprawnych posiada wykształcenie średnie, a jedynie 7,7% wykształcenie wyższe[76]. Co prawda, w ostatnich latach liczba osób niepełnosprawnych będących absolwentami uczelni wyższych wzrosła, niemniej jednak nadal jest niedostateczna. Należy pamiętać, że „brak dostępu do edukacji wyższej zaburza proces rehabilitacyjny, znacznie ograniczając osobom niepełnosprawnym możliwość wyrównania różnic w obszarze umiejętności komunikacyjnych, społecznych i zawodowych"[77]. Brak możliwości zdobycia wykształcenia wyższego najczęściej wiąże się z koniecznością podjęcia mniej satysfakcjonującego zatrudnienia. Ograniczając niepełnosprawnym dostęp do szkolnictwa wyższego ogranicza się jednocześnie możliwość ich samorealizacji i spełniania się w zawodzie, który osoba dla siebie wybrała.

Zgodnie z obowiązującymi w Polsce przepisami, prawo do nauki obejmuje również możliwość pobierania nauki w szkołach wyższych. Nauka w szkołach wyższych w przeciwieństwie do szkół podstawowych może być jednak odpłatna. Ustawodawca dopuścił bowiem: „świadczenie niektórych usług edukacyjnych przez publiczne szkoły wyższe za odpłatnością" (art. 70 ust. 2 konstytucji). W praktyce oznacza to zazwyczaj odpłatność studiów niestacjonarnych oraz niektórych usług takich jak np. kursy czy szkolenia.

Zasady pobierania nauki i funkcjonowania szkół wyższych w Polsce reguluje ustawa – Prawo o szkolnictwie wyższym[78] (dalej: p.s.w.). Wielokrotne nowelizacje omawianej ustawy miały na celu wyelimi-

75 B.E. Abramowska, *Doświadczenia polskiego stowarzyszenia na rzecz osób z upośledzeniem umysłowym w zakresie edukacji uczniów z głębszą niepełnosprawnością intelektualną*, „Biuletyn Rzecznika Praw Obywatelskich" 2012, nr 7, s. 57.

76 Dane na stronie Biura Pełnomocnika Rządu ds. Osób Niepełnosprawnych, http://www.niepelnosprawni.gov.pl/niepelnosprawnosc-w-liczbach-/edukacja/ (dostęp 18 grudnia 2014).

77 A. Żebrak, *Edukacja osób z niepełnosprawnościami na poziomie szkolnictwa wyższego*, „Biuletyn Rzecznika Praw Obywatelskich" 2012, nr 7, s. 99.

78 Ustawa z dnia 27 lipca 2005 r. – Prawo o szkolnictwie wyższym (tekst jedn. Dz.U. z 2012 r., poz. 572 z późn. zm.).

nowanie barier prawnych, z którymi musiały zmagać się chcące rozpocząć naukę w szkole wyższej osoby niepełnosprawne[79]. Obecnie wskazuje się, iż jednym z podstawowych zadań szkoły wyższej jest „stwarzanie osobom niepełnosprawnym warunków do pełnego udziału: a) w procesie kształcenia, b) badaniach naukowych" (art. 13 ust. 1 pkt 9 p.s.w.). Warto pamiętać, że studenci niepełnosprawni posiadają te same prawa i obowiązki co studenci pełnosprawni: mogą studiować na więcej niż jednym kierunku, ubiegać się o indywidualną organizację studiów lub indywidualny tok studiów, wziąć „urlop dziekański"[80] oraz korzystać z różnego rodzaju programów, takich jak np. ERASMUS lub MOST.

W celu wyrównania szans studentów niepełnosprawnych wiele uczelni zdecydowało się na wprowadzenie funkcji pełnomocnika do spraw osób niepełnosprawnych, który „zajmuje się wszelkimi sprawami dotyczącymi warunków studiowania osób niepełnosprawnych w (…) uczelni"[81] (art. 173 ust. 1 pkt 1 p.s.w.). Niepełnosprawni mają również możliwość skorzystania z licznych form pomocy materialnej w postaci między innymi: stypendium specjalnego dla osób niepełnosprawnych, stypendium socjalnego, stypendium rektora dla najlepszych studentów. Studenci dotknięci niepełnosprawnością wspierani są również poprzez wprowadzanie alternatywnych metod nauczania i egzaminowania (dostosowanych do potrzeb konkretnego studenta), przedłużanie czasu przeznaczonego na naukę oraz udostępnianie urządzeń technicznych mających pomóc w realizacji zadań[82].

Na „zadania związane ze stwarzaniem studentom i doktorantom, będącym osobami niepełnosprawnymi, warunków do pełnego udziału w procesie kształcenia" (art. 94 ust. 1 pkt 11 p.s.w.) uczelnia wyższa otrzymuje dotacje z budżetu państwa. Na kształcenie osób niepełnosprawnych przeznacza się co roku nawet 9% ogółu środków przeznaczonych na edukację[83]. Zatem to nie brak środków finansowych przeznaczonych na potrzeby wsparcia osób niepełnosprawnych stanowi największy problem. Wśród przeszkód, które wskazują sami niepełnosprawni, najtrudniejsze to pokonania to te mentalne i architektoniczne. W środowisku uczelnianym nadal daje się zauważyć bardzo niską świadomość społeczną dotyczącą funkcjonowania osób z niepełnosprawnościami[84]. Studenci nie są przyzwyczajeni do przebywania wśród niepełnosprawnych, często sami nieświadomie tworzą lub powiększają bariery ograniczające tych drugich. Osoby niepełnosprawne traktowane są jako niepełnowartościowi członkowie społeczności, rzadko powierza im się jakiekolwiek funkcje (zwłaszcza te przywódcze), nie mają możliwości, by zintegrować się z innymi studentami np. na wspólnych wyjazdach lub przyjęciach. Alienację niepełnosprawnych w dużej mierze pogłębiają liczne bariery architektoniczne. Poza tym nie każdy uniwersytet przygotowany jest na przyjęcie studentów ze specjalnymi potrzebami. Co prawda, do większości sal można dostać się, korzystając z windy lub specjalnych pojazdów dla wózków inwalidzkich, niemniej jednak władze uczelni zdają się nie zauważać osób z innymi dysfunkcjami. Studenci skarżą się na brak sprzętu komputerowego i podręczników dostosowanych do potrzeb osób niesłyszących bądź niewidzących.

Nowelizacja ustawy – Prawo o szkolnictwie wyższym miała na celu polepszenie sytuacji osób niepełnosprawnych chcących kontynuować naukę na studiach. Pomimo iż intencje ustawodawcy były słuszne, w praktyce okazało się, że większość uniwersytetów nie była przygotowana na przyjęcie studentów niepełnosprawnych. Bariery natury pozaprawnej likwiduje się o wiele trudniej niż te natury prawnej. Zazwyczaj ich eliminacja wymaga również zaangażowania większej ilości środków finansowych oraz cięższej pracy.

79 A. Żebrak, *Edukacja osób z niepełnosprawnościami*…, dz. cyt., s. 101.

80 Zob. np. http://oion.pcprgw.pl/index.php?option=com_content&task=view&id=109&Itemid=109 (dostęp 18 grudnia 2014).

81 Zob. http://www.uksw.edu.pl/Niepelnosprawni (dostęp 18 grudnia 2014).

82 D. Deutsch Smith, *Pedagigika specjalna*…, dz. cyt., s. 157–158.

83 A. Waszkielewicz, K. Dumnicka, *Finansowanie edukacji uczniów z niepełnosprawnościami*, „Biuletyn Rzecznika Praw Obywatelskich" 2012, nr 7, s. 19.

84 A. Żebrak, *Edukacja osób z niepełnosprawnościami*…, dz. cyt., s. 100.

3. Konkluzja

Kształcenie osób niepełnosprawnych w Polsce regulują liczne akty prawne. Postanowienia dotyczące omawianej materii zawarte zostały w dokumentach o charakterze konstytucyjnym, ustawowym oraz podustawowym. Polski ustawodawca wprowadził instrumenty mające na celu wyrównanie szans w równym dostępie osób niepełnosprawnych do edukacji. Większość ma charakter ekonomiczny – niepełnosprawni uczniowie i studenci mogą ubiegać się o liczne formy pomocy materialnej, zaś szkoły i uczelnie, w których takie osoby pobierają naukę, mają prawo otrzymać z budżetu państwa dotacje (podmiotowe lub celowe). Od dłuższego czasu postuluje się wprowadzenie systemu edukacji, w którym osoby niepełnosprawne w miarę możliwości kształcone są wspólnie z osobami pełnosprawnymi. Takie rozwiązanie promowane jest również w konwencji o prawach osób niepełnosprawnych, gdzie wyraźnie wskazano, że „Państwa Strony zapewnią włączający system kształcenia umożliwiający integrację na wszystkich poziomach edukacji i w kształceniu ustawicznym" (art. 24).

Pomimo silnego wsparcia finansowego i zadowalających regulacji prawnych osoby niepełnosprawne w dalszym ciągu są gorzej wykształcone niż osoby pełnosprawne. Na taki stan rzeczy ma wpływ wiele czynników. Wśród najbardziej istotnych wskazuje się: ograniczenia architektoniczne (niedostosowanie budynków i miejsc ogólnodostępnych); często złą sytuację finansową rodzin, których członkami są osoby niepełnosprawne; brak zrozumienia i tolerancji ze strony osób pełnosprawnych; brak wsparcia psychologicznego dla osób niepełnosprawnych; bariery komunikacyjne (zwłaszcza w przypadku osób niesłyszących oraz niemówiących) itd. Większości z wymienionych ograniczeń nie można wyeliminować z dnia na dzień. Do ich likwidacji konieczna jest ciężka, mozolna praca.

> **Pomimo licznych instrumentów prawnych i pozaprawnych mających na celu zagwarantowanie równego dostępu do edukacji osoby niepełnosprawne w dalszym ciągu pozostają gorzej wykształcone niż osoby pełnosprawne.**

Franciszek Longchamps de Bérier

„Rzymskie prawo zobowiązań". Pisma zebrane jak podręcznik

Franciszek Longchamps de Bérier

Ksiądz katolicki, profesor nauk prawnych, kierownik Katedry Prawa Rzymskiego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego, wykłada na Uniwersytecie Warszawskim o europejskiej tradycji prawnej oraz o wolności wypowiedzi i religii w prawie amerykańskim.

Wydawnictwo Uniwersytetu w Oksfordzie przesłało mi książkę zatytułowaną „Rzymskie prawo zobowiązań"[1]. Jako jej autor figuruje Peter Birks, *Regius Professor of Civil Law* – profesor prawa rzymskiego i tradycji prawa kontynentalnej Europy tejże uczelni, należący do All Souls College. Przedwcześnie zmarł na raka w lipcu 2004 roku w wieku 62 lat[2]. Chciałoby się zatem napisać, że otrzymałem nową książkę P. Birksa, ale dziwnie to brzmi, skoro minęło 10 lat od jego śmierci. Jednak publikacja zawiera materiały dotąd nie ogłoszone drukiem. Przygotował je Eric Descheemaeker, który dawno już temu mówił mi w Krakowie, że szykuje publikację dzieł zebranych swego mistrza. Redakcja pierwszej książki z cyklu zabrała sporo czasu. Wymagała mozolnego wysiłku i benedyktyńskiej pracy. Tom zawiera opracowane przez redaktora notatki do wykładów wygłoszonych w 1982 roku na Uniwersytecie Edynburskim, gdzie P. Birks był wtedy profesorem *civil law*. Teraz E. Descheemaeker wykłada na tejże uczelni europejskie prawo prywatne. Można by rzec, iż książka powstała wspólnym wysiłkiem dwóch ośrodków naukowych, z Anglii i Szkocji, z którymi autor był najsilniej związany zawodowo.

Publikacja powinna cieszyć, lecz radość przychodzi z wahaniem, jakie zawsze wynika z zaskoczenia „nowymi" książkami nieżyjących autorów. Jest przecież coś niepokojącego w tym, że ludzie dawno odeszli, a teksty nieogłaszane dotąd drukiem ukazują się w sposób, który każe uważać je za wydarzenia na dużą skalę – i ze względu na ważne nazwisko na okładce, i z uwagi na zasadniczy temat opracowania. O swoich obawach piszę świadomie jako współredaktor drugiego wydania pracy, które ukazało się 20 lat po śmierci autora i w 25 lat od pierwszej edycji[3]. Wszelako co

1 P. Birks, *The Roman Law of Obligations*, ed. E. Descheemaeker, Oxford 2014, 303 strony.

2 P. Stein, *Peter Birks (1941–2004)*, „IURA. Rivista internazionale di diritto romano e antico" 2004–2005, nr 55, s. 351–353.

3 H. Kupiszewski, *Prawo rzymskie a współczesność*, wyd. 2, red. T. Giaro, F. Longchamps de Bérier, Kraków 2013.

innego odświeżyć wydrukowaną niegdyś fundamentalną pracę, przełożyć przypisy z końca rozdziału na dół strony, przetłumaczyć obcojęzyczne cytaty i dopracować tekst, by wersja była łatwiej dostępna dla dzisiejszego czytelnika, zwłaszcza młodego, a co innego opublikować w prestiżowym wydawnictwie – jako jedną książkę – pisma odnalezione wiele lat po śmierci w prywatnym archiwum zmarłego. I wysiłek nieporównanie większy, i odpowiedzialność ogromna. A przy tym dużo bardziej niż w przypadku reedycji zagadkowe jest, co przez publikację redaktor chce z autora przekazać współczesnym odbiorcom. Wszak przez podobne pośmiertne wydanie mówią obaj, bardziej na życzenie redaktora niż autora.

Radość miesza się z wahaniem, jakie zawsze wynika z zaskoczenia „nowymi" książkami nieżyjących autorów.

Gdy otwieram przysłaną z Oksfordu książkę, nasuwają mi się dwa podstawowe pytania. Jaki ma ona charakter: jest monografią, zbiorem artykułów, podręcznikiem, a może jedynie luźnymi notatkami, stanowiącymi materiał roboczy do dalszych prac nad dorobkiem autora zmarłego w pełni sił twórczych? Drugie pytanie dotyczy przesłania. Co nowego ma szansę wnieść książka ogłaszana pierwszy raz wiele lat po śmierci autora, a do tego jeszcze powstała z materiałów na długo przed nią napisanych? Prace prawnicze szybko się dezaktualizują, czego nie wolno bagatelizować również w przypadku dzieł na temat prawa rzymskiego. O ile zawarta w nich wiedza nie rozszerza się tak szybko jak np. w onkologii, o tyle jej ujęcie – już to w wymiarze naukowym, już to dydaktycznym – potrafi się istotnie zmieniać nawet w jednym pokoleniu uczonych i wykładowców.

Po dwa pięćdziesięciominutowe wykłady w tygodniu przez trzymiesięczny semestr dały studentom w Edynburgu 24 spotkania z profesorem prawa rzymskiego. Prowadził „refleksję o instytucjonalnej strukturze prawa, nazywanej tak za *Instytucjami* Gaiusa oraz Justyniana"[4]. Wykłady miały szczególne znaczenie dla studentów uniwersytetu w Szkocji, która z prawa rzymskiego wiele przejęła. Pozostaje pod silnym wpływem *common law*, a ukształtowała się jako tzw. jurysdykcja mieszana. Zatem rzymskie instytucje objaśniano w Edynburgu nie tylko dla ćwiczenia intelektu początkujących prawników i wprowadzenia ich w sposób myślenia charakterystyczny dla prawa kontynentalnego, jak w innych krajach wysp brytyjskich. Nadto dla P. Birksa wykłady z rzymskiego prawa prywatnego były okazją pokazania, jak przeszłość i teraźniejszość nieustannie się przenikają, a proste i podstawowe szczegóły pozostają w ścisłym związku z całym jurysprudencyjnym rozumieniem prawa w ogóle; toteż przedstawienie prawa rzymskiego dawało szansę raczej na solidny trening nowoczesnego umysłu prawniczego niż było przeznaczone dla studentów zainteresowanych klasyczną starożytnością[5].

Dlaczego publikować materiały, których autor sam nie ogłosił drukiem? Podstawą publikacji stały się notatki do wykładów, zdeponowane swego czasu przez P. Birksa w bibliotece. Czy rzeczywiście powierzenie ich uczelni oznaczało, iż miał nadzieję, że ktoś je kiedyś przeczyta[6]? A może zwyczajnie nie było go stać na wyrzucenie pism, z którymi był zżyty lub kosztowały go wiele pracy, lub miał sentyment do okoliczności, w których z nich korzystał. Niewykluczone, że iskierka nadziei na odnalezienie notatek w bliżej nieokreślonej przyszłości tliła się przy oddawaniu ich uczelnianej książnicy. Czy jednak sam autor o nich

4 E. Descheemaeker, *Introduction* (w:) P. Birks, *The Roman Law...*, dz. cyt., s. xxiii.

5 Tamże, s. xxii.

6 Tamże, s. xxiv.

przypadkiem nie zapomniał? Równie dobrze mógł po prostu nie chcieć do nich wracać… Napisane niegdyś własne uwagi lub dzieła wcale nie muszą nas po latach zachwycać; niektóre byśmy poprawili, o innych najchętniej nie wspominali.

Redaktor stanął wobec wielu dylematów, jakie są udziałem każdego, kto chce cudze prace przekazać w formie dostępnej i zrozumiałej. Łatwiej zostawić je nieoszlifowane jako świadectwo chwili i miejsca, ale wtedy krąg odbiorców okazuje się maleńki. Jeśli myśli i ich ujęcie postanawia się ogłosić z wewnętrznym przekonaniem, że wielu z nich skorzysta, wierny uczeń będzie potrafił opracować tekst w duchu mistrza. I nie potrzeba zaznaczać, co zostało przerobione, a co pozostało nietknięte. Tak właśnie mamy w „Rzymskim prawie zobowiązań". Znane są w tym zakresie wymowne przykłady z dzieł starożytnych: wypisy z tekstów Paulusa, czyli *Sententiarum receptarum libri quinque qui vulgo Iulio Paulo adhuc tribuuntur* uznano za osobną jego pracę, cytowaną powszechnie pod krótszym tytułem *Pauli Sententiae*. A skoro była mowa o justyniańskich *Institutiones*, ich grecka parafraza przypisywana Teofilowi – *Institutionum graeca paraphrasis Theophilo antecessori vulgo tributa* –wygląda zupełnie jak skrypt z wykładu, w którym nie pominięto ani przykładów przerywających tok dogmatycznych wyjaśnień, ani nie wyczyszczono do końca stylu języka mówionego, jakim wykładowca zwracał się do słuchaczy[7]. Każdy z nas ma w dydaktyce swe ulubione przykłady, których przedmiotem może być np. osiołek; u P. Birksa jest nim krowa imieniem Stokrotka.

> **Co nowego ma szansę wnieść książka ogłaszana pierwszy raz wiele lat po śmierci autora, a do tego jeszcze na długo przed nią napisana?**

Prócz przygotowania tekstu E. Descheemaeker opatrzył książkę na początku wykazem źródeł prawniczych i nieprawniczych, a na końcu indeksem rzeczowym. Przed nim dodał przeszło 20 stron wypisów z *Institutiones* Gaiusa oraz justyniańskich w tłumaczeniu P. Birksa oraz 130 pytań kontrolnych w zestawach do każdego z rozdziałów, a więc pierwotnie do każdego z tematów wykładowych. Wskazał jeszcze referencje bibliograficzne dalszych publikacji autora, które dotyczą poszczególnych dziedzin prawa obligacyjnego. W kolejnych tomach „Pism zebranych Petera Birksa", obejmujących dalsze gałęzie rzymskiego prawa prywatnego, należy spodziewać się podobnych uzupełnień z korzyścią dla czytelnika. Trzon książki o prawie zobowiązań stanowią 263 strony, na których udało się przedstawić piórem P. Birksa typowe zagadnienia rzymskiego prawa zobowiązań w wyraźnym podziale na dwie części: przeszło 100 stron o kontraktach i prawie 100 na temat deliktów. Pewna dysproporcja widoczna jest tylko co do pozostałych zobowiązań, klasyfikowanych przez kompilatorów justyniańskich jako pochodzące z sytuacji podobnych do kontraktów i podobnych do deliktów; te zostały potraktowane ogólnie na niespełna 20 stronicach. Nie ma tam osobnego podrozdziału o bezpodstawnym wzbogaceniu, a przecież P. Birks znany jest najlepiej z książek i artykułów tego dotyczących. Wniósł ogromny wkład do budowania teorii *unjust enrichment* w prawie anglosaskim, ale – jak widać – nie zajmował tym przesadnie swoich studentów (s. 258–259). Czyżby rozważań o bezpodstawnym wzbogaceniu nie łączył zbytnio z prawem rzymskim? Powróćmy jednakże do książki – całość robi wrażenie kompletnego wykładu rzymskiego prawa obligacyjnego, co zaznacza tytuł brzmiący poważnie i zasadniczo. Ponad nim na stronie tytułowej zamieszczono

7 Por. G. Falcone, *La formazione del testo della parafrasi di Teofilo*, „Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis" 2000, vol. 68, nr 4, s. 417–431.

informację: „Pisma zebrane Petera Birksa". Kto z nich będzie korzystał?

Uzasadniona była nadzieja czytelnika, że wygłoszone w stolicy Szkocji wykłady, opublikowane następnie przez wydawnictwo najstarszego uniwersy-

Dlaczego publikować materiały, których autor sam nie ogłosił drukiem?

tetu na Wyspach Brytyjskich, będą pełne nawiązań do prawa szkockiego lub angielskiego. Niestety pojawia się właściwie jedno merytoryczne odniesienie do „Instytucji prawa Szkocji" – fundamentalnego dzieła w tej materii, którego autorem jest słynny James Dalrymple, wicehrabia Stair (s. 20 i następne). Znalazłem tylko jedno istotne powołanie angielskiego orzeczenia: *Scott* v. *Shepherd* z 1773 roku (s. 200). Można było liczyć, że wśród notatek nauczyciela akademickiego znajdą się smakowite, krótkie wtrącenia. Podobnie przemycane myśli znamy z wykładów własnych i wysłuchanych, gdzie uwagi czynione bywały tytułem wstępu, rodziły się w toku rozwiniętego nagle wywodu, gdy profesor spojrzał na zasłuchaną salę lub gdy przyszło mu odpowiedzieć na ciekawe pytanie. Takowe refleksje dają się odnaleźć w „Rzymskim prawie zobowiązań", choć – pisząc szczerze – moje zainteresowanie jedynie wzbudziły dwie (s. 159–160 i drugi akapit s. 220). Co więc głównie charakteryzuje edynburskie wykłady? „Birks był w szczególności zainteresowany w klasyfikacjach i systematyzacjach prawa"[8]. Widać to doskonale, gdy nie bez przyjemności poświęca wiele uwagi, jak Witold Wołodkiewicz[9], samej koncepcji i podziałom zobowiązań (s. 1–36). Szkoda, że tak mało pozostało na temat innych niż kontrakty i delikty (s. 248–263), ale pod koniec semestru musiało nie starczać czasu na dłuższą refleksję. Upodobanie do systematyki widać w książce wszędzie – nie tylko na początku prawa obligacyjnego. Świadczy o tym na przykład pytanie, czemu *rapina* to nie typ kradzieży, lecz osobny delikt prawa cywilnego (s. 189). Zapis testamentowy *sinendi modo* współistniał z legatem damnacyjnym, choć ostatecznie do niego sprowadzała się jego konstrukcja. Co innego więc rozważania teoretyczne, za którymi rzymscy prawnicy nie przepadali, co innego praktyka. Różnice zazwyczaj właśnie z niej wynikały. Decydowało o nich przyznawanie środków ochrony procesowej przez urzędnika, a nie rozważania dogmatyczne czy systemowe z zakresu prawotwórstwa. Pretor w danej chwili szukał przydatnego rozwiązania[10], zrozumiałego dla zainteresowanych.

Ciekawe, że P. Birks zaczynał wykład o kontraktach od tzw. kontraktów literalnych, czyli tych, w których węzeł obligacyjny powstaje przez pismo. To mało rzymskie i źródłowe, ale charakterystyczne dla greckiej mentalności i bliskie współczesnemu myśleniu o prawie. Rzymianie cenili i szanowali słowo, wierzyli mu, trzymali się go i bynajmniej nie uważali za ulotne. Toteż *ius civile* zakładało przede wszystkim ustność. Peter Birks kontrakty werbalne omawiał zaraz po literalnych, szczególną wagę przywiązując do roli stypulacji w całym prawie rzymskim. Kolejne zobowiązania: pozostałe rodzaje kontraktów oraz delikty, przedstawiał w oparciu o ich formuły procesowe. Rozwiązanie ciekawe i kuszące. Trudno się było mu oprzeć i głównym powodem, dla którego – jasne, że to zupełnie subiektywne – zdecydowałem się przygotowywać zeszyty do ćwiczeń z rzymskiego prawa prywatnego, była szansa szczegółowego rozpisania

8 P. Stein, *Peter Birks*..., dz. cyt., s. 353. Por. P. Birks (ed.), *The Classification of Obligations*, Oxford 1997.

9 W. Wołodkiewicz, M. Zabłocka, *Prawo rzymskie. Instytucje*, wyd. 4, Warszawa 2005, s. 198–215, nb. 262–283.

10 Por. F. Longchamps de Bérier, *Pretor jako promotor dobra wspólnego* (w:) W. Arndt, F. Longchamps de Bérier, K. Szczucki (red.), *Dobro wspólne. Teoria i praktyka*, Warszawa 2013, s. 88–89.

formuł[11] i już na ich podstawie uczenia, niby w ramach prawa procesowego, poszczególnych rozwiązań dogmatycznych prawa spadkowego, rzeczowego i obligacyjnego. Cieszy, że z P. Birksem pozostaliśmy jednomyślni. Gdy zaś o tych działach mowa, dochodzimy do pytania o systematykę podręcznika. Wszak zdeponowane w bibliotece notatki do wykładów dały się świetnie ułożyć w całość „Rzymskiego prawa zobowiązań" jako kompletny kurs dla studentów prawa.

Systematyka charakterystyczna dla podręczników pandektystycznych przestała w drugiej połowie XX wieku wydawać się idealna. Pojawiło się uzasadnione i cenne dążenie, aby obficiej powoływać źródła antyczne, czytać oryginalne teksty, wprowadzać je do wykładu, a przede wszystkim nie mieszać osiągnięć średniowiecznej oraz nowożytnej nauki prawa z dorobkiem samych Rzymian, jak gdyby oni wymyślili wszystko, zwłaszcza w sferze teoretycznej i klasyfikacyjnej. Jednym z pomysłów mogło być sięgnięcie do podręcznika Gaiusa, co trzeba uznać jednak za krok wstecz w stosunku do dzieła pandektystyki. Mniejsza o to nawet, że znany wyłącznie z pospolitego imienia autor podręcznika z II wieku po Chrystusie to szkolny prawnik spoza stolicy, żyjący w tradycji sabinianów – nawet w jego czasach już przebrzmiałej. *Institutiones* Gaiusa zrobiły wielką karierę poza Miastem do czasów justyniańskich włącznie, gdyż świetnie odpowiadały umysłom ery poklasycznej prawa rzymskiego. Popularne, bo łatwe w lekturze, pełne mniej lub bardziej trafionych klasyfikacji, były wcale niedalekie od poradnika. Ot, genialny w prostocie podręcznik dla pierwszego roku prowincjonalnych studentów. Miał rację Jerzy Krzynówek, gdy pisząc w odpowiedzi na krytykę swojej książki, zauważył, iż „rykoszetem oberwało się również Gaiusowi"[12]. W istocie miało się dostać, choć nie samemu Gaiusowi, boć to był świetny dydaktyk, dobrze piszący dla swych odbiorców, tylko tym, którzy nie mieli być jego odbiorcami, ale wzorowali się na nim zbytnio i uznali za wielki autorytet antyczny. Powoływali go nie jako świadka, lecz uczonego jurystę dużej klasy. „Gajocentryzm" nie tylko mnie wydaje się niebezpieczny[13]. Co jest wykładem dla adeptów prawa, nie musi być najlepszą prezentacją jurysprudencji. Proste bywa genialne, uproszczone ma na geniusz mniejszą szansę.

Peter Birks zdecydował się oprzeć swoją prezentację prawa rzymskiego na łącznym przedstawianiu stanu prawnego w *Institutiones* Gaiusa oraz w *Institutiones* justyniańskich. Pomysł skupienia się na próbie przedstawienia prawa jako szeregu instytucji obecny jest także w prawie szkockim. Ciekawa ta propozycja musi jedynie wytrzymać w obliczu pokusy prostego przeciwstawiania prawa klasycznego prawu justyniańskiemu, jak zwykło się to czynić w XIX i jeszcze w XX wieku. Prawo rozwijało się i zmieniało, i miało w Rzymie więcej odsłon niż dwie.

Książka będzie ciekawa i ważna pod względem językowym dla tych, którzy pisują o prawie rzymskim po angielsku. „Rzymskie prawo zobowiązań" to wręcz nieocenione źródło odniesienia dla tłumaczeń, gdyż komunikatywnie przedstawia w tym języku rzymskie rozwiązania prawne. W środowisku romanistów języka włoskiego, ale także niemieckiego, widać silną opozycję wobec używania angielskiego do pisania o prawie prywatnym tradycji kontynentalnej. Pomińmy inne motywacje: prawda, że jest to język *common law*, a nie *civil law*. Zresztą sam stwierdziłem jeszcze ogólniej: „nie jest to naturalny język pisania o prawie"[14]. Bez wątpienia nauka prawa rzymskiego ma bardzo silne ośrodki we Włoszech i w Niemczech czy Austrii. Krajowe zjazdy romanistyczne odbywają się tam w ojczystym języku, do czego pojawiający się na nich obcokrajowcy zazwyczaj w pełni się dopasowują. Co innego doroczne wrześniowe zjazdy historyków prawa w ramach Międzynarodowego Towarzystwa Historii Praw Antycznych imienia Fernanda De Visschera – *Société Internationale Fernand De Visscher pour l'Histoire des Droits de l'Antiquité* (SIHDA). W znacznej mierze są światowymi kon-

11 W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Bérier, *Warsztaty prawnicze. Prawo rzymskie*, wyd. 2, Kraków 2013, s. 63–72.

12 J. Krzynówek, *„Niezbyt wiele się z monografii dowiedziałem", czyli o skutkach braku „gimnastyki umysłowej"*, „Forum Prawnicze" 2014, nr 1 (21), s. 64.

13 U nas pisał o tym niedawno W. Dajczak, *Błędy poznawcze a tęsknota za użytecznością nauki prawa rzymskiego*, „Forum Prawnicze" 2013, nr 3 (17), s. 12–13.

14 F. Longchamps de Bérier, *Law of Succession. Roman Legal Framework and Comparative Law Perspective*, Warszawa 2011, s. 14.

gresami romanistów, stanowiąc płaszczyznę współpracy uczonych z innych krajów niż trzy wymienione; ich przedstawiciele oczywiście i tu są obecni, ale nie stanowią większości. Kongresy te dają szersze – choć może nie głębsze – spojrzenie niż zjazdy krajowe włoskie czy niemieckie, a na zjazdach SIHDA, gdzie formalnie pierwszym językiem jest francuski, używa się na równi włoskiego, hiszpańskiego, niemieckiego i angielskiego. Języki to dobrze znane – przynajmniej biernie – każdemu romaniście. Czasem z referatami po niemiecku występują Holendrzy, Brazylijczycy i Japończycy, ale dla naszej części Europy typowym językiem wystąpień stał się angielski. W nim najczęściej przedstawiają wyniki badań Bułgarzy, Chorwaci, Czesi, Finowie, Serbowie, Turcy, Węgrzy. Również nasi studenci i seminarzyści deklarują przede wszystkim znajomość angielskiego, w którym bez problemu zadaje się im lektury dodatkowe. Tylko pomarzyć o poleceniu książek czy artykułów po włosku albo po niemiecku… Jeśli zatem patrzeć i bliżej, i szerzej – a prawo rzymskie ma stawać się wygodnym i użytecznym językiem komunikacji o prawie prywatnym w ogóle – to trzeba mówić zrozumiale po angielsku. Tak tedy, po pierwsze w tym języku, po drugie używając go w sposób możliwie jasny co do treści, jaką chce się przekazać – tak prawnikom *civil law*, jak *common law*. Posługiwanie się w rozważaniach z zakresu prawa rzymskiego i cywilnego językiem angielskim zmusza do poczynienia konkretnych ustaleń terminologicznych na podstawie dostępnych materiałów. Sporo kosztowało mnie to pracy dla rzymskiego prawa spadkowego. Nie wystarczy używać słów i wyrażeń, jakie uznaje się za właściwe do oddania dogmatyki. Wyrażenia często powinny być opisowe, aby czytelnik raczej zrozumiał konstrukcję, niż jedynie wiedział o jej istnieniu. Wykład bardziej niż tradycyjny, jaki znajdujemy w książce zredagowanej przez E. Descheemaekera, pozwala łatwo odnaleźć poszukiwane wyrażenia z zakresu prawa zobowiązań. Jest zrozumiale i erudycyjnie napisany, ładnym współczesnym językiem, jak dobre, stosunkowo nowe opracowania prawa rzymskiego po angielsku: klasyczna już książeczka Barry'ego Nicholasa[15], tradycyjnie używana w Oksfordzie, oraz podręcznik Andrew Borkowskiego, odświeżany przez Paula du Plessis[16]. Zatem sama lektura wykładów P. Birksa pozwala następnie wyrazić po angielsku własne przemyślenia z zakresu dogmatyki prawa rzymskiego. Nie chodzi tylko o proste określenie pożyczki jako *loan for consumption*, w odróżnieniu od użyczenia, czyli *loan for use*, lub o kontrakt literalny w postaci *nomina arcaria* jako *cash-book entries*. Siła wyższa to raczej *great force* niż *act of God*. Gdy mowa w książce o skargach w prawie deliktowym, pojawia się *a reipersecutory aim* jako *asset-recovering*, a nie *penalty-recovering* (s. 181). Przydatne są też częste uwagi terminologiczne P. Birksa, a nawet dłuższe rozważania, jak przy delikcie *damnum iniuria datum* (s. 193). *Damnum* to bardziej *loss* niż narzucająca się kalka *damage*, to znaczy *the loss which arises from the damage*. *Lex Aquilia* przewidywała tedy odpowiedzialność za *loss wrongfully caused*. Skoro podstawowym celem formułowania własnych przemyśleń w tekście po angielsku jest zrozumienie i komunikatywność oraz

> **Jeśli zatem patrzeć i bliżej, i szerzej – a prawo rzymskie ma stawać się wygodnym i użytecznym językiem komunikacji o prawie prywatnym w ogóle – trzeba mówić zrozumiale po angielsku.**

15 B. Nicholas, *An Introduction to Roman Law*, Oxford 1975.

16 A. Borkowski, P. du Plessis, *Textbook on Roman Law*, wyd. 4, Oxford 2010.

unikanie sztuczności, warto mieć zawsze „Rzymskie prawo zobowiązań" jako swoistą *reference book* na półeczce przy biurku.

Nie brakuje i uwag krytycznych wobec książki. Materiał w niej zebrany często nie zawiera konkluzji, a przecież dobre zakończenia zawsze są w cenie. W końcu najdłużej myśli się nad ostatnim i pierwszym zdaniem tekstu. Wydaje się tedy, że mamy w tej pracy do czynienia ze zbiorem notatek do prowadzenia – myśląc realiami nauczania prawa na kontynencie – bardziej ćwiczeń niż wykładu. Nic złego. Podstawową formą dydaktyczną w uniwersytetach krajów anglosaskich są *classes*. A u nas coraz częściej przebijają się głosy, żeby zrezygnować z tradycyjnych wykładów, rzadko kiedy obleganych, na rzecz pracy w mniejszych grupach: z uczestnikami, a nie ze słuchaczami. Sam tytuł „Rzymskie prawo zobowiązań" pozbawiony dalszych wyjaśnień brzmi monumentalnie. Warto było wziąć przykład z pierwszej wersji pewnego podręcznika, która powstała pod celnym tytułem *Bruliony wykładów*[17], inspirowanym *brouillons de lecture*. Nie mam zdania, czy pod tym tytułem powinien podręcznik pozostać[18], ale dostaliśmy piękny przykład dystansu wobec własnej pracy, a przy tym nieunikania publikacji. Ta bowiem daje szansę podzielenie się przemyśleniami i dydaktycznym ujęciem zagadnień do przyswojenia na wstępnym kursie prawa rzymskiego nie tylko w gronie własnych studentów. Stymuluje rozwój, zachęca do krytyki, a w konsekwencji do doskonalenia uproszczonej wersji ku stworzeniu skryptu lub podręcznika. Czy w przypadku oksfordzkiej książki można przyjąć, że funkcję uwagi o brulionach spełnia wskazanie ponad tytułem na powstanie nowej serii wydawniczej „Pisma zebrane Petera Birksa"?

Był wybitnym uczonym i warto, żeby wszystko, co po sobie zostawił, stawało się dostępne szerokim kręgom osób zainteresowanych prawem rzymskim. Należy się zatem uznanie i wdzięczność za pracę, ale też i za odwagę redaktorowi E. Descheemaekerowi. Tak jak jesteśmy pełni szacunku wobec Włodzimierza Boleckiego za ostatnie opowiadanie Gustawa Herlinga-Grudzińskiego[19], nawet jeśli dość trudno się je czyta, zaś autor pewnie w innej zgoła wersji chciałby je pokazać światu. Uznanie budzą też trud i dociekliwość Adama Redzika, który odnalazł we lwowskich archiwach i ogłosił drukiem ostatnią znaną pracę Romana Longchamps de Bérier[20]. Z ciekawością czekam na kolejne tomy „Pism zebranych Petera Birksa" – jako wyrazy historycznego świadectwa nauczania prawa rzymskiego na wyspach brytyjskich w XX wieku. Liczę, że Wydawnictwo Uniwersytetu w Oksfordzie, które zadbało również o piękną formę pierwszego tomu, nie zrezygnuje ze swego cennego zaangażowania.

17 W. Wołodkiewicz, M. Zabłocka, *Prawo rzymskie. Bruliony wykładów*, cz. I, Warszawa 1993; cz. II, Warszawa 1994.

18 Recenzja krytyczna M. Avenariusa, „Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung" 2013, vol. 130, nr 1, s. 770–771.

19 G. Herling-Grudziński, *Wiek biblijny i śmierć. Czekając na czarny obłok*, oprac. W. Bolecki, Kraków 2007.

20 A. Redzik, *Wina w prawie cywilnym, Wprowadzenie*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego" 2013, rok XXII, z. 1, s. 223–229; R. Longchamps de Bérier, *Wina w prawie cywilnym*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego" 2013, rok XXII, z. 1, s. 229–249.

Marcin Stębelski

Przegląd orzecznictwa – prawo konstytucyjne

Wyrok TK z dnia 25 września 2014 r., K 49/12, OTK 2014 nr 8A, poz. 94

Indywidualna interpretacja podatkowa

Art. 14o § 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa (Dz.U. z 2012 r. poz. 749, 1101, 1342 i 1529, z 2013 r. poz. 35, 1027, 1036, 1145, 1149 i 1289 oraz z 2014 r. poz. 183, 567 i 915)**, rozumiany w ten sposób, że pojęcie „niewydanie interpretacji" nie oznacza braku jej doręczenia w terminie określonym w art. 14d powołanej ustawy, jest zgodny z zasadą zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa wynikającą z art. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.**

Wniosek Rzecznika Praw Obywatelskich dotyczył przepisu ordynacji podatkowej, przewidującego instytucję tzw. milczącej interpretacji podatkowej. Jest ona wydawana w indywidualnej sprawie na pisemny wniosek zainteresowanego, w którym przedstawia on zaistniały stan faktyczny albo zdarzenie przyszłe i proponuje własną ocenę prawną. Interpretacja zawiera ocenę stanowiska wnioskodawcy wraz z uzasadnieniem prawnym. Może wskazywać prawidłowe stanowisko – w sytuacji negatywnej oceny stanowiska zaprezentowanego we wniosku. Zgodnie z kwestionowanym art. 14o § 1 ordynacji podatkowej w razie niewydania interpretacji w terminie (nie później niż 3 miesiące od otrzymania wniosku) uznaje się, że w dniu następującym po dniu upływu tego terminu wydano interpretację stwierdzającą prawidłowość stanowiska wnioskodawcy. Wątpliwości konstytucyjne RPO dotyczyły sposobu rozumienia sformułowania „wydanie interpretacji" ugruntowanego w orzecznictwie sądów administracyjnych. Zgodnie z uchwałą pełnego składu Izby Finansowej NSA z 14 grudnia 2009 r. (II FPS 7/09) wydanie interpretacji utożsamiane jest ze sporządzeniem jej na piśmie, opatrzeniem datą i podpisem upoważnionej osoby. Nie wiąże się z koniecznością jej zakomunikowania adresatowi. W ocenie RPO takie rozumienie kwestionowanego przepisu narusza zasadę zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa (art. 2 konstytucji). Skoro interpretacja indywidualna wyznacza sytuację prawną jednostki – udziela bądź odmawia ochrony w sprawach podatkowych – to wynikający z niej skutek powinien być powiązany z zakomunikowaniem wnioskodawcy stanowiska organu podatkowego. W przeciwnym razie, jak wskazał RPO, podatnik pozostaje w niepewności co do tego, czy jego stanowisko jest prawidłowe i czy może stanowić podstawę jego działań. Zdaniem RPO kwestionowany przepis – przez nadanie mu określonej treści – traci swój gwarancyjny charakter dla jednostki. Uniemożliwia jednostkom decydowanie o swoim postępowaniu na podstawie pełnej znajomości przesłanek działania organów państwowych.

Trybunał Konstytucyjny uznał, że przedstawiony we wniosku sposób rozumienia kwestionowanego przepisu ordynacji podatkowej można uznać za dostatecznie utrwalony. Z tego względu dokonał jego oceny pod kątem zgodności z art. 2 konstytucji. Wyrażona w tym przepisie zasada lojalności państwa nakłada na organy państwa obowiązek takiego stanowienia i stosowania prawa, aby nie stawało się ono pułapką dla jednostek. Chodzi o zapewnienie jednostkom możliwości podejmowania działań bez obawy, że wy-

wołają one nieprzewidziane skutki prawne. Jednostka powinna mieć możliwość określenia konsekwencji poszczególnych zachowań i zdarzeń na gruncie stanu prawnego obowiązującego w momencie rozpoczęcia konkretnego działania.

Organy władzy publicznej obowiązane są przyjmować – jako wiążącą – taką wykładnię obowiązujących unormowań, która nadawać im będzie znaczenie zgodne z konstytucją. Punktem wyjścia oceny realizowanej w postępowaniu przed TK jest domniemanie zgodności ustaw z Konstytucją RP oraz wzgląd na konstytucyjną rolę władzy ustawodawczej. Nawiązując do tych zasad, TK stwierdził, że sposób rozumienia kwestionowanego przepisu ordynacji podatkowej przyjęty wskutek uchwały NSA urzeczywistnia rozstrzygnięcia konstytucyjne w pełnym wymiarze. Nie można mu zatem zarzucić naruszenia zasady zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa (art. 2 konstytucji). Po pierwsze, utożsamienie wydania interpretacji z jej sporządzeniem sprzyja realizacji zasady określoności przepisów prawa. Dzięki temu wydanie danego aktu (interpretacji indywidualnej, decyzji administracyjnej, zaświadczenia) rozumiane jest zawsze jednolicie, a przy tym odmiennie od doręczenia odpowiedniego dokumentu. Taka wykładnia gwarantuje bezpieczeństwo prawne jednostki, polegające na stabilności interpretacji danego określenia w ramach całej regulacji prawnej. Po drugie, przyjęte rozumienie kwestionowanego przepisu wiąże się ściśle z charakterem prawnym interpretacji indywidualnej przepisów prawa podatkowego. Interpretacje te same przez się nie kształtują praw ani obowiązków podatnika, a tym samym nie determinują jego sytuacji prawnej. Wyrażają jedynie opinię organu podatkowego w danej kwestii, a tym samym mogą ukierunkowywać działania podejmowane przez podatników. Jak wyjaśnił TK, interpretacja jest jedynie niewiążącym adresata ani organów podatkowych wzorcem wykładni prawa, wydawanym na wniosek. Ma służyć ujednoliceniu stosowania oraz przestrzegania prawa podatkowego; jakkolwiek ma wyłącznie charakter informacyjny i kierunkowy. Z tego względu odmiennie oceniać należy kwestię doręczania interpretacji indywidualnych od kwestii doręczenia aktu administracyjnego. Doręczenie interpretacji nie powoduje powstania skutków w sferze sytuacji prawnej wnioskodawcy. Konsekwencje prawne dotyczą ewentualnego zastosowania się podatnika do treści interpretacji. W tym kontekście nie ma – zdaniem TK – przeszkód ku temu, aby kwestię dochowania terminu określonego w kwestionowanym przepisie odnosić do momentu sporządzenia interpretacji indywidualnej.

Trybunał zwrócił uwagę na ważne wartości leżące u podstaw mechanizmu interpretacji indywidualnej. W praktyce konieczne jest stworzenie urzędowej formy zakomunikowania wnioskodawcy, że w jego sprawie wydano interpretację indywidualną.

Wyrok TK z dnia 21 października 2014 r., K 38/13, OTK ZU nr 9/A/2014, poz. 104

Świadczenia rodzinne

1. Art. 16a ust. 2 ustawy z dnia 28 listopada 2003 r. o świadczeniach rodzinnych (Dz.U. z 2013 r. poz. 1456, 1623 i 1650 oraz z 2014 r. poz. 559 i 567) **jest zgodny z art. 2, art. 32 ust. 1 i art. 69 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.**

2. Art. 17 ust. 1b ustawy powołanej w punkcie 1 w zakresie, w jakim różnicuje prawo do świadczenia pielęgnacyjnego osób sprawujących opiekę nad osobą niepełnosprawną po ukończeniu przez nią wieku określonego w tym przepisie ze względu na moment powstania niepełnosprawności, jest niezgodny z art. 32 ust. 1 Konstytucji.

Trybunał Konstytucyjny rozpatrywał połączone wnioski grupy posłów oraz Rzecznika Praw Obywatelskich, w których kwestionowano dwie grupy przepisów ustawy o świadczeniach rodzinnych. Dotyczyły one przesłanek nabycia prawa do specjalnego zasiłku opiekuńczego oraz warunków ubiegania się o świadczenie pielęgnacyjne.

W odniesieniu do pierwszego świadczenia zarzuty konstytucyjne dotyczyły wprowadzenia przez ustawodawcę kryterium łącznego dochodu rodziny sprawującej opiekę i rodziny osoby wymagającej opieki, jako warunku przyznania prawa do zasiłku. Wnioskodawcy wskazywali, że posłużenie

się tym kryterium prowadzi do nieuzasadnionego różnicowania podmiotów podobnych. Specjalny zasiłek opiekuńczy stanowić ma rekompensatę utraconych dochodów opiekuna osoby niepełnosprawnej, który nie podjął pracy zarobkowej lub z niej zrezygnował w celu sprawowania opieki nad najbliższą osobą niepełnosprawną. Kryterium dochodowe jest zbyt restrykcyjne i wyłącza z grona uprawnionych znaczną grupę opiekunów.

Wątpliwości dotyczące konstrukcji prawnej świadczenia pielęgnacyjnego z tytułu rezygnacji z zatrudnienia lub innej pracy zarobkowej dotyczyły przesłanki wieku powstania niepełnosprawności osoby wymagającej opieki. Świadczenie przysługuje wyłącznie wówczas, kiedy niepełnosprawność tej osoby zaistniała nie później niż do ukończenia 18 roku życia, ewentualnie w trakcie nauki w szkole lub w szkole wyższej, jednak nie później niż do ukończenia 25 roku życia. Takie zróżnicowanie beneficjentów świadczeń jest – zdaniem wnioskodawców – niezgodne z zasadą sprawiedliwości społecznej. Oprócz tego nie realizuje obowiązku zapewnienia osobom niepełnosprawnym minimum egzystencji (art. 69 konstytucji).

Trybunał podkreślił znaczenie zasady pomocniczości, jako jednej z podstaw demokratycznego państwa prawnego. Zakłada ona, że to jednostki powinny, w pierwszej kolejności, podjąć wszelkie działania zmierzające do zabezpieczenia własnych interesów i potrzeb życiowych. Wsparcie powinno dotyczyć jedynie tych sytuacji, w których jednostki nie są w stanie samodzielnie zadbać o swoje sprawy. Dopiero wówczas współobywatele, w imię solidaryzmu społecznego, mogą być zobowiązani do zapewnienia pomocy jednostkom czy nawet całym rodzinom. Nawet w sytuacji, w której przyznawanie obywatelom przysporzeń od całego społeczeństwa jest uzasadnione solidaryzmem społecznym lub zasadą słuszności, nie może ono polegać na pokrywaniu przez wszystkich członków społeczeństwa całości jakichkolwiek wydatków ponoszonych przez osoby znajdujące się w trudnej sytuacji materialnej lub społecznej. Wsparcie przyznawane jednostkom nie musi też za każdym razem przybierać postaci przysporzeń finansowych. Pomoc musi być bowiem dostosowana do konkretnych okoliczności, tak aby efektywnie poprawiać sytuację beneficjentów.

Wnioskodawcy sugerowali, że wsparcie udzielane w formie specjalnego zasiłku opiekuńczego powinno przysługiwać wszystkim osobom, które nie podejmują pracy zarobkowej lub rezygnują z niej po to, aby sprawować opiekę nad osobą niepełnosprawną. Konstrukcja tego świadczenia wskazuje jednak, że jest to wsparcie adresowane pośrednio do osób niepełnosprawnych. Z tego powodu nie można go rozpatrywać wyłącznie w odniesieniu do opiekunów, którzy są bezpośrednimi beneficjentami tego zasiłku. Jednocześnie, skoro specjalny zasiłek opiekuńczy jest świadczeniem finansowym, to ocena zasadności jego przyznania powinna być uzależniona od sytuacji finansowej tych, którym ma on przysługiwać. Pomoc udzielana w formie tego zasiłku odnosi się w istocie rzeczy do rodzin, które znajdują się w trudnej sytuacji materialnej z uwagi na niski dochód. Przyznanie pomocy właśnie takim beneficjentom, z pominięciem rodzin o lepszej kondycji finansowej, wpisuje się w kontekst art. 71 ust. 1 zdanie 1 konstytucji. Ma zatem swoje konstytucyjne uzasadnienie. Nie bez znaczenia – przy ocenie przesłanek specjalnego zasiłku opiekuńczego – było nawiązanie do możliwości finansowania tych świadczeń z budżetu państwa. Rozwiązania zakwestionowane we wnioskach wprowadzono w celu racjonalizacji wydatków przeznaczonych na świadczenia rodzinne, co wiązało się z ich znacznym wzrostem w poprzednich latach (wzrost łącznie o ponad 3,3 mld zł w latach 2010–2012). Konieczność zachowania równowagi budżetowej oraz właściwego stanu finansów publicznych uzasadnia wprowadzanie kryteriów o charakterze obiektywnym (m.in. kryterium dochodu), które będą służyły urzeczywistnieniu tych wartości.

Trybunał zbadał także – z punktu widzenia zasady równości – przesłanki ubiegania się o świadczenie pielęgnacyjne. W tym kontekście istotne znaczenie miały skutki zastosowania kryterium powstania niepełnosprawności dla wszystkich beneficjentów zaliczających się do grupy podmiotów podobnych. W odniesieniu do świadczenia pielęgnacyjnego tworzą ją wszystkie osoby, które nie podjęły zatrudnienia czy innej pra-

cy zarobkowej lub zrezygnowały z nich w celu sprawowania opieki nad najbliższą osobą niepełnosprawną. W tak wyznaczonej grupie konstytucyjnie uzasadnione jest wyłącznie odmienne traktowanie osób sprawujących opiekę nad niepełnosprawnymi dziećmi. Tymczasem kryterium zastosowane przez ustawodawcę prowadziło do nieuzasadnionego zróżnicowania w obrębie prawa do świadczenia osób sprawujących opiekę nad dorosłymi osobami niepełnosprawnymi. Świadczenie mogło bowiem przysługiwać wyłącznie tym opiekunom, których podopieczny – obecnie już dorosły – stał się niepełnosprawny w okresie wskazanym przez ustawodawcę. Pozostałe osoby rezygnujące z zatrudnienia w celu sprawowania opieki nad najbliższą osobą niepełnosprawną nie miały prawa do świadczenia pielęgnacyjnego wyłącznie z uwagi na to, że niepełnosprawność podopiecznych powstała już po ukończeniu przez nich 18, ewentualnie 25 roku życia. Rozwiązanie powodujące zróżnicowanie sytuacji prawnej opiekunów dorosłych osób niepełnosprawnych nie znajduje konstytucyjnego uzasadnienia.

Wypowiadając się na temat skutków swojego wyroku, Trybunał Konstytucyjny raz jeszcze zaznaczył konieczność takiego ukształtowania zasad przyznawania świadczeń pielęgnacyjnych, które nie będą różnicowały sytuacji opiekunów dorosłych osób niepełnosprawnych. W tym zakresie wyrok TK wymaga koniecznej interwencji ustawodawcy. Wypowiedź TK odnosiła się bowiem wyłącznie do części normy wyrażonej w kwestionowanym art. 17 ust. 1b ustawy o świadczeniach rodzinnych. To oznacza, że przepis ten nie został całkowicie derogowany z systemu prawa na skutek wyroku TK.

Wyrok TK z dnia 4 listopada 2014 r., SK 55/13

Przeciwdziałanie narkomanii

Art. 62 ust. 1 oraz art. 63 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz.U. z 2012 r. poz. 124) **w zakresie, w jakim dotyczą konopi innych niż włókniste, są zgodne z art. 47 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.**

Skarga konstytucyjna dotyczyła sprawy skarżącego skazanego na karę pozbawienia wolności za uprawianie konopi innych niż włókniste oraz posiadanie suszu takich konopi. Warunkowe zawieszenie wykonania kary zostało powiązane z zobowiązaniem skarżącego do poddania się leczeniu odwykowemu. W swojej argumentacji przedstawionej przed TK skarżący wskazywał na naruszenie jego wolności osobistej. Penalizacja uprawy konopi oraz posiadania marihuany jest – w jego ocenie – nieproporcjonalnym ograniczeniem autonomii decyzyjnej jednostki. Nie służy przy tym ochronie zdrowia publicznego. Konopie w naturalnej i nieprzetworzonej postaci stanowić mają bowiem mniejsze niebezpieczeństwo dla zdrowia niż dostępne w legalnym obrocie, a przy tym silnie uzależniające używki, jak tytoń i alkohol. Skarżący twierdził, że zakwestionowane przez niego przepisy są niesprawiedliwe i arbitralne. Przewidują zastosowanie sankcji karnej, która stanowi najdalej idące ograniczenie prawa do decydowania o swoim życiu osobistym.

Przystępując do rozstrzygnięcia sprawy, TK zaznaczył, że przedmiotem oceny nie jest ogólny problem kryminalizacji posiadania oraz uprawy konopi. Nie jest nim także rozstrzyganie o tym, jakie rozwiązanie w tej kwestii mogłoby być optymalne z punktu widzenia stosunków społecznych i ekonomicznych oraz celów polityki państwa. Trybunał wyraźnie odciął się zatem – mimo takiego właśnie stawiania sprawy przez skarżącego – od wypowiadania się o tym, jak należałoby kształtować politykę antynarkotykową oraz czy kwestionowane przepisy odpowiednio (bądź nieodpowiednio) wpisują się w jej przyjęte założenia. Rozbudowana analiza tego zagadnienia poczyniona przez TK, zarówno w kontekście krajowym, jak i międzynarodowym, w tym także w perspektywie unormowań prawa UE, miała na celu określenie odpowiedniej perspektywy postrzegania problematyki związanej ze zwalczaniem nielegalnego obrotu środkami odurzającymi i substancjami psychotropowymi. W tej części uzasadnienia wyroku TK zwrócił uwagę na daleko idące rozbieżności w obszarze rozwiązań prawnych przyjmowanych w poszczególnych państwach wobec konsumentów narkotyków. Rozbieżności odnoszą się głównie

do kwestii kryminalizacji posiadania narkotyków, zwłaszcza jeżeli dotyczy to „nieznacznej ilości" konopi „na własny użytek". W prawie polskim można wskazać dwa zasadnicze powody kryminalizacji posiadania (uprawy) konopi. Pierwszym są względy zdrowotne. Drugim – dążenie do zwalczania podaży polegające na absolutyzacji represji.

Zasadniczym problemem rozstrzyganym przez TK było stwierdzenie, czy kryminalizacja czynów określonych w kwestionowanych przepisach ustawy, powodująca ograniczenie prawa do prywatności, jest uzasadniona z punktu widzenia wartości chronionych w art. 31 ust. 3 konstytucji. Ochrona prawa do prywatności i do decydowania o sobie samym nie ma bowiem charakteru absolutnego i może podlegać ograniczeniom, jeżeli przemawiają za tym inne normy, zasady lub wartości konstytucyjne, a stopień ograniczenia pozostaje w odpowiedniej proporcji do rangi interesu, któremu ograniczenie ma służyć.

Konstytucyjnymi wartościami uzasadniającymi ograniczenia wynikające z ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii są zdrowie oraz porządek publiczny. Klauzula porządku publicznego określa stan harmonijnego współżycia członków społeczeństwa. Dotyczy sposobu organizacji życia publicznego umożliwiającego ochronę jednostek przed zjawiskami degradującymi struktury społeczne. Klauzula ochrony zdrowia może dotyczyć zarówno ochrony zdrowia całego społeczeństwa, jak i poszczególnych jednostek (aspekt ogólny oraz indywidualny). Przedmiotem ochrony przepisów kwestionowanych w skardze jest zdrowie publiczne w obu wspomnianych aspektach.

Powoływanie się na względy ochrony zdrowia i porządku publicznego jest uzasadnioną i dopuszczalną przyczyną ograniczenia prawa do prywatności. Niezależnie od istniejących trudności w określeniu stopnia faktycznej szkodliwości marihuany, jej konsumpcja ma negatywny wpływ na zdrowie człowieka. Uzasadnia to podjęcie przez władze publiczne środków ograniczających jej spożycie. Ustawodawca ma przy tym stosunkowo szeroki zakres swobody dokonywania ocen i podejmowania środków prawnych, które służyć będą ochronie wskazanych wartości. W tym kontekście normy prawnokarne służą realizacji celów deklarowanych przez ustawodawcę – m.in. ochronie zdrowia publicznego – i odpowiadają aktualnym względom kulturowym. Spełniają przez to wymóg przydatności (adekwatności) ograniczeń wolności i praw. Wprowadzenie sankcji za złamanie zakazu uprawy i posiadania marihuany w powiązaniu z profilaktyką antynarkotykową oraz nacisk na leczenie i terapię uzależnień są skutecznymi środkami walki ze zjawiskiem narkomanii. Kwestionowane regulacja spełniają też wymóg konieczności ograniczeń. Ustawodawca miał prawo założyć, że bez zastosowania tych środków (obok innych) nie osiągnąłby konstytucyjnie uzasadnionych celów ustawy. Nie można bowiem – odwołując się do dostępnych raportów i danych statystycznych – stwierdzić, że cel ustawodawcy można skutecznie zrealizować za pomocą mniej uciążliwych środków. Stąd też TK stanął na stanowisku, że negatywne czynniki związane z posiadaniem (uprawą) konopi uzasadniają posłużenie się ingerencją karną, jako koniecznym instrumentem realizacji celów założonych przez ustawodawcę – ochrony zdrowia i porządku publicznego.

W badanej sprawie spełniony został również trzeci wymóg testu proporcjonalności, dotyczący posłużenia się takim instrumentem prawnym ograniczającym wolności lub prawa, który będzie najmniej dolegliwy dla jednostki. Trybunał nawiązał do istniejących różnic w sposobie realizowania polityki narkotykowej w Polsce i w innych krajach. Wskazał, że dotyczą one m.in. różnego poziomu zaangażowania środków publicznych w zwalczanie narkomanii, odmiennego poziomu sprawności organów władzy publicznej w zakresie pomocy społecznej i służby zdrowia, czy różnego zaangażowania policji w realizowanie celów polityki antynarkotykowej w formach nierepresyjnych. Istnienie tych różnic musi wpływać na ocenę rozwiązań przyjętych w prawie polskim. Zdaniem TK można rozważać zmianę priorytetów w polityce przeciwdziałania narkomanii w Polsce ze względu na ochronę praw konstytucyjnych. Jednakże w obecnym stanie prawnym i faktycznym ingerencja w prawo do prywatności, związana z kryminalizacją posiadania (uprawy) konopi, jest

uzasadniona racjonalną potrzebą ochrony zdrowia i porządku publicznego.

Wyrok TK z dnia 25 listopada 2014 r., K 54/13

Prawo tymczasowo aresztowanego do kontaktu telefonicznego z obrońcą

I. Art. 217c ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny wykonawczy (Dz.U. Nr 90, poz. 557, ze zm.) **w zakresie, w jakim bezwzględnie zakazuje korzystania z aparatu telefonicznego przez tymczasowo aresztowanego w celu porozumiewania się z obrońcą, jest niezgodny z art. 42 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.**

II. Przepis wymieniony w części I, w zakresie tam wskazanym, traci moc obowiązującą z upływem 6 (sześciu) miesięcy od dnia ogłoszenia wyroku w Dzienniku Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej.

Wniosek Rzecznika Praw Obywatelskich odnosił się do problemu dostrzeżonego w praktyce realizowania przez ten organ funkcji Krajowego Mechanizmu Prewencji w rozumieniu Protokołu fakultatywnego do Konwencji w sprawie zakazu stosowania tortur oraz innego okrutnego nieludzkiego lub poniżającego traktowania albo karania. Rzecznik zwrócił uwagę, że funkcjonariusze Służby Więziennej oraz pracownicy aresztów śledczych uniemożliwiają tymczasowo aresztowanym telefoniczne kontakty z obrońcą. Podstawą prawną takiej praktyki, a przez to także przedmiotem wniosku RPO był art. 217c kodeksu karnego wykonawczego (dalej: k.k.w.), zgodnie z którym tymczasowo aresztowany nie może korzystać z aparatu telefonicznego oraz innych środków łączności przewodowej i bezprzewodowej. Rzecznik podkreślił, że przepis ten jest stosowany także jako uniemożliwiający telefoniczny kontakt tymczasowo aresztowanego z obrońcą. W ten sposób prawo tymczasowo aresztowanego do porozumiewania się z obrońcą podczas nieobecności innych osób oraz korespondencyjnie (art. 215 § 1 k.k.w.) może być realizowane wyłącznie w formie osobistego kontaktu lub listownie. Taka sytuacja powoduje nieproporcjonalne ograniczenie konstytucyjnego prawa tymczasowo aresztowanego do obrony (art. 42 ust. 2 konstytucji). Ograniczenie to nie może być uznane za konieczne w demokratycznym państwie prawnym dla jego bezpieczeństwa ani dla porządku publicznego.

Trybunał dokonał kontroli konstytucyjności normy ukształtowanej w drodze utrwalonej i stabilnej praktyki stosowania art. 217c k.k.w. Ograniczenie prawa do obrony wynikające z treści tego przepisu poddane zostało ocenie z punktu widzenia testu proporcjonalności (art. 42 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 konstytucji). Chodziło w tym wypadku o zbadanie, czy ustawodawca właściwie wyważył dwa dobra – konstytucyjne prawo do obrony przysługujące tymczasowo aresztowanemu oraz zapewnienie prawidłowego toku postępowania karnego.

Zakaz telefonicznego porozumiewania się tymczasowo aresztowanego z obrońcą nie zawsze służy osiągnięciu celów tymczasowego aresztowania wynikających z kodeksu postępowania karnego. Dotyczy to sytuacji, w której orzeczenie tymczasowego aresztowania wynika z uzasadnionej obawy o to, że oskarżony ucieknie lub będzie się ukrywał, zwłaszcza wtedy, gdy nie można ustalić jego tożsamości albo gdy nie ma on w kraju stałego miejsca pobytu. Zastosowanie tymczasowego aresztowania eliminuje potencjalne zagrożenie dla prawidłowego toku postępowania karnego, wywołane taką obawą. Także wówczas, kiedy orzeczenie tymczasowego aresztowania wiąże się z grożącą oskarżonemu surową karą, trudno jest wskazać związek między ograniczeniem możliwości kontaktów telefonicznych z obrońcą a zapewnieniem prawidłowego toku postępowania karnego. W takim wypadku tymczasowo aresztowany powinien wręcz bardziej swobodnie – z uwagi na grożącą mu sankcję – kontaktować się z obrońcą. Pewny związek można również wykazać między wyłączeniem możliwości telefonicznego porozumiewania się z obrońcą a osiągnięciem celu prewencyjnego stosowania tymczasowego aresztowania.

Całkowite uniemożliwienie tymczasowo aresztowanemu telefonicznego kontaktu z obrońcą nie w każdym wypadku jest również niezbędne dla realizacji celów tymczasowego aresztowania i ce-

lów postępowania karnego. Telefoniczny kontakt z obrońcą nie jest uprawnieniem jakościowo odmiennym od porozumiewania się w trakcie widzeń lub porozumiewania się listownego. Nie można przyjąć, że kontaktowanie się przez telefon samo w sobie zagraża prawidłowemu tokowi postępowania karnego. Istnieją przy tym różne środki techniczne, dzięki którym można zapobiegać ewentualnemu nadużywaniu tej formy komunikacji do innych celów niż kontakt z ustanowionym obrońcą. Całkowite pozbawienie tymczasowo aresztowanego możliwości korzystania z telefonu w celu przygotowania się do obrony zagraża przy tym zachowaniu zasady równości broni w postępowaniu karnym, czyli sprawiedliwości proceduralnej.

Trybunał wyraźnie odniósł się do skutków swojego wyroku. Podkreślił, że ma on wyłącznie charakter zakresowy i nie uchyla przez to kwestionowanego przepisu ani wyrażonego w nim zakazu. Dotyczy wyłącznie korzystania z aparatu telefonicznego przez tymczasowo aresztowanego w celu porozumiewania się ze swoim obrońcą w kwestiach dotyczących toczącego się postępowania. Wyrok TK nie wyklucza jednak możliwości nadzorowania takich kontaktów przez organ, w którego dyspozycji pozostaje tymczasowo aresztowany.

Anna Michalak

Przegląd orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej

Opinia TSUE z dnia 18 grudnia 2014 r. nr 2/13 w przedmiocie projektu porozumienia w sprawie przystąpienia Unii Europejskiej do europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności

Stan faktyczny

Europejska Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (dalej: EKPC)[1] jest wielostronną umową międzynarodową zawartą w ramach Rady Europy. Umowa ta weszła w życie w dniu 3 września 1953 roku. Wszyscy członkowie Rady Europy, a w konsekwencji wszystkie państwa członkowskie UE, zaliczają się do stron tej konwencji. W opinii nr 2/94 wydanej w dniu 28 marca 1996 r. TSUE stwierdził, że w obowiązującym wówczas stanie prawa wspólnotowego Wspólnota Europejska nie miała kompetencji, by przystąpić do EKPC.

Parlament Europejski, Rada Unii Europejskiej i Komisja Europejska w 2000 r. proklamowały Kartę praw podstawowych Unii Europejskiej[2], której traktat lizboński[3] – obowiązujący od dnia 1 grudnia 2009 r. – przyznał taką samą moc prawną jak traktatom. Traktat z Lizbony zmienił także art. 6 TUE[4], w myśl którego prawa podstawowe zagwarantowane w EKPC oraz wynikające z tradycji konstytucyjnych wspólnych państwom członkowskim stanowią część prawa UE jako zasady ogólne prawa, a Unia przystępuje do EKPC (art. 6 ust. 2 TUE). W odniesieniu do tej drugiej kwestii protokół nr 8 (do traktatu z Lizbony)[5] stanowi jednak, że porozumienie w sprawie przystąpienia musi spełniać określone przesłanki mające w szczególności na celu odzwierciedlenie konieczności zachowania szczególnych cech Unii i prawa Unii oraz zagwarantowanie, że przystąpienie Unii nie będzie miało wpływu na jej kompetencje ani na uprawnienia jej instytucji.

Zgodnie z zaleceniem Komisji Europejskiej z dnia 17 marca 2010 r. Rada Europy przyjęła w dniu 4 czerwca 2010 r. decyzję upoważniającą do podjęcia negocjacji dotyczących porozumienia w sprawie przystąpienia. Komisja została wyznaczona jako negocjator. W dniu 5 kwietnia 2013 r. negocjacje doprowadziły do osiągnięcia porozumienia w przedmiocie projektów dokumentów akcesyjnych. W tym kontekście komisja zwróciła się w dniu 4 lipca 2013 r. do Trybunału Sprawiedliwości z wnioskiem o wydanie opinii w przedmiocie zgodności projektu porozumienia z prawem Unii, zgodnie z art. 218 ust. 11 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE)[6].

Stanowisko TSUE

Trybunał przede wszystkim pokreślił, że wskutek przystąpienia, Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolno-

1 Dz.U. z 1993 r., nr 61, poz. 284.

2 Dz.Urz. UE C 326 z 26.10.2012, s. 391.

3 Traktat z Lizbony zmieniający Traktat o Unii Europejskiej i Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską, sporządzony w Lizbonie dnia 13 grudnia 2007 r, (Dz.U. z 2009 r., nr 203, poz. 1569).

4 Traktat o Unii Europejskiej (Dz.U. 2004, nr 90, poz. 864).

5 Protokół (nr 8) dotyczący artykułu 6 ustęp 2 Traktatu o Unii Europejskiej w sprawie przystąpienia Unii do europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (Dz.Urz. UE C 83 z 30.03.2010, s. 273).

6 Wersja skonsolidowana Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (D.Urz. UE C 115 z 09.05 2008, s. 47).

ści – tak jak każda inna umowa międzynarodowa zawarta przez Unię – wiązałaby instytucje UE i państwa członkowskie, i stanowiłaby integralną część prawa unijnego. W konsekwencji Unia podlegałaby kontroli zewnętrznej mającej na celu zapewnienie przestrzegania praw i wolności przewidzianych w EKPC, tj. mechanizmom kontroli przewidzianym w tej konwencji, a w szczególności decyzjom i wyrokom Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej: ETPC). Oznaczałoby to, że wykładnia EKPC dokonana przez ETPC wiązałaby Unię i wszystkie jej instytucje. Natomiast, co do zasady, wykładnia prawa uznanego w EKPC dokonana przez Trybunał Sprawiedliwości nie byłaby wiążąca dla ETPC.

W tym względzie TSUE stwierdził, że w zakresie, w jakim EKPC przyznaje układającym się stronom uprawnienie do ustanowienia wyższych standardów ochrony niż te zagwarantowane konwencją, należy zapewnić koordynację między EKPC i kartą praw podstawowych, by uniknąć sytuacji, w której poziom ochrony przewidziany w karcie, jak również pierwszeństwo, jednolitość i skuteczność prawa Unii zostałyby zagrożone.

Trybunał podkreślił, że podejście przyjęte w projekcie porozumienia – polegające na utożsamieniu UE z państwem i przypisaniu jej roli identycznej pod każdym względem z rolą każdej innej układającej się strony – nie uwzględnia specyficznego charakteru Unii. W szczególności rozwiązanie to nie bierze pod uwagę okoliczności, że państwa członkowskie zgodziły się, iż stosunki między nimi w dziedzinach, w których kompetencje zostały przeniesione z państw członkowskich na Unię, są regulowane prawem Unii z wyłączeniem wszelkiego innego prawa. W tych okolicznościach przystąpienie mogłoby zachwiać równowagę, na jakiej opiera się Unia, jak również podważyć autonomię jej prawa.

Trybunał zwrócił uwagę, że protokół nr 16 do EKPC, podpisany w dniu 2 października 2013 r., upoważnia sądy najwyższe państw członkowskich do zwracania się do ETPC z wnioskami o wydanie opinii doradczej w zasadniczych kwestiach dotyczących wykładni lub stosowania praw i wolności zagwarantowanych w EKPC lub jej protokołach. Zważywszy, że w przypadku przystąpienia Unii do EKPC konwencja ta będzie stanowiła integralną część prawa unijnego, mechanizm ustanowiony w tym protokole mógłby naruszać autonomię i skuteczność procedury odesłania prejudycjalnego ustanowionej w TFUE, zwłaszcza gdy prawa zagwarantowane w karcie praw podstawowych odpowiadają prawom uznanym w EKPC.

Trybunał wskazał także, że TFUE stanowi, iż państwa członkowskie zobowiązują się nie poddawać sporów dotyczących wykładni lub stosowania traktatów procedurze rozstrzygania innej niż ustanowiona w tych traktatach (art. 344 TFUE). W konsekwencji, w sytuacji gdy kwestionowane jest prawo Unii, TSUE jest wyłącznie właściwy do rozpoznawania wszelkich sporów między państwami członkowskimi oraz między nimi a Unią w przedmiocie przestrzegania EKPC.

Przewidziana w projekcie porozumienia możliwość wniesienia do ETPC przez UE lub państwa członkowskie wniosku mającego za przedmiot domniemane naruszenie EKPC, popełnione przez państwo członkowskie lub przez UE w związku z prawem Unii, stanowi zatem naruszenie TFUE.

Mechanizm współpozwania[7] ustanowiony w projekcie porozumienia ma na celu zapewnienie, by skargi wnoszone do ETPC przez państwa niebędące państwami członkowskimi UE i skargi indywidualne były kierowane prawidłowo przeciwko państwom członkowskim lub Unii, w zależności od danego przypadku. Projekt porozumienia przewiduje procedurę kontroli, w której ETPC byłby zmuszony ocenić przepisy prawa Unii regulujące rozdział kompetencji między Unię i jej państwa członkowskie oraz kryteria przypisywalności ich aktów lub zaniechań. W tym względzie ETPC mógłby wydać ostateczną decyzję, która wiązałaby zarówno państwa członkowskie, jak i Unię, co – w ocenie TSUE – groziłoby naruszeniem rozdziału kompetencji między Unię i jej państwa członkowskie.

7 Projekt porozumienia przewiduje, że układająca się strona staje się współpozwaną bądź poprzez przyjęcie zaproszenia wystosowanego przez ETPC, bądź w drodze decyzji ETPC wydanej na wniosek samej układającej się strony.

Podobnie Trybunał Sprawiedliwości wypowiedział się w przedmiocie procedury swego wcześniejszego zaangażowania[8]. Wskazał, że kwestia, czy TSUE wypowiedział się już na dany temat, może zostać rozstrzygnięta wyłącznie przez właściwą instytucję Unii i jej decyzja w tej sprawie powinna wiązać ETPC. Umożliwienie ETPC orzekania w przedmiocie takiej kwestii oznaczałoby bowiem przyznanie mu kompetencji do interpretowania orzecznictwa TSUE. W konsekwencji procedura ta powinna przewidywać, by w każdej sprawie przed ETPC była informowana UE, tak by właściwa jej instytucja mogła ocenić, czy TSUE wypowiedział się już w tej kwestii. Ponadto trybunał negatywnie ocenił wykluczenie możliwości wystąpienia do TSUE o wypowiedzenie się w kwestii wykładni prawa wtórnego UE w drodze tej procedury, co narusza kompetencje Unii i uprawnienia TSUE.

Trybunał przypomniał także, że w obecnym stanie prawa UE niektóre akty wydane w ramach Wspólnej polityki zagranicznej i bezpieczeństwa (WPZiB, ang. *Common Foreign and Security Policy*) nie są objęte kontrolą sądową TSUE. W wyniku przystąpienia do EKPC, to ETPC byłby uprawniony do orzekania w przedmiocie zgodności z EKPC niektórych aktów, działań lub zaniechań mających miejsce w ramach WPZiB, by skontrolować ich legalność w świetle praw podstawowych. Taka sytuacja oznaczałaby powierzenie – w odniesieniu do przestrzegania praw zagwarantowanych w EKPC – wyłącznej kontroli sądowej wspomnianych aktów, działań lub zaniechań Unii Europejskiej organowi w stosunku do niej zewnętrznemu.

Wskazując na powyższe uchybienia, TSUE stwierdził, że projekt porozumienia w sprawie przystąpienia UE do EKPC będzie zgodny z przepisami prawa UE pod warunkiem, że będzie zapewniał, iż:

- Unia i jej państwa członkowskie będą systematycznie i bez wyjątku informowane o wszystkich skargach wniesionych do ETPC, aby mogły one ewentualnie złożyć wniosek o dopuszczenie do sprawy w charakterze współpozwanych. Wnioski te nie będą przy tym poddawane żadnej kontroli wiarygodności przez ETPC;
- procedura wcześniejszego zaangażowania TSUE będzie się rozciągała na wszystkie kwestie prawne dotyczące wykładni prawa pierwotnego Unii i prawa wtórnego Unii w zgodzie z EKPC;
- ETPC może odstąpić od przeprowadzenia postępowania w celu wcześniejszego zaangażowania TSUE tylko wtedy, gdy jest oczywiste, że TSUE rozpatrzył już konkretną kwestię prawną, która została podniesiona w skardze wniesionej do ETPC;
- zasada wspólnej odpowiedzialności pozwanego i współpozwanego pozostanie bez wpływu na ewentualne zastrzeżenia, jakich układające się strony dokonały zgodnie z art. 57 EKPC oraz
- ETPC nie będzie mógł w żadnych okolicznościach odstąpić od zasady wspólnej odpowiedzialności pozwanego i współpozwanego w przypadku stwierdzenia naruszenia EKPC.

Wyrok TSUE (pierwsza izba) z dnia 5 listopada 2014 r. w sprawie C-103/13 (Sneżana Somowa przeciwko Bułgarii) – pokrywanie się okresów ubezpieczenia w kilku państwach członkowskich

Stan faktyczny

Wyrok zapadł na wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym i dotyczy wykładni art. 48 akapit pierwszy lit. a) TFUE, art. 49 TFUE, a także art. 12 ust. 1 i 2, art. 46 ust. 1 i 2 oraz art. 94 ust. 2 rozporządzenia nr 1408/71[9].

8 Procedura ta miałaby umożliwiać wcześniejsze zaangażowanie TSUE we wniesionych do ETPC sprawach, w których kwestionowane jest prawo UE, niezinterpretowane do tej pory przez TSUE.

9 Rozporządzenie Rady (EWG) nr 1408/71 z dnia 14 czerwca 1971 r. w sprawie stosowania systemów zabezpieczenia społecznego do pracowników najemnych, osób prowadzących działalność na własny rachunek i do członków ich rodzin przemieszczających się we Wspólnocie, w wersji zmienionej i uaktualnionej rozporządzeniem Rady (WE) nr 118/97

Wniosek ten został złożony w ramach sporu pomiędzy S. Somową a dyrektorem generalnym stołecznego urzędu „Zabezpieczenie społeczne" (bułg. *Glawen direktor na Stoliczno uprawlenie „Sociałno osigurjawane"*, dalej: SUSO) w przedmiocie decyzji zobowiązującej S. Somową do zwrotu kwot otrzymanych przez nią z tytułu emerytury osobistej wraz z odsetkami ze względu na to, że prawo do emerytury zostało jej przyznane z naruszeniem art. 94 ust. 1 bułgarskiego kodeksu ubezpieczeń społecznych (bułg. *Kodeks za sociałno osigurjawane*, dalej: KSO).

W dniu 18 stycznia 2007 r. S. Somowa złożyła wniosek o przyznanie emerytury, oświadczając, że w okresie od 18 stycznia 1957 r. do 31 maja 1996 r. pracowała w Bułgarii oraz że w dniu 4 czerwca 1996 r. zakończyła opłacanie składek na ubezpieczenie. Wniosek ten został oddalony decyzją z dnia 6 lutego 2007 r. ze względu na to, że S. Somowa, która odprowadzała składki w Bułgarii w okresie ubezpieczenia wynoszącym 33 lata, 11 miesięcy i 17 dni, nie spełniała warunków dotyczących wieku i stażu ubezpieczeniowego wymaganych przez ustawę bułgarską.

W dniu 22 czerwca 2007 r. S. Somowa wniosła o przyznanie emerytury na podstawie przepisów przejściowych i końcowych KSO w obowiązującym wówczas brzmieniu[10]. Decyzją z dnia 5 lipca 2007 r. na wniosek S. Somowej ustalono harmonogram zapłaty rozłożonych na raty brakujących składek. Tego samego dnia córka S. Somowej, działająca jako jej pełnomocnik, potwierdziła na piśmie, że jej matka nie pracowała od dnia 4 czerwca 1996 r. i że nie była ubezpieczona.

Decyzją z dnia 11 lipca 2007 r. przyznano S. Somowej ze skutkiem od dnia 5 lipca 2007 r. emeryturę w minimalnej wysokości. Kwota otrzymywanej przez nią emerytury była wielokrotnie waloryzowana.

W następstwie złożenia w 2011 r. przez S. Somową do właściwej austriackiej instytucji ubezpieczeniowej wniosku o przyznanie emerytury bułgarski SUSO otrzymał od tej instytucji w dniu 20 września 2011 r. formularze E 001/AT i E 205/AT. Wynika z nich, że w okresie od października 1995 r. do grudnia 2000 r. i w okresie od stycznia 2001 r. do lipca 2011 r. S. Somowa była objęta ubezpieczeniem społecznym w Austrii jako osoba prowadząca działalność na własny rachunek w rozumieniu austriackiej ustawy federalnej o zabezpieczeniu społecznym. W rozpatrywanym okresie S. Somowa wykonywała w Austrii zawód rolniczki.

Na tej podstawie SUSO doszedł do wniosku, że S. Somowa w dniu 5 lipca 2007 r., czyli w dniu przyznania jej świadczenia emerytalnego, nie zaprzestała odprowadzania składek na zabezpieczenie społeczne. Wobec tego uchylił (w drodze trzech decyzji) decyzję o przyznaniu S. Somowej emerytury oraz decyzje o podwyższeniu emerytury i nakazał jej zwrot z odsetkami kwot wypłaconych na podstawie uchylonych decyzji.

Wniesione przez S. Somową odwołanie (od wspomnianych trzech decyzji) zostało oddalone przez SUSO w dniu 2 grudnia 2011 r. Urząd ten uznał, że oświadczenie z dnia 5 lipca 2007 r. złożone przez pełnomocnika S. Somowej nie dotyczyło tylko zakończenia jej ubezpieczenia społecznego w Bułgarii, ponieważ zgodnie z art. 84a rozporządzenia nr 1408/71 S. Somowa była zobowiązana do poinformowania bułgarskiej instytucji ubezpieczeniowej o ubezpieczeniu w innym państwie członkowskim. Ponadto zgodnie z art. 44 ust. 2 i art. 45 tego rozporządzenia pod uwagę należało wziąć również okres ubezpieczenia S. Somowej w Austrii, ale bez stosowania przepisów przejściowych i końcowych KSO.

Zdaniem S. Somowej fakt, że w chwili złożenia wniosku o przyznanie emerytury w Bułgarii była ona ubezpieczona w Austrii, nie ma znaczenia, ponieważ chodziło o przynależność do systemu zabezpieczenia społecznego w innym państwie członkowskim.

W tych okolicznościach sąd krajowy zwrócił się do TSUE o dokonanie wykładni przepisów prawa UE.

z dnia 2 grudnia 1996 r. (Dz.Urz. L 28 z 30.01.1997, s. 1), zmienione rozporządzeniem (WE) Parlamentu Europejskiego i Rady nr 1992/2006 z dnia 18 grudnia 2006 r. (Dz.Urz. L 392, z 30.12.2006, s. 1).

10 Przepis ten uzależniał przyznanie prawa do emerytury od zapłaty składek odpowiadających brakującemu stażowi ubezpieczeniowemu wynoszącemu 2 lata, 6 miesięcy i 17 dni.

Stanowisko TSUE

Trybunał uznał, że rozpatrywana sprawa nie ma charakteru czysto wewnętrznego. W chwili składania wniosku o przyznanie emerytury S. Somowa była bowiem osobą prowadzącą działalność na własny rachunek w Austrii, korzystającą tym samym ze swobody przedsiębiorczości na gruncie art. 49 TFUE. Ponadto niektóre okresy ubezpieczenia S. Somowej w ramach austriackiego systemu ubezpieczenia emerytalnego pokrywają się z podobnymi okresami ubezpieczenia w Bułgarii (w szczególności chodzi tu o 2 lata, 6 miesięcy i 17 dni, za które S. Somowa opłaciła dodatkowe składki na podstawie przepisów przejściowych i końcowych KSO). Tego rodzaju sytuacja jest co do zasady regulowana przepisami rozporządzenia nr 1408/71, dlatego też TSUE uznał przedstawione pytania za dopuszczalne.

Czy art. 48 TFUE i 49 TFUE stoją na przeszkodzie uregulowaniu krajowemu, zgodnie z którym przyznanie prawa do emerytury uzależnione jest od wcześniejszego zaprzestania opłacania składek na ubezpieczenie społeczne z tytułu prowadzenia działalności w innym państwie członkowskim?

Trybunał powołał się na swoje orzecznictwo, zgodnie z którym rozporządzenie nr 1408/71 nie wprowadza wspólnego systemu zabezpieczenia społecznego, lecz pozostawia odrębne systemy krajowe i ma na celu jedynie zapewnienie ich koordynacji. Państwa członkowskie zachowały zatem kompetencje w zakresie organizacji swoich systemów zabezpieczenia społecznego[11]. W konsekwencji do ustawodawstwa każdego państwa członkowskiego należy określenie przesłanek uzyskania uprawnienia do świadczeń. Wykonując kompetencje w tym zakresie, państwa te są jednak zobowiązane przestrzegać przepisów prawa Unii, a zwłaszcza przepisów traktatu dotyczących przyznanej wszystkim obywatelom Unii swobody przemieszczania się i przebywania na terytorium państw członkowskich.

Trybunał zwrócił uwagę, że ogół postanowień traktatu dotyczących swobodnego przepływu osób ma na celu ułatwienie obywatelom Unii wykonywania każdego rodzaju działalności zawodowej na jej terytorium i stoi na przeszkodzie stosowaniu środków, które mogłyby stawiać w mniej korzystnym położeniu tych obywateli, którzy chcieliby wykonywać działalność gospodarczą na terytorium innego państwa członkowskiego[12].

Regulacje te stoją zatem na przeszkodzie jakiemukolwiek przepisowi krajowemu, który – nawet jeżeli jest stosowany bez dyskryminacji ze względu na przynależność państwową – może zakłócać lub czynić mniej atrakcyjnym korzystanie przez obywateli Unii z podstawowych swobód zagwarantowanych traktatem.

W konsekwencji ustawodawca bułgarski ma prawo do określenia w swoim ustawodawstwie warunków przyznawania emerytur, o ile tylko warunki te nie dyskryminują wnioskodawców ze względu na ich przynależność państwową ani nie utrudniają uprawnionym do emerytury korzystania z podstawowych swobód zagwarantowanych traktatem albo nie zniechęcają ich do tego. Rozpatrywany przepis prawa krajowego stosowany jest bez różnicy wobec ogółu pracowników, którzy pracowali w Bułgarii, a więc nie dyskryminuje zainteresowanych pracowników ze względu na ich przynależność państwową.

Przepis ten uzależnia przyznanie prawa do emerytury od formalnego zaprzestania opłacania składek, co przekłada się na zaprzestanie wykonywania działalności zawodowej (nawet na 1 dzień) przy zachowaniu prawa do prowadzenia działalności po uzyskaniu prawa do emerytury. Ubezpieczony może zatem łączyć jej pobieranie z prowadzeniem działalności zarobkowej. W ocenie Trybunału Sprawiedliwości może on utrudniać osobom pobierającym emeryturę na podstawie ustawodawstwa bułgarskiego wykonywanie działalności zawodowej w innym państwie członkowskim lub zniechęcać je do tego, a więc stanowi ograniczenie swobody przepływu, w szczególności swobody przedsiębiorczości określonej w art. 49 TFUE.

11 Zob. wyrok TSUE z dnia 21 lutego 2013 r. w sprawie C-282/11 i przytoczone tam orzecznictwo.

12 Zob. wyroki TSUE: z dnia 15 grudnia 1995 r. w sprawie C-415/93, a także z dnia 11 stycznia 2007 r. w sprawie C-208/05 i przytoczone tam orzecznictwo.

Zdaniem TSUE, ponieważ cel tego czysto formalnego wymogu zaprzestania opłacania składek pozostaje nieznany, a wręcz wymóg jest bezcelowy, wprowadzenie go nie jest zatem uzasadnione celem interesu ogólnego, którego osiągnięcie mógłby zagwarantować.

W konsekwencji TSUE uznał, że art. 49 TFUE stoi na przeszkodzie uregulowaniu państwa członkowskiego, które uzależnia przyznanie prawa do emerytury od wymogu zaprzestania opłacania składek na ubezpieczenie społeczne z tytułu prowadzenia działalności w innym państwie członkowskim.

Czy wykładni art. 45, art. 46 ust. 2 i art. 94 ust. 2 rozporządzenia nr 1408/71 należy dokonywać w ten sposób, że przepisy te mają charakter bezwzględnie wiążący, czy też że dają one ubezpieczonemu prawo decydowania o nieuwzględnianiu, w celu ustalenia praw przysługujących mu w państwie członkowskim, okresów ubezpieczenia przebytych w innym państwie członkowskim przed datą wejścia w życie tego rozporządzenia w tym pierwszym państwie członkowskim?

Trybunał przypomniał, że zgodnie z tymi regulacjami – w celu ustalenia praw nabywanych na podstawie tego rozporządzenia – uwzględnia się każdy okres ubezpieczenia, jak również, w odpowiednim przypadku, każdy okres zatrudnienia, pracy na własny rachunek lub zamieszkania ukończony zgodnie z ustawodawstwem państwa członkowskiego przed dniem 1 października 1972 r. lub przed datą wejścia w życie tego rozporządzenia na terytorium tego państwa członkowskiego lub na części terytorium tego państwa.

Przepisy tego rozporządzenia określające właściwe ustawodawstwo tworzą przy tym system norm kolizyjnych o charakterze zupełnym. W konsekwencji ustawodawcy krajowi nie mają możliwości określania zakresu i przesłanek stosowania swojego ustawodawstwa krajowego w tym przedmiocie, w stosunku do osób podlegających tym ustawodawstwom oraz w stosunku do terytorium, na którym przepisy krajowe mają charakter wiążący[13].

Skoro zatem normy kolizyjne zawarte w rozporządzeniu nr 1408/71 mają wobec państw członkowskich charakter bezwzględnie wiążący, tym bardziej nie można przyjąć, że osoby objęte systemem zabezpieczenia społecznego wchodzące w zakres zastosowania tych przepisów mogą zniweczyć ich skutki poprzez możliwość decydowania o odstąpieniu od ich stosowania. Stosowanie systemu zbiegu ustawodawstw, wprowadzonego rozporządzeniem nr 1408/71, zależy bowiem wyłącznie od obiektywnej sytuacji, w jakiej znajduje się zainteresowany pracownik.

Wykładni art. 45, art. 46 ust. 2 i art. 94 ust. 2 rozporządzenia nr 1408/71 należy dokonywać w ten sposób, że przepisy te nie przyznają ubezpieczonemu prawa do decydowania o nieuwzględnianiu, w celu ustalenia praw przysługujących mu w danym państwie członkowskim, okresów ubezpieczenia przebytych w innym państwie członkowskim przed datą wejścia w życie tego rozporządzenia w tym pierwszym państwie członkowskim.

Czy wykładni art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 1408/71 należy dokonywać w ten sposób, że przepis ten sprzeciwia się uregulowaniu krajowemu, które przewiduje możliwość uzupełnienia brakującego stażu ubezpieczeniowego przez opłacenie składek, jeżeli uznane w taki sposób okresy ubezpieczenia pokrywają się z okresami ubezpieczenia, które zostały przebyte zgodnie z prawem innego państwa członkowskiego?

Ponieważ TSUE uznał, że art. 45, art. 46 ust. 2 i art. 94 ust. 2 rozporządzenia nr 1408/71 mają charakter bezwzględnie wiążący, to właściwe organy bułgarskie miały obowiązek uwzględnić, przy przyznawaniu S. Somowej emerytury na podstawie ustawodawstwa bułgarskiego, okresy ubezpieczenia przebyte w Bułgarii i w Austrii.

Okresy ubezpieczenia przebyte przez S. Somową w Austrii były wystarczające do uzupełnienia okresu ubezpieczenia brakującego jej do nabycia prawa do emerytury na mocy ustawodawstwa bułgarskiego. Z uwagi na to, że zsumowanie – na podstawie art. 45 rozporządzenia nr 1408/71 – okresów ubezpieczenia przebytych przez S. Somową w Bułgarii i w Austrii wystarczy do zapewnienia emerytury na podstawie ustawodawstwa bułgarskiego,

13 Zob. wyrok TSUE z dnia 14 października 2010 r. w sprawie C-345/09.

bułgarskie organy nie miały prawa nakazywać jej uzupełnienia stażu ubezpieczeniowego na podstawie przepisów przejściowych i końcowych KSO.

Czy art. 12 ust. 2 rozporządzenia nr 1408/71 stoi na przeszkodzie uregulowaniu państwa członkowskiego pozwalającemu temu państwu na wstrzymanie wypłacania emerytury i dochodzenie zwrotu wszystkich wypłaconych kwot oraz czy w świetle obowiązujących w prawie Unii zasad równoważności i skuteczności zwrotu nienależnych świadczeń należy dochodzić wraz z odsetkami, jeżeli prawo krajowe nie przewiduje obowiązku zapłaty odsetek w przypadku cofnięcia emerytury wypłaconej na podstawie umowy międzynarodowej?

Trybunał zwrócił uwagę, że z art. 12 ust. 2 omawianego rozporządzenia wynika, iż przepisy państwa członkowskiego dotyczące obniżania wysokości świadczeń w przypadkach kumulacji jednego świadczenia z innymi świadczeniami z tytułu zabezpieczenia społecznego lub z innymi rodzajami dochodu stosuje się co do zasady wobec osób pobierających emeryturę, do wypłaty której zobowiązane jest to państwo członkowskie.

Ponadto prawo bułgarskie pozwala łączyć pobieranie emerytury z wykonywaniem działalności zarobkowej. W tych okolicznościach TSUE stwierdził, że art. 12 ust. 2 rozporządzenia nr 1408/71 nie ma zastosowania do sumowania zarobków i świadczeń z zakresu zabezpieczenia społecznego.

Wyrok TSUE (piąta izba) z dnia 5 listopada 2014 r. w sprawie C-166/13 (S. Mukarubega przeciwko Francji) – prawo nielegalnie przebywającego obywatela państwa trzeciego do bycia wysłuchanym przed wydaniem decyzji mogącej naruszyć jego interesy

Stan faktyczny

Wyrok zapadł na wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym i dotyczy wykładni art. 6 dyrektywy 2008/115/WE[14], a także prawa do bycia wysłuchanym w toku każdego postępowania.

Obywatelka rwandyjska S. Mukarubega, urodzona w dniu 12 marca 1986 r., przybyła do Francji w dniu 10 września 2009 r., będąc w posiadaniu paszportu zaopatrzonego w wizę. Złożyła wniosek o zezwolenie na pobyt na zasadzie azylu. W czasie gdy jej wniosek był rozpatrywany, korzystała z tymczasowego zezwolenia na pobyt, które było regularnie przedłużane. Decyzją z dnia 21 marca 2011 r., wydaną po wysłuchaniu zainteresowanej, dyrektor generalny francuskiego urzędu ds. ochrony uchodźców i bezpaństwowców (*Office français de protection des réfugiés et apatrides*, dalej: OFPRA) oddalił jej wniosek o udzielenie azylu.

Azylantka zaskarżyła tę decyzję do krajowego trybunału azylowego (*Cour nationale du droit d'asile*, dalej: CNDA). W trakcie rozprawy przed tym sądem S. Mukarubega, wspierana przez adwokata, została wysłuchana przy udziale tłumacza. Orzeczeniem z dnia 30 sierpnia 2012 r., doręczonym S. Mukarubedze w dniu 10 września tego samego roku, CNDA oddalił jej skargę. Ze względu na treść rozstrzygnięć OFPRA i CNDA prefekt policji decyzją z dnia 26 października 2012 r. odmówił wydania S. Mukarubedze tymczasowego dokumentu pobytowego jako uchodźcy, a także wydał decyzję zobowiązującą ją do opuszczenia terytorium francuskiego, wyznaczając trzydziestodniowy termin na dobrowolny wyjazd oraz wskazując Rwandę jako kraj docelowy, do którego może zostać wydalona. Azylantka pozostała jednak nielegalnie na terytorium francuskim.

Na początku marca 2013 r. S. Mukarubega usiłowała przedostać się do Kanady, posługując się fałszywą tożsamością oraz używając wyłudzonego paszportu belgijskiego. Została wówczas ujęta przez policję i zatrzymana z powodu „posługiwania się wyłudzonym dokumentem administracyjnym", co jest przestępstwem wedle francuskiego kodeksu karnego.

W trakcie zatrzymania, które miało miejsce w dniu 4 marca 2013 r. od godziny 12:15 do

14 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/115/WE z dnia 16 grudnia 2008 r. w sprawie wspólnych norm i procedur stosowanych przez państwa członkowskie w odniesieniu do powrotów nielegalnie przebywających obywateli państw trzecich (Dz.Urz. UE L 348 z 24.12.2008, s. 98).

godziny 18:45, S. Mukarubega została przesłuchana na okoliczność swojej sytuacji osobistej i rodzinnej, prawa pobytu we Francji oraz ewentualnego powrotu do Rwandy.

Decyzją z dnia 5 marca 2013 r. zobowiązano azylantkę do opuszczenia terytorium francuskiego, bez wyznaczenia terminu dobrowolnego wyjazdu ze względu na ryzyko ucieczki. W tym samym dniu S. Mukarubega została pouczona o możliwości wniesienia przeciwko tej decyzji skargi o charakterze zawieszającym.

Kolejną decyzją z dnia 5 marca 2013 r. – biorąc pod uwagę, że S. Mukarubega nie jest w stanie bezzwłocznie opuścić terytorium francuskiego z uwagi na brak dostępnego środka transportu, że nie ma z jej strony wystarczających gwarancji wobec braku ważnego dokumentu tożsamości lub dokumentu podróży czy stałego adresu, oraz że istnieje ryzyko, iż będzie ona chciała uniknąć zastosowanego wobec niej środka wydaleniowego – uznano, że nie może ona pozostać w areszcie domowym i zarządzono umieszczenie jej w strzeżonym ośrodku.

W pismach procesowych zarejestrowanych w dniu 6 marca 2013 r. S. Mukarubega wniosła o stwierdzenie nieważności decyzji z dnia 26 października 2012 r. oraz dwóch decyzji z dnia 5 marca 2013 r., a także o wydanie jej tymczasowego zezwolenia na pobyt oraz ponowne rozpatrzenie jej sprawy. Azylantka podniosła, po pierwsze, że decyzja z dnia 5 marca 2013 r. o umieszczeniu jej w strzeżonym ośrodku jest pozbawiona podstawy prawnej, ponieważ została doręczona przed decyzją z tego samego dnia zobowiązującą ją do opuszczenia terytorium francuskiego, na podstawie której została wydana.

Po drugie, S. Mukarubega podniosła, że decyzje z dnia 26 października 2012 r. oraz z dnia 5 marca 2013 r., zawierające nakaz opuszczenia terytorium, zostały wydane z naruszeniem zasady dobrej administracji wyrażonej w art. 41 ust. 1 lit. a) karty praw podstawowych, ponieważ nie umożliwiono jej przedstawienia uwag, zanim decyzje te zostały wydane. W jej przekonaniu zawieszający charakter wniesionych skarg o stwierdzenie nieważności tych decyzji nie może być uważany za czynnik zwalniający właściwe organy z realizowania zasady dobrej administracji.

Orzeczeniem z dnia 8 marca 2013 r. sąd administracyjny stwierdził, z powodu braku podstawy prawnej, nieważność decyzji z dnia 5 marca 2013 r. o umieszczeniu S. Mukarubegi w strzeżonym ośrodku.

Odnosząc się do decyzji z dnia 26 października 2012 r. oraz decyzji z dnia 5 marca 2013 r., zobowiązującej S. Mukarubegę do opuszczenia terytorium francuskiego, sąd administracyjny uznał, że obie są „decyzjami nakazującymi powrót" w rozumieniu art. 3 dyrektywy 2008/115/WE. Stwierdził także, że nielegalnie przebywający cudzoziemiec, który został zobowiązany do opuszczenia terytorium, może wystąpić do sądu administracyjnego ze skargą na nadużycie władzy; wniesienie tej skargi służy zawieszeniu wykonalności środka wydaleniowego.

W związku z powyższym sąd krajowy zadał TSUE pytanie prejudycjalne.

Czy prawo do bycia wysłuchanym, wynikające z art. 6 dyrektywy 2008/115/WE, należy rozumieć w ten sposób, że stoi ono na przeszkodzie temu, by organ krajowy nie wysłuchał obywatela państwa trzeciego konkretnie na okoliczność decyzji nakazującej powrót, jeżeli – stwierdziwszy po przeprowadzeniu postępowania, w którym obywatel ten został wysłuchany, iż przebywa on na terytorium kraju nielegalnie – zamierza podjąć wobec niego taką decyzję, niezależnie od tego, czy decyzja ta następuje po decyzji o odmowie wydania dokumentu pobytowego?

Stanowisko TSUE

Trybunał zwrócił uwagę, że dyrektywa 2008/115/WE dąży do wprowadzenia skutecznej polityki wydalania i repatriacji opartej na wspólnych normach, aby osoby, które mają być wydalone, traktowane były w sposób ludzki oraz z pełnym poszanowaniem ich praw podstawowych, a także ich godności, ustanawiając w tym celu „wspólne normy i procedury", które powinny być stosowane przez każde państwo członkowskie w odniesieniu do powrotów nielegalnie przebywających obywateli państw trzecich. Dyrektywa ta ustala przesłanki formalne, jakie muszą spełniać decyzje nakazujące powrót oraz, w stosownym przypadku, decyzje o zakazie wjazdu i decyzje o wykonaniu

wydalenia, które w szczególności powinny być sporządzone w formie pisemnej z podaniem uzasadnienia; zobowiązuje też państwa członkowskie do ustanowienia skutecznych środków odwoławczych od takich decyzji.

Trybunał przypomniał, że zamiarem prawodawcy było szczegółowe uregulowanie w dyrektywie 2008/115/WE gwarancji przyznanych danym obywatelom państw trzecich w odniesieniu zarówno do decyzji zobowiązujących do powrotu, jak i decyzji o zakazie wjazdu oraz decyzji o wydaleniu. Nie uściślił on jednak, czy i w jakich okolicznościach należy zapewnić przestrzeganie prawa tych obywateli do bycia wysłuchanym, ani konsekwencji, jakie należałoby wyciągnąć z naruszenia tego prawa.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem TSUE poszanowanie prawa do obrony stanowi podstawową zasadę prawa Unii, której integralną częścią jest prawo do bycia wysłuchanym w każdym postępowaniu[15].

Prawo do bycia wysłuchanym jest aktualnie wymienione nie tylko w art. 47 i 48 karty praw podstawowych, które gwarantują przestrzeganie prawa do obrony oraz prawa do rzetelnego procesu w ramach wszystkich postępowań sądowych, ale również w jej art. 41, który zapewnia prawo do dobrej administracji. Artykuł 41 ust. 2 karty praw podstawowych przewiduje z kolei, że owo prawo do dobrej administracji obejmuje zwłaszcza prawo każdego do bycia wysłuchanym, zanim zostaną podjęte indywidualne środki mogące niekorzystnie wpłynąć na jego sytuację.

Z brzmienia art. 41 karty wynika jednoznacznie, że przepis ten jest adresowany nie do państw członkowskich, lecz wyłącznie do instytucji, organów i jednostek organizacyjnych Unii. Wobec tego osoba składająca wniosek o wydanie dokumentu pobytowego nie może z art. 41 ust. 2 lit. b) karty praw podstawowych wywodzić prawa do bycia wysłuchaną w każdym postępowaniu dotyczącym tego wniosku. Prawo takie stanowi natomiast integralną część poszanowania prawa do obrony, będącego zasadą ogólną prawa Unii, gwarantując każdej osobie możliwość użytecznego i skutecznego przedstawienia jej stanowiska w trakcie postępowania administracyjnego i przed wydaniem jakiejkolwiek decyzji, która mogłaby niekorzystnie wpłynąć na jej interesy.

W konsekwencji organ administracji powinien zwracać należytą uwagę na przedstawione przez zainteresowanego uwagi, oceniając starannie i w sposób bezstronny wszystkie istotne elementy danej sprawy i uzasadniając decyzję w szczegółowy sposób. Obowiązek uzasadnienia decyzji w wystarczająco szczegółowy i konkretny sposób ma umożliwić zainteresowanemu zrozumienie powodów odmowy uwzględnienia jego wniosku, stanowi tym samym konsekwencję zasady przestrzegania prawa do obrony.

W rozpatrywanej sprawie, gdy ani przesłanki zapewnienia poszanowania prawa do obrony obywateli państw trzecich nielegalnie przebywających na terytorium państwa członkowskiego, ani konsekwencje naruszenia tego prawa nie są określone w prawie Unii – zdaniem TSUE – przesłanki te i konsekwencje mieszczą się w zakresie prawa krajowego, o ile ustanowione w tym celu przepisy są tej samej rangi co przepisy, z których korzystają jednostki w porównywalnych sytuacjach w prawie krajowym (zasada równoważności), a także nie czynią one wykonywania praw przyznanych przez porządek prawny Unii praktycznie niemożliwym lub nadmiernie utrudnionym (zasada skuteczności).

Niemniej jednak prawa podstawowe, takie jak poszanowanie prawa do obrony, nie mają charakteru bezwzględnego, lecz mogą podlegać ograniczeniom, pod warunkiem że ograniczenia te rzeczywiście odpowiadają celom interesu ogólnego, jakim służy dany środek, i że nie stanowią, z punktu widzenia realizowanych celów, nieproporcjonalnej oraz niedopuszczalnej ingerencji zagrażającej samej istocie praw w ten sposób gwarantowanych.

W kontekście całego orzecznictwa TSUE w przedmiocie poszanowania prawa do obrony oraz systematyki dyrektywy 2008/115/WE państwa członkowskie powinny określać warunki, na jakich należy zapewnić poszanowanie prawa obywateli państw trzecich

15 Zob. wyroki TSUE: z dnia 18 grudnia 2008 r. w sprawie C-349/07; z dnia 22 listopada 2012 r. w sprawie C-277/11, a także z dnia 3 lipca 2014 r. w sprawach połączonych C-129/13 i C-130/13.

przebywających nielegalnie na terytorium tego państwa do bycia wysłuchanym, a także wyciągać konsekwencje z naruszenia tego prawa.

Trybunał podkreślił, że dyrektywa 2008/115/WE ani mające zastosowanie ustawodawstwo krajowe nie ustanawiają szczególnej procedury w celu zagwarantowania nielegalnie przebywającym obywatelom państw trzecich prawa do bycia wysłuchanym przed wydaniem decyzji nakazującej powrót.

Niemniej na podstawie tej dyrektywy wydanie decyzji stwierdzającej nielegalność pobytu zainteresowanego prowadzi do decyzji nakazującej powrót. Dlatego prawo do bycia wysłuchanym nie może być interpretowane w ten sposób, że jeżeli właściwy organ krajowy zamierza równocześnie wydać decyzję stwierdzającą nielegalność pobytu oraz decyzję nakazującą powrót, to organ ten powinien koniecznie wysłuchać zainteresowanego, tak aby umożliwić mu wypowiedzenie się w kwestii tej ostatniej decyzji, skoro zainteresowany miał możliwość przedstawienia, w sposób użyteczny i skuteczny, swego stanowiska w przedmiocie nielegalności pobytu oraz powodów mogących na podstawie prawa krajowego uzasadniać odstąpienie przez ten organ od wydania decyzji nakazującej powrót.

W rozpatrywanej sprawie należy stwierdzić, że pierwsza decyzja nakazująca powrót została wydana po zakończeniu postępowania weryfikującego prawo pobytu S. Mukarubegi z tytułu azylu, w którym to postępowaniu S. Mukarubega miała możliwość wyczerpującego przedstawienia wszystkich powodów uzasadniających wniosek o udzielenie azylu, oraz po wyczerpaniu przez nią wszystkich przewidzianych w prawie krajowym środków odwoławczych wobec oddalenia tego wniosku.

Azylantka nie kwestionowała zresztą faktu, że została wysłuchana w przedmiocie wniosku o udzielenie azylu, najpierw przez OFPRA, a następnie przez CNDA, w sposób użyteczny i skuteczny oraz w warunkach umożliwiających jej przedstawienie całości powodów uzasadniających jej wniosek. Tym, co w szczególności zarzuca S. Mukarubega organom francuskim, jest fakt, że nie została wysłuchana na okoliczność zmiany jej sytuacji osobistej w okresie między dniem złożenia wniosku o udzielenie azylu a dniem wydania pierwszej decyzji nakazującej powrót, to jest w okresie 33 miesięcy.

Należy jednak zauważyć, że tego rodzaju argument nie ma znaczenia dla sprawy, ponieważ S. Mukarubega została po raz drugi wysłuchana w przedmiocie wniosku o udzielenie azylu przez CNDA w dniu 17 lipca 2012 r., to jest sześć miesięcy przed orzeczeniem tego sądu o odmowie udzielenia azylu oraz nieco więcej niż trzy miesiące przed pierwszą decyzją nakazującą powrót.

Trybunał uznał zatem, że S. Mukarubega miała możliwość przedstawienia, w sposób użyteczny i skuteczny, swoich uwag w przedmiocie nielegalności pobytu. W związku z tym obowiązek wysłuchania jej konkretnie w przedmiocie decyzji nakazującej powrót przed wydaniem tej decyzji niepotrzebnie wydłużyłby postępowanie administracyjne, nie zwiększając ochrony prawnej zainteresowanej.

W konsekwencji TSUE stwierdził, że prawo do bycia wysłuchanym określone w art. 6 dyrektywy 2008/115/WE należy interpretować w ten sposób, że nie stoi ono na przeszkodzie temu, by organ krajowy nie wysłuchał obywatela państwa trzeciego konkretnie na okoliczność decyzji nakazującej powrót, jeżeli – stwierdziwszy po przeprowadzeniu postępowania, w trakcie którego prawo tego obywatela do bycia wysłuchanym było w pełni przestrzegane, iż przebywa on na terytorium krajowym nielegalnie – zamierza podjąć wobec niego taką decyzję, niezależnie od tego, czy decyzja ta następuje po decyzji o odmowie wydania dokumentu pobytowego.

Anna Chmielarz-Grochal, Jarosław Sułkowski[1]

Przegląd orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu

Wyrok ETPC (wielka izba) z dnia 4 listopada 2014 r. w sprawie Tarakhel przeciwko Szwajcarii, *skarga nr 29217/12 – zakaz nieludzkiego lub poniżającego traktowania*

Stan faktyczny

Golajan Tarakhel to obywatel Afganistanu mieszkający z żoną i sześciorgiem małoletnich dzieci w Lozannie. Rodzina Tarakhel często zmieniała miejsce pobytu (Iran, Turcja). W lipcu 2011 r. wszyscy członkowie rodziny przybyli do Włoch, a z powodu podania fałszywych danych personalnych zostali poddani procedurze identyfikacyjnej Eurodac (zrobiono im zdjęcia i pobrano odciski palców). Opuścili jednak miejsce dla azylantów i udali się do Austrii, gdzie złożyli wniosek o udzielenie azylu, który odrzucono. W sierpniu 2011 r. władze austriackie zwróciły się do władz włoskich o przejęcie członków rodziny Tarakhel i stosowny wniosek zyskał formalną aprobatę. Rodzina Tarakhel zmieniła następnie miejsce pobytu i w listopadzie 2011 r. wystąpiła o azyl w Szwajcarii. W styczniu 2012 r. Federalny Urząd ds. Migracji Federacji Szwajcarskiej odmówił rozpatrzenia wniosku o udzielnie azylu, gdyż na podstawie rozporządzenia Dublin II (wiążącego Szwajcarię zgodnie z umową o stowarzyszeniu z Unią Europejską) powinien być rozpatrzony przez władze włoskie. Stosowny wniosek o przejęcie rodziny Tarakhel został przekazany władzom włoskim i milcząco przyjęty. Państwo Tarakhel wnieśli skargę do Federalnego Sądu Administracyjnego, która została oddalona. Po ponownej, bezskutecznej próbie uzyskania azylu w Szwajcarii wystąpili do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka o zastosowanie środka tymczasowego – zawieszenia wykonania deportacji do Włoch. W maju 2012 r. uzyskali informację o pozytywnym rozpatrzeniu tego wniosku na czas trwania postępowania przed ETPC.

Stanowisko ETPC – zakaz nieludzkiego lub poniżającego traktowania (art. 3 EKPC[2])

Trybunał stwierdził, że osoby ubiegające się o azyl – jako grupa ludności „nieuprzywilejowanej i wrażliwej" – wymagają szczególnej ochrony na podstawie art. 3 EKPC. Wymóg szczególnej ochrony ma znamienne znaczenie w przypadku dzieci, nawet jeśli imigrują razem z rodzicami.

W odniesieniu do polityki azylowej we Włoszech ETPC – odwołując się przede wszystkim do rekomendacji Wysokiego Komisarza Narodów Zjednoczonych do spraw Uchodźców z lipca 2013 r., raportu Komisarza Praw Człowieka Rady Europy z września 2012 r. oraz informacji o aktualnej sytuacji imigrantów przedstawionej przez Międzynarodową Organizację Migracji w styczniu 2014 r. – zwrócił

1 Autor jest stypendystą w ramach projektu „Kształcenie kadr na potrzeby rynku *flexicurity* i gospodarki opartej na wiedzy – oferta kierunków nauk humanistyczno-społecznych UŁ", współfinansowanego ze środków Unii Europejskiej w ramach Europejskiego Funduszu Społecznego.

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

uwagę na jej przewlekłość i biurokratyzm oraz brak odpowiedniego systemu informacji w tym zakresie. Co jednak szczególnie istotne, ubiegający się o azyl we Włoszech mają znikome szanse na zakwaterowanie albo muszą zamieszkiwać w przeludnionych centrach migracyjnych w bardzo złych warunkach. Odnotowuje się przypadki powszechnej przemocy wobec imigrantów, a także problemy z dostępem do pomocy prawnej, opieki i pomocy psychologicznej oraz z zachowaniem jedności rodziny w trakcie procedury przekazania.

W ocenie ETPC władze szwajcarskie miały obowiązek uzyskania od właściwych władz włoskich zapewnienia, że rodzina Tarakhel może liczyć na zakwaterowanie w warunkach dostosowanych do wieku dzieci i nie zostanie rozdzielona. Trybunał zaznaczył, że rząd włoski nie przedstawił żadnych bliższych informacji o warunkach, w jakich miało nastąpić przejęcie rodziny Tarakhel. Brak szczegółowych i rzetelnych informacji na temat miejsca odbioru członków tej rodziny, warunków ich zakwaterowania oraz utrzymania rodziny razem dały ETPC podstawę do uznania, że władze szwajcarskie nie miały wystarczających gwarancji, iż po przybyciu jej do Włoch zostaną podjęte działania zapewniające rodzinie warunki adekwatne do wieku dzieci.

W związku z powyższym – zdaniem ETPC – gdyby władze szwajcarskie przekazały członków rodziny Tarakhel do Włoch bez uprzedniego uzyskania od władz włoskich gwarancji, że w trakcie przeprowadzania procedury azylowej zostaną wzięte pod uwagę wiek dzieci oraz fakt, że rodzina nie powinna zostać rozdzielona, doszłoby do naruszenia art. 3 EKPC.

Opracowała *Anna Chmielarz-Grochal*

Wyrok ETPC (piąta izba) z dnia 11 grudnia 2014 r. w sprawie Dubská i Krejzová przeciwko Republice Czeskiej, *skarga nr 28859/11 i 28473/12 – prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego*

Stan faktyczny

Šárka Dubská i Alexandra Krejzová to obywatelki Republiki Czeskiej. Obie kobiety chciały urodzić dzieci w domu, jednak zgodnie z prawem czeskim pracownicy służby zdrowia nie mogą pomagać w porodach domowych.

Šárka Dubská zdecydowała się urodzić drugie dziecko w warunkach domowych po doświadczeniach z pierwszego porodu, podczas którego pracownicy służby zdrowia nie postępowali zgodnie z jej życzeniami i musiała pozostać w szpitalu dłużej niż chciała. Przy drugiej ciąży została poinformowana, że prawo czeskie nie przewiduje powszechnego ubezpieczenia zdrowotnego na pokrycie kosztów porodu w domu oraz że położne mogą asystować przy porodzie tylko w pomieszczeniach ze sprzętem technicznym wymaganym przez prawo. W maju 2011 r. Š. Dubská urodziła dziecko sama w domu. W lutym 2012 r. Sąd Konstytucyjny Republiki Czeskiej oddalił złożoną przez nią skargę konstytucyjną na przepisy uniemożliwiające rodzenie w domu z pomocą pracownika służby zdrowia.

Alexandra Krejzová urodziła w 2008 i 2010 r. dwójkę dzieci w domu z pomocą położnych, które nie miały stosownego pozwolenia. W trzeciej ciąży nie mogła znaleźć położnej, ponieważ nowe przepisy obowiązujące od dnia 1 kwietnia 2012 r. przewidywały wysokie grzywny za świadczenie usług medycznych bez pozwolenia. Ostatecznie urodziła dziecko w szpitalu, w którym respektowano życzenia rodzącej, choć oddalonym o 140 km od Pragi (jej miejsca zamieszkania).

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

Trybunał uznał, że brak możliwości korzystania z pomocy położnej w trakcie porodu w domu stanowił ingerencję w prawo skarżących do poszanowania ich życia prywatnego. Odniósł się do szerokiej koncepcji życia prywatnego w rozumieniu art. 8 EKPC, obejmującej prawo do autonomii osobistej oraz do integralności fizycznej i psychicznej. Jak stwierdził ETPC, ingerencja ta miała podstawę prawną – skarżące były w stanie przewidzieć, że pomoc pracownika służby zdrowia w trakcie porodu domowego jest niedozwolona przez prawo. Ponadto była to ingerencja w uzasadnionym celu – ochrony zdrowia i prawa osób trzecich. Zdaniem ETPC nie ma żadnych podstaw, by podać

w wątpliwość, że stosowna regulacja prawna została przyjęta w celu ochrony zdrowia i bezpieczeństwa zarówno noworodków (w trakcie i po porodzie), jak i matek.

Trybunał zbadał, czy ingerencja ta była konieczna. W jego ocenie państwa mają szeroki margines swobody w zakresie regulacji możliwości i warunków porodów domowych. W Europie nie ma konsensusu co do dopuszczalności porodów domowych i ich warunków. Kwestia ryzyka związanego z porodami w szpitalu i w domu wymaga oceny przez krajowe zespoły ekspertów i przeprowadzenia badań naukowych. Nie bez znaczenia są również względy polityki społecznej i gospodarczej państwa, zwłaszcza gdy chodzi o podział środków finansowych przeznaczonych dla szpitali położniczych oraz dla stworzenia i utrzymania odpowiedniego systemu pomocy medycznej w przypadku porodów domowych.

Trybunał odwołał się także do stanowiska rządu czeskiego, że obowiązujące w Czechach regulacje prawne mają na celu przede wszystkim ochronę interesów dziecka. Zaznaczył jednak, że matki miały prawo wyboru szpitala, gdzie ich życzenia powinny być respektowane, ale doświadczenia skarżących pokazały, że wola matek nie była szanowana. Jednocześnie – jak zwrócił uwagę ETPC – badania naukowe dowodzą, że po spełnieniu określonych warunków (ciąża niskiego ryzyka i pomoc wykwalifikowanej położnej) porody domowe nie wiążą się z większym ryzykiem w porównaniu do porodów szpitalnych. W sytuacji skarżących, skoro w Czechach pracownicy służby zdrowia mieli zakaz pomocy kobietom rodzącym w domu i nie było dostępu do specjalnej pomocy w nagłych wypadkach, można było mówić o zwiększonym ryzyku dla życia i zdrowia matki i noworodka.

W konkluzji ETPC – większością głosów – stwierdził, że w sytuacji obu skarżących nie doszło do naruszenia art. 8 EKPC. Trybunał wyraźnie zaznaczył jednak, że władze czeskie powinny dokonywać stałego przeglądu odpowiednich przepisów prawnych, z uwzględnieniem zachodzących zmian medycznych, naukowych i prawnych.

Opracowała *Anna Chmielarz-Grochal*

Wyrok ETPC (czwarta sekcja) z dnia 16 grudnia 2014 r. w sprawie Horncastle i inni przeciwko Wielkiej Brytanii*, skarga nr 4184/10 – prawo do sprawiedliwego postępowania i prawo do obrony*

Stan faktyczny

Skarżący to czterej obywatele brytyjscy przebywający obecnie w areszcie. Dwaj z nich – Horncastle i Blackmore – zostali skazani (jednogłośnym werdyktem ławy przysięgłych) za spowodowanie ciężkiego uszczerbku na zdrowiu. Ich ofiara złożyła policji pisemne oświadczenie, w którym zidentyfikowała napastników. Niestety przed procesem ofiara przestępstwa zmarła. Mimo tego oświadczenie zostało dopuszczone jako dowód przeciwko skarżącym.

Dwaj pozostali skarżący – Markiz i Graham – zostali oskarżeni o porwanie kobiety z jej domu. Ofiara i jej mąż złożyli policji oświadczenia procesowe na piśmie, ale później odmówili stawienia się w procesie jako świadkowie, w obawie o bezpieczeństwo swoich rodzin. Oświadczenie ofiary zostało dopuszczone jako dowód przeciwko skarżącym, natomiast sędzia nie uwzględnił w sprawie oświadczenia męża ofiary. Skarżący odwołali się do sądu, ale ich apelacje zostały odrzucone.

Stanowisko ETPC – prawo do sprawiedliwego postępowania i prawo do obrony (art. 6 ust. 1 i 3 EKPC)

Trybunał przypomniał, że dopuszczalność dowodów w postępowaniu pozostaje przede wszystkim w gestii prawa krajowego oraz decyzji sądów. Zadaniem ETPC było natomiast ustalenie, czy postępowanie jako całość było sprawiedliwe. Trybunał przypomniał, że EKPC wymaga, by wszystkie dowody przeciwko oskarżonemu zostały przeprowadzone na rozprawie, publicznie i w jego obecności, tak by mógł on je podważać. W orzeczeniu ETPC odwołał się do wcześniejszego orzecznictwa i przypomniał, że nieobecność świadka musi wynikać z ważnych względów, a oparcie się na dowodach pochodzących od osób nieobecnych nie narusza EKPC, jeśli istnieją wystarczające procesowe środki wyrównawcze

zapewniające należyte gwarancje procesowe do właściwej oceny dowodów. Skarżący nie kwestionują możliwości dopuszczenia zeznań nieobecnego świadka, nie zgadzają się natomiast ze sposobem ich wykorzystania w ich procesie. Rolą ETPC jest zbadać, czy zeznania świadków były decydujące i czy skarżącym przysługiwały właściwe gwarancje procesowe.

W postępowaniu pierwszych dwóch skarżących ETPC uznał, że ocena doniosłości oświadczenia ofiary należała do sądów krajowych. Sądy uznały, że oświadczenie to miało charakter decydujący. Trybunał zwrócił jednak uwagę na znaczenie innych dowodów, w szczególności faktu obecności oskarżonych w mieszkaniu ofiary w dniu ataku na nią. Dowód ten miał także doniosłe znaczenie w sprawie. Zdaniem ETPC sądy brytyjskie zagwarantowały skarżącym liczne uprawnienia procesowe.

Względem pozostałych skarżących trybunał zwrócił uwagę, że sędzia krajowy wyczerpująco i przekonująco ustalił powody nieobecności ofiary przestępstwa; jej strach był autentyczny i usprawiedliwiony. Słusznie natomiast nie uznał powodów nieobecności męża ofiary i odmówił uwzględnienia jego oświadczenia.

Trybunał odniósł się do dowodów przeprowadzonych w postępowaniu, w tym nagrań z kamery przemysłowej, nagrań rozmów telefonicznych oraz bilingów ukazujących, że w nocy, kiedy popełniono przestępstwo, jeden ze sprawców kilkakrotnie kontaktował się telefonicznie z mężem porwanej kobiety i że tej nocy zameldował się w hotelu, a na parkingu zaparkował skradziony kobiecie samochód. Oświadczenie ofiary nie było więc decydujące, a dodatkowo zostało poparte innymi dowodami.

Z tych względów ETPC uznał, że w sprawach skarżących standard przepisów konwencyjnych został zachowany.

Opracował *Jarosław Sułkowski*

Wyrok ETPC (czwarta sekcja) z dnia 13 stycznia 2015 r. w sprawie Elberte przeciwko Łotwie, *skarga nr 61243/08 – ochrona życia rodzinnego oraz zakaz nieludzkiego i poniżającego traktowania*

Stan faktyczny

Skarżącą jest Łotyszka, której mąż zginął w wypadku samochodowym w 2001 roku. Ciało ofiary zostało przewiezione do zakładu medycyny sądowej. Po dwóch latach od pogrzebu łotewska policja wszczęła śledztwo w sprawie nielegalnego usuwania tkanek i organów. Policja poinformowała skarżącą, że z ciała jej męża zostały pobrane tkanki, które – na podstawie umowy zawartej przez rząd łotewski – zostały przewiezione do niemieckiej firmy farmaceutycznej do wykorzystania w produkcji bioimplantów.

Skarżąca uzyskała status pokrzywdzonej, lecz postępowanie w sprawie jej męża zostało umorzone. Zdaniem prokuratorów łotewskie regulacji dotyczące wykorzystywania narządów i tkanek ludzkich opierały się na zasadzie domniemanej zgody, która oznaczała, że jeżeli osoba żyjąca lub jej krewni nie sformułowali wyraźnego sprzeciwu, narządy i tkanki osoby zmarłej mogły zostać wykorzystane. Pierwsze umorzenie w sprawie zostało uchylone przez organ wyższej instancji, jednak na skutek rozpatrzenia dalszych środków odwoławczych postępowanie zostało ostatecznie zakończone. Organ umarzający postępowanie uznał, że pracownicy zakładu medycyny sądowej nie mieli obowiązku informowania krewnych osób zmarłych o możliwości wyrażenia sprzeciwu na pobranie narządów lub tkanek. Skoro prawo łotewskie nie nakładało wprost na tych pracowników takiego obowiązku, w sprawie nie doszło do złamania prawa.

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

Trybunał zauważył, że problem podniesiony w skardze dotyczy prawa skarżącej do wyrażenia woli co do wykorzystania tkanek jej zmarłego męża oraz zaniedbań władz krajowych w realizacji tego prawa. Trybunał podkreślił, że same organy odpowiedzialne za egzekwowanie obowiązującego prawa – w szczególności policja i prokuratura – nie były zgodne co do zakresu uprawnień skarżącej. I choć prawo łotewskie przewidywało możliwość wyrażenia przez krewnych zgody na dokonanie poboru narządów lub tkanek, to jednak brak było jasności, czy uprawnieniom tym odpowiadają

obowiązki właściwych organów państwa.

Trybunał zwrócił uwagę na dużą liczbę osób, których ciała zostały poddane zabiegowi nielegalnego pobrania tkanek lub narządów. Zdaniem ETPC sytuacja taka dowodzi, że istniała potrzeba stworzenia odpowiednich mechanizmów uwzględniających wolę krewnych osób zmarłych, zwłaszcza gdy weźmie się pod uwagę szeroki zakres dyskrecjonalności pracowników medycyny sądowej.

Trybunał stwierdził, że prawo łotewskie było niejednoznaczne i nie gwarantowało odpowiednich zabezpieczeń przed arbitralnością organów państwa i dlatego uznał, że doszło do naruszenia art. 8 EKPC.

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

Trybunał stwierdził, że cierpienie skarżącej w jej sytuacji osobistej znacznie wykraczało poza smutek, jakiego doświadcza człowiek przy stracie bliskiego członka rodziny. Skarżąca doświadczyła długiego okresu niepewności i niepokoju, związanych z celem i sposobom pobrania tkanek od jej męża. Dodatkowe cierpienie wywołało niezrozumiałe dla niej ułożenie ciała jej męża (powiązane nogi) zwróconego jej z zakładu medycyny sądowej.

Trybunał podkreślił, że pobranie tkanek powinno być wykonywane z należytym szacunkiem dla osoby zmarłej oraz w celu ochrony godności, tożsamości i integralności każdego, gdyż szacunek dla godności człowieka jest istotą EKPC. W związku z tym cierpienie wywołane u skarżącej było przykładem poniżającego traktowania sprzecznego z art. 3 EKPC.

Opracował *Jarosław Sułkowski*

Wojciech Piątek (red.), Jan Olszanowski, Jakub Terlega

Przegląd orzecznictwa – prawo administracyjne

Uchwała NSA z dnia 8 grudnia 2014 r., II FPS 5/14

Egzekucja administracyjna
Należności pieniężne
Właściwość rzeczowa i miejscowa organu egzekucyjnego

1. W egzekucji administracyjnej należności pieniężnych art. 19 § 2 u.p.e.a.[1] nie określa w sposób wyłączny właściwości organu egzekucyjnego, będącego właściwym organem gminy o statusie miasta, wymienionej w odrębnych przepisach oraz gminy wchodzącej w skład powiatu warszawskiego.

2. Na podstawie art. 19 w związku z art. 22 § 2 i § 3 u.p.e.a. do przeprowadzenia egzekucji administracyjnej należności pieniężnych określonych w art. 19 § 2 powyższej ustawy właściwym organem egzekucyjnym jest naczelnik urzędu skarbowego o ile zobowiązany zamieszkuje lub ma siedzibę, bądź też znany przed wszczęciem egzekucji majątek zobowiązanego lub większa jego część, znajduje się na terenie działania innej gminy niż ta jednostka samorządu terytorialnego, która ustaliła lub określiła dochodzoną należność.

Stan faktyczny

Przedstawiona uchwała zapadła na skutek sformułowanych przez Prezesa Naczelnego Sądu Administracyjnego dwóch pytań prawnych dotyczących właściwości miejscowej i rzeczowej organu egzekucyjnego, będącego właściwym organem gminy o statusie miasta, wymienionej w odrębnych przepisach oraz gminy wchodzącej w skład powiatu warszawskiego. Problem prawny, który legł u podstaw podjęcia uchwały, sprowadzał się do rozstrzygnięcia sytuacji, gdy zobowiązany zamieszkuje lub ma siedzibę bądź też znany przed wszczęciem egzekucji jego majątek albo większa jego część znajdują się na terenie działania innej gminy o statusie miasta aniżeli ta jednostka samorządu terytorialnego, która ustaliła lub określiła dochodzoną należność. Składy orzekające sądów administracyjnych przyjmowały z jednej strony, że w takiej sytuacji zgodnie z art. 19 § 2 u.p.e.a. właściwość organu gminy o statusie miasta ma bezwzględny charakter, którego nie wyłącza regulacja art. 22 § 2 i 3 u.p.e.a., dotycząca ustalania zasad właściwości miejscowej. Z drugiej strony w orzecznictwie sądowym przyjmowano, że organ gminy o statusie miasta nie może prowadzić postępowania egzekucyjnego poza obszarem swojego oddziaływania, opierając w danej sprawie władztwo administracyjne jedynie na swojej właściwości rzeczowej.

Stanowisko NSA

Podejmując uchwałę, NSA podkreślił konieczność przestrzegania przez organy egzekucyjne z urzędu zarówno właściwości rzeczowej, jak i miejscowej. Brak właściwości organu, do którego złożono wniosek o wszczęcie postępowania egzekucyjnego, nakłada obowiązek przekazania wniosku do organu właściwego zgodnie z art. 65 k.p.a.[2] w zw. z art. 18 u.p.e.a. Z kolei gdy wszczęto postępowanie, zobowiązany może podnieść zarzut braku właściwości organu egzekucyjnego na podstawie art. 33 § 1 pkt 9 u.p.e.a.

1 Ustawa z dnia 17 czerwca 1966 r. o postępowaniu egzekucyjnym w administracji (tekst jedn. Dz.U. z 2012 r., poz. 1015 z późn. zm.).

2 Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jedn. Dz.U. z 2013 r., poz. 267 z późn. zm.).

Zdaniem NSA w art. 19 § 2 u.p.e.a. nie została określona wyczerpująco właściwość organu egzekucyjnego będącego organem gminy o statusie miasta, wymienionej w odrębnych przepisach oraz miasta stołecznego Warszawy. Artykuł 19 u.p.e.a. odnosi się wyłącznie do właściwości rzeczowej. Natomiast o właściwości miejscowej stanowi art. 22 u.p.e.a. Z zestawienia art. 19 § 2 i art. 22 § 2 i 3 u.p.e.a. wynika, że organy wykonawcze gminy o statusie miasta oraz Prezydent miasta stołecznego Warszawy są organami egzekucyjnymi właściwymi rzeczowo i miejscowo w zakresie egzekucji należności pieniężnych ustalonych lub stwierdzonych przez organ tej jednostki samorządu terytorialnego tylko w takich sytuacjach, gdy zobowiązany zamieszkuje lub ma siedzibę na terenie oddziaływania tej gminy bądź też na jej terenie położony jest w znacznej części majątek zobowiązanego. Organ gminy jest organem egzekucyjnym tylko w takiej sytuacji, gdy pozostaje jednocześnie wierzycielem. W przypadku, gdy zobowiązany zamieszkuje lub ma swoją siedzibę na terenie innej gminy, w tym również takiej, która ma status miasta, organem egzekucyjnym jest zawsze właściwy miejscowo naczelnik urzędu skarbowego.

W dalszej części uzasadnienia NSA przedstawił wiele argumentów potwierdzających trafność obranego stanowiska, zwracając uwagę na ogólną kompetencję naczelnika urzędu skarbowego jako organu egzekucyjnego, *ratio legis* powierzenia niektórym jednostkom samorządu terytorialnego kompetencji organu egzekucyjnego w przypadku egzekucji świadczeń pieniężnych oraz dalsze względy wykładni celowościowej.

Znaczenie rozstrzygnięcia

Przyjęte przez NSA stanowisko trzeba uznać za uzasadnione, a sformułowane argumenty za trafne. Właściwość rzeczowa jednego organu egzekucyjnego nie może powodować uchylenia właściwości miejscowej drugiego organu egzekucyjnego – w sytuacji, gdy ten drugi organ korzysta z ogólnej właściwości rzeczowej do prowadzenia egzekucji wszelkich publicznoprawnych obowiązków pieniężnych. Przepisy o właściwości miejscowej mają charakter bezwzględnie obowiązujący, co oznacza, że organ egzekucyjny dokonuje czynności wobec mienia znajdującego się w obrębie jego właściwości miejscowej. Takie spojrzenie na wskazaną problematykę odpowiada przede wszystkim konstytucyjnej zasadzie praworządności (art. 7 Konstytucji RP), która w ujęciu negatywnym oznacza, że brak regulacji prawnej upoważniającej organ do podjęcia danego działania należy uznać ze równoznaczny z zakazem tego działania[3].

Opracował *Wojciech Piątek*

3 P. Ostojski, W. Piątek, *Glosa do postanowienia NSA z dnia 10 września 2013 r., sygn. akt I OW 126/13*, OSP 2014, z. 11, poz. 101, s. 1406–1411.

Uchwała NSA z dnia 17 listopada 2014 r., II FPS 4/14

Umowa o dożywocie
Podatek dochodowy od osób fizycznych

W przypadku zbycia nieruchomości na podstawie umowy o dożywocie nie jest możliwe określenie przychodu ze źródła, o którym mowa w art. 10 ust. 1 pkt 8 lit. a u.p.d.o.f.[4], na zasadach wynikających z art. 19 ust. 1 i 3 tej ustawy.

Stan faktyczny

Skarżąca wystąpiła z wnioskiem o wydanie interpretacji indywidualnej w sprawie dotyczącej podatku dochodowego od osób fizycznych w zakresie skutków podatkowych zbycia lokalu mieszkalnego w drodze umowy o dożywocie. Zamierzała przekazać lokal będący jej własnością w zamian za opiekę w drodze umowy dożywocia synowi kuzynki.

W interpretacji indywidualnej dyrektor izby skarbowej uznał, że zbycie na podstawie umowy o dożywocie prawa odrębnej własności lokalu mieszkalnego będzie stanowiło dla skarżącej źródło przychodów w rozumieniu art. 10 ust. 1 pkt 8 u.p.d.o.f. Przepis ten stanowi, że źródłem przychodów jest m.in. odpłatne zbycie nieruchomości lub ich części oraz udziału w nieruchomości, jeżeli odpłatne zbycie nie następuje w wyko-

4 Ustawa z dnia 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych (tekst jedn. Dz. U. z 2010 r. nr 51, poz. 307 z późn. zm.).

naniu działalności gospodarczej i zostało dokonane w przypadku odpłatnego zbycia nieruchomości i praw majątkowych określonych w lit. a–c tegoż przepisu – przed upływem pięciu lat, licząc od końca roku kalendarzowego, w którym nastąpiło nabycie lub wybudowanie, a innych rzeczy – przed upływem pół roku, licząc od końca miesiąca, w którym nastąpiło nabycie. Wobec powyższego w interpretacji indywidualnej stwierdzono, że przychód ten podlega opodatkowaniu podatkiem dochodowym w wysokości 19% podstawy obliczenia podatku.

Skarżąca nie zgodziła się z powyższym stanowiskiem i po złożeniu wezwania do usunięcia naruszenia prawa, w odpowiedzi na które dyrektor izby skarbowej podtrzymał wyrażone uprzednio stanowisko, wniosła skargę do wojewódzkiego sądu administracyjnego. Uchylając zaskarżoną interpretację, sąd ten wskazał, że umowie dożywocia nie można przypisać charakteru odpłatnego, w związku z tym nie jest możliwe ustalenie wielkości tego przychodu (podstawy opodatkowania). Taka konstatacja wynika z charakteru świadczeń otrzymywanych przez zbywcę i braku możliwości ich wyceny w chwili zawarcia umowy. Dyrektor izby skarbowej wniósł skargę do NSA, który przy jej rozpatrzeniu uznał, że na tle sprawy wyłoniło się zagadnienie prawne budzące poważne wątpliwości

Stanowisko NSA

Naczelny Sąd Administracyjny wskazał w pierwszej kolejności, że nie ma wątpliwości co odpłatnego charakteru umowy o dożywocie, choć podstawową funkcją umowy dożywocia jest funkcja alimentacyjna. Wskazanie to jest o tyle istotne, że w przypadku stosunków alimentacyjnych nie można w ogóle mówić o ich ekwiwalentności. Tymczasem analizowana instytucja prawa cywilnego to nazwana umowa zobowiązująca i wzajemna. Wzajemnego stosunku świadczeń nie można jednak rozpatrywać wyłącznie z punktu widzenia ich ekonomicznej ekwiwalentności, ustalonej według kryteriów obiektywnych. Przywołano przyjętą w doktrynie prawa cywilnego koncepcję subiektywnej ekwiwalentności świadczeń, która zakłada, że o wzajemności umowy można mówić wtedy, gdy według subiektywnej oceny stron świadczenia ich są względem siebie równowartościowe. Niewątpliwie w przypadku umowy o dożywocie brak jest klasycznej ekwiwalentności świadczeń, co nie oznacza, że zbycie nieruchomości następuje w takim przypadku pod tytułem darmym. W zamian za swoje świadczenie zbywca nieruchomości uzyskuje określone świadczenia służące zaspokajaniu jego potrzeb. Naczelny Sąd Administracyjny podkreślił także, że losowy charakter umowy dożywocia nie może zmienić oceny, iż ma ona charakter odpłatny. Istotą odpłatności umowy o dożywocie jest to, że zbywca, dokonując przysporzenia, nie czyni tego kosztem własnego majątku, albowiem uzyskuje ekwiwalentne świadczenie posiadające określony wymiar materialny, przejawiający się choćby w zaoszczędzeniu przez zbywcę tych wydatków, które musiałby ponieść w związku z własnym utrzymaniem, gdyby nie doszło do zawarcia umowy o dożywocie. Ponadto nabywca nieruchomości nie jest ograniczony, mimo zobowiązań, jakie na siebie przyjął wobec dożywotnika, w rozporządzaniu nabytą nieruchomością. Naczelny Sąd Administracyjny wskazał również, że ani wartość, ani cena zbywanej w drodze umowy o dożywocie nieruchomości nie należą do jej *essentialia negotii*. Uprawnienia dożywotnika nie są więc ceną za przeniesienie własności nieruchomości. Nadto czas trwania świadczeń w umowie dożywocia może być różny. To oznacza, że nie sposób choćby z tego powodu ich utożsamiać z ceną, bądź określać ich wartości. Wydaje się, że już z tego powodu do świadczeń z umowy o dożywocie nie można zastosować reguł określenia wartości rynkowej z art. 19 ust. 1–4 u.p.d.o.f.

Zdaniem NSA, choć *prima facie* należałoby uznać, że przeniesienie prawa własności nieruchomości na podstawie umowy o dożywocie w zgodzie z art. 10 ust. 1 pkt 8 lit. a) u.p.d.o.f. stanowi źródło przychodu, to wymienienie w art. 10 u.p.d.o.f. rodzajów źródeł przychodów zakreśla jedynie w sposób bardzo ogólny zakres przedmiotu opodatkowania i jest mało przydatne w procesie interpretacji prawa, jeżeli wykładnia językowa nie zostanie połączona z wykładnią systemową. Pojęcia ceny nieruchomości, jej wartości i wartości rynkowej, którymi operuje art. 19 ust. 1–4 u.p.d.o.f., nie

można wprost odnieść do przedmiotu świadczenia dożywotnika z umowy o dożywocie. Jeśli zaś znaczenie normy zawartej w tym przepisie, dotyczącej ustalania przychodu z odpłatnego zbycia nieruchomości lub praw majątkowych oraz innych rzeczy, polegać miałoby na nadaniu jej znaczenia obejmującego także przeniesienie własności nieruchomości na podstawie umowy o dożywocie, to w konsekwencji doszłoby do rozszerzenia zakresu stosowania tak zdekodowanej normy, które polegałoby na szerszym jej zastosowaniu w stosunku do zakresu, który posiadałaby ona bez uwzględniania tejże wykładni.

Naczelny Sąd Administracyjny podkreślił, że w przypadku umowy o dożywocie jedynie przyjęcie wartości rynkowej nieruchomości pozwalałoby na określenie wielkości przychodu. Wielkość ta jednak nie jest ceną nieruchomości określaną w umowie, czego wymaga art. 19 ust. 1 u.p.d.o.f. Brak jest więc możliwości precyzyjnego określenia podstawy opodatkowania, decydującej o konkretyzacji przedmiotu podatku jako elementu wyznaczającego zobowiązanie podatkowe. Jedynie bowiem przy uwzględnieniu reguły wykładni rozszerzającej można wartość wyrażoną w cenie określonej w umowie uznawać za przychód dożywotnika, stosownie do art. 19 ust. 1 u.p.d.o.f., odnosząc go do wartości rynkowej zbywanej nieruchomości, o której stanowi art. 19 ust. 3 u.p.d.o.f. Tak jednak charakteryzowane jest w umowie o dożywocie świadczenie, do wykonania którego zobowiązany jest dożywotnik, a nie to, które otrzymuje on jako świadczenie wzajemne z tytułu zbycia nieruchomości. Otrzymywane przezeń świadczenia, jak wskazano powyżej, nie tylko nie stanowią ceny, ale są wręcz na chwilę zbycia niepoliczalne.

Znaczenie rozstrzygnięcia

Najistotniejszym w omawianym orzeczeniu jest przesądzenie, że w zarysowanym wyżej stanie faktycznym brak jest możliwości określenia podstawy opodatkowania, co skutkuje niemożnością określenia wysokości należności podatkowej. Za niezasadne i chybione jest w takim przypadku oszacowanie wartości nieruchomości, albowiem nie można jej odnieść wprost do przedmiotu świadczeń strony umowy. Nie jest również możliwe określenie maksymalnego rozmiaru świadczeń przypadających dożywotnikowi, albowiem zależy to od elementu losowego, jakim jest długość życia osoby zbywającej nieruchomość i zakres ustalonych świadczeń. Niewątpliwe art. 10 ust. 1 pkt 8 u.p.d.o.f. ogranicza w sposób istotny swobodę dysponowania prawem własności i innymi prawami w tym przepisie wymienionymi. Z tej przyczyny, jako przepis o charakterze wyjątkowym, musi być interpretowany ściśle, a wątpliwości prawne powinny być wyjaśniane na korzyść podatnika. W związku z czym za zasadne uznać należy stanowisko NSA zaprezentowane w omawianym orzeczeniu.

Opracował *Jan Olszanowski*

Uchwała NSA z dnia 17 grudnia 2014 r., II OPS 1/14

Administracyjna kara pieniężna za naruszenie wymagań ochrony środowiska
Wymóg prowadzenia pomiarów wielkości emisji i innych warunków korzystania ze środowiska

Stosownie do art. 305a ust. 2 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska (Dz.U. z 2013 r., poz. 1232 ze zm.), jeżeli nie jest spełniony warunek prowadzenia pomiarów przez laboratorium, o którym mowa w art. 147a ust. 1 tej ustawy, jest to wystarczająca podstawa stosowania, do wymierzenia administracyjnej kary pieniężnej, art. 305a ust. 1 tej ustawy.

Stan faktyczny

Przedmiotem podjętej przez NSA uchwały była wątpliwość, jaka zaistniała na tle stosowania przepisów ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska (dalej: p.o.ś). Z wnioskiem o podjęcie przez skład siedmiu sędziów NSA uchwały mającej na celu wyjaśnienie zagadnienia prawnego wystąpił Prokurator Generalny. Wnioskodawca wniósł o rozstrzygnięcie, czy w świetle art. 305a ust. 2 p.o.ś. wystarczającą przesłanką do wymierzenia administracyjnej kary pieniężnej na podstawie art. 305a ust. 1 tej ustawy jest stwierdzenie, że pomiary wielkości emisji (o których mowa w art. 147a

ust. 1 p.o.ś.) lub innych warunków korzystania ze środowiska nie zostały przeprowadzone przez uprawnione podmioty, czy też organy Inspekcji Ochrony Środowiska są obowiązane do zbadania zgodności sposobu przeprowadzenia tych pomiarów z obowiązującymi przepisami.

Prokurator Generalny wskazał, że w orzecznictwie sądów administracyjnych ujawniły się w tej mierze dwa stanowiska. Zgodnie z pierwszym poglądem judykatury zasady określone w art. 305a ust. 1 p.o.ś. stosuje się z mocy art. 305a ust. 2, jeżeli tylko nie jest spełniony warunek prowadzenia pomiarów o kwalifikowanej jakości w rozumieniu art. 147a p.o.ś. Według tego stanowiska każdy podmiot, który prowadzi instalację, jak i użytkownik urządzenia są ustawowo zobowiązani do zapewnienia realizacji pomiarów tylko przez akredytowane laboratorium, a niedopełnienie tego obowiązku skutkuje zastosowaniem art. 305a ust. 1 p.o.ś. Prokurator Generalny wskazał także na odmienną linię w orzecznictwie, według której, jeżeli tylko laboratorium nie posiada wymaganej akredytacji, to nie jest to wystarczająca przesłanka do nałożenia kary pieniężnej. Zgodnie z tym stanowiskiem, koniecznym warunkiem jest dokonanie kontroli ustaleń faktycznych i uzasadnienie, dlaczego wyniki przeprowadzonych pomiarów powodują potrzebę zastosowania art. 305a ust. 1 p.o.ś.

Według wnioskodawcy odpowiednie zastosowanie przepisu, do którego odsyła art. 305a ust. 2 p.o.ś., jest szczególnym przypadkiem analogii, na co wskazują m.in. zasady techniki prawodawczej[5], które w razie potrzeby osiągnięcia skrótowości tekstu lub spójności regulowanych instytucji umożliwiają ustawodawcy posłużenie się odesłaniami. Ponadto za wykładnią językową tych przepisów przemawia brak tzw. reguł odstępstwa, determinujących zastosowanie innych zasad wykładni. W ocenie Prokuratora Generalnego celem ustawodawcy było wprowadzenie wymogu wykonywania pomiarów – wielkości emisji lub innych warunków korzystania ze środowiska – tylko przez uprawnione do tego laboratoria.

Stanowisko NSA

Przystępując do wyjaśniania przepisów, NSA w pierwszej kolejności podkreślił, iż każdy podmiot prowadzący instalację oraz użytkownik urządzenia są ustawowo zobowiązani do zapewnienia wykonania pomiarów wielkości emisji lub innych warunków korzystania ze środowiska tylko przez akredytowane laboratorium[6], certyfikowane jednostki badawcze[7] albo przez własne laboratorium[8], jednakże pod warunkiem objęcia tego laboratorium systemem zarządzania jakością i posiadania odpowiedniego certyfikatu.

Naczelny Sąd Administracyjny pochylił się głębiej nad kwestią akredytacji w rozumieniu rozporządzenia (WE) nr 765/2008[9]. Wskazano, iż akredytacja jest procesem dobrowolnym, tzn. nie udziela się jej z urzędu, oraz obejmuje wszystkich zainteresowanych przedsiębiorców bez względu na formę ich własności i może jej udzielić tylko Polskie Centrum Akredytacji. W dalszej kolejności NSA szczegółowo wyjaśnił pojęcia certyfikacji oraz certyfikatu zgodności. Certyfikacja oznacza m.in. działanie jednostki certyfikującej, które wykazuje, czy należycie zidentyfikowany wyrób lub proces jego wytwarzania są zgodne z zasadniczymi lub szczegółowymi wymaganiami. Z kolei certyfikat zgodności[10] jest dokumentem wydanym wyłącznie przez notyfikowaną jednostkę certyfikującą, który potwierdza, że dany wyrób oraz proces jego wytwarzania są zgodne z zasadniczymi wymaganiami.

Naczelny Sąd Administracyjny podkreślił, iż uprawnienia do wykonywania badań są czasowe

5 Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej" (Dz.U. nr 100, poz. 908).

6 W rozumieniu ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. o systemie oceny zgodności (Dz.U. z 2010 r. nr 138, poz. 935 z późn. zm.), dalej: u.s.o.z.

7 O których mowa w art. 16 ust. 1 ustawy z dnia 25 lutego 2011 r. o substancjach chemicznych i ich mieszaninach (Dz.U. nr 63, poz. 322 z późn. zm.).

8 Por. art. 147a ust. 1a p.o.ś.

9 Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 765/2008 z dnia 9 lipca 2008 r. ustanawiające wymagania w zakresie akredytacji i nadzoru rynku odnoszące się do warunków wprowadzania produktów do obrotu i uchylające rozporządzenie (EWG) nr 339/93 (Dz.Urz. UE.L 218 z 13.08.2008, s. 30).

10 Zgodnie z art. 5 pkt 9 u.s.o.z.

i muszą być stale aktualizowane. Brak odpowiednich uprawnień rodzi zastrzeżenia co do wyników przeprowadzonych badań. To natomiast uzasadnia według NSA wystąpienie przesłanek do naliczenia i wymierzenia administracyjnej kary pieniężnej na podstawie art. 298 ust. 1 p.o.ś. z uwzględnieniem art. 305a ust. 1 i 2 p.o.ś. oraz art. 305 ust. 2 p.o.ś.

Kontynuując rozważania prawne, NSA wskazał, że interpretacja art. 147a w związku z art. 305a ust. 2 p.o.ś., uwzględniająca użycie przez ustawodawcę zwrotu „odpowiednio", nie może prowadzić do naruszenia *ratio legis* tych przepisów. Zaznaczono nadto, iż obowiązek prowadzenia pomiarów o kwalifikowanej jakości przez akredytowane laboratorium oraz kryteria akredytacji zostały nałożone w drodze ustawy, a nie w akcie podustawowym. Sąd zwrócił również uwagę, iż wykładnia celowościowa i systemowa analizowanych przepisów nie może prowadzić do akceptacji sytuacji, w której mogą być prowadzone prawidłowo pomiary, chociaż o niekwalifikowanej jakości, jeżeli dane laboratorium nie posiadało wymaganej ustawowo akredytacji. Dlatego też w ocenie NSA nie jest właściwe stanowisko, zgodnie z którym nieakredytowane laboratorium stosowałoby metodyki referencyjne, które nie zostały poddane akredytacji w rozumieniu art. 3 pkt 9 p.o.ś.

Ponadto zdaniem NSA reguła *ne bis in idem* nie ma zastosowania wobec rozróżnienia przez ustawodawcę odpowiedzialności karnej[11] podmiotu zobowiązanego i odpowiedzialności administracyjnej, przewidzianej w art. 305a ust. 1 i 2 p.o.ś. w zw. z art. 298 ust. 1 i art. 299 ust 1 oraz art. 305 ust. 1 pkt 2 p.o.ś.

Podsumowując rozważania prawne, NSA zaznaczył, że jeżeli nie jest spełniony warunek prowadzenia pomiarów, o których mowa w art. 147a p.o.ś., to stosuje się odpowiednio art. 305a ust. 1 p.o.ś. Odpowiednie stosowanie art. 305a ust. 1 p.o.ś. dotyczy zaś tego, że przepis ten określa różnego rodzaju przekroczenia warunków korzystania ze środowiska wraz z konsekwencjami w zakresie wielkości tych przekroczeń, a te nie są zależne od tego, jaka była rzeczywista wielkość emisji. Jest to ogólna zasada, która na podstawie art. 305a ust. 2 p.o.ś. ma wprost zastosowanie, jeżeli podmiot korzystający ze środowiska nie spełnia warunku prowadzenia pomiarów, o których mowa w art. 147a p.o.ś., przez to, że nie dopełnia ustawowego obowiązku zapewnienia wykonywania pomiarów przez odpowiednie laboratorium. Oznacza to w konsekwencji, że podmiot ten nie prowadzi wymaganych pomiarów wielkości emisji. Zatem w świetle art. 305a ust. 2 p.o.ś. w związku z art. 147a ust. 1 p.o.ś. wystarczającą przesłanką do wymierzenia administracyjnej kary pieniężnej na podstawie art. 298 ust. 1 w związku z art. 305a ust. 1 p.o.ś. jest stwierdzenie, że pomiary w rozumieniu art. 147a ust. 1 p.o.ś. nie zostały przeprowadzone przez uprawnione do tego podmioty, ściśle określone w przepisach p.o.ś., czyli przez akredytowane laboratorium, certyfikowane jednostki badawcze albo przez własne laboratorium podmiotu prowadzącego instalację lub użytkownika urządzenia, objęte zarazem systemem zarządzania jakością.

11 Odpowiedzialność karną przewiduje art. 340 ust. 2 pkt 1 p.o.ś.

Znaczenie rozstrzygnięcia

Analizowane przez NSA przepisy p.o.ś. do czasu podjęcia niniejszej uchwały prowadziły do odmiennych rozstrzygnięć dokonywanych przez sądy administracyjne i organy administracji w zakresie kar wymierzanych na podstawie art. 305a ust. 1 p.o.ś. Omawiana uchwała ma istotne znaczenia dla nakładania administracyjnych kar pieniężnych na podmiot prowadzący instalację oraz na użytkownika urządzenia, którzy są ustawowo zobowiązani do zapewnienia wykonania pomiarów wielkości emisji lub innych warunków korzystania ze środowiska. Uchwała wskazuje, iż pomiary te mogą być dokonywane tylko przez odpowiednie laboratoria lub jednostki badawcze. Naczelny Sąd Administracyjny przesądził, iż wystarczającą przesłanką do wymierzenia administracyjnej kary pieniężnej na podstawie art. 298 ust. 1 w zw. z art. 305a ust. 1 p.o.ś. jest fakt, że pomiary w rozumieniu art. 147a ust. 1 p.o.ś. nie zostały przeprowadzone przez uprawnione akredytowane laboratorium lub certyfikowane jednostki badawcze.

Oznacza to, że jeżeli laboratorium (jednostka badawcza) nie spełnia określonych wymagań, aktualizują się przesłanki do wymierzenia administracyjnej kary pieniężnej, bez konieczności dokonywania kontroli ustaleń faktycznych i uzasadniania, dlaczego wyniki przeprowadzonych pomiarów powodują konieczność zastosowania art. 305a ust. 1 p.o.ś. Uchwała NSA jest wiążąca dla wszystkich wojewódzkich sądów administracyjnych.

Opracował *Jakub Terlega*

Mariusz Stanik

Przegląd orzecznictwa – prawo prywatne

Uchwała SN z dnia 11 września 2014 r., III CZP 56/14

Syndyk, który na podstawie art. 289 § 1 zd. 2 k.s.h. złożył wniosek o wykreślenie upadłej spółki z rejestru może zaskarżyć orzeczenie zgodne z jego wnioskiem.

Stan faktyczny

Postanowieniem z dnia 26 lipca 2013 roku sąd rejonowy stwierdził zakończenie postępowania upadłościowego wobec spółki z o.o. Po ostatecznym rozliczeniu funduszów masy, z majątku upadłego pozostały środki pieniężne w gotówce i na rachunku bankowym, niezabudowana nieruchomość oraz należności. W dniu 13 września 2013 roku syndyk złożył wniosek o wykreślenie spółki z rejestru, wskazując jednak, że mimo obowiązku wynikającego z przepisów kodeksu spółek handlowych złożenia przedmiotowego wniosku, istnieje wątpliwość co do konieczności dokonania takiej czynności, gdyż spółka posiada majątek i chociaż wszyscy wierzyciele zostali zaspokojeni, to jednak pozostały wierzytelności z tytułu odsetek za czas od ogłoszenia upadłości. Referendarz sądowy uwzględnił wniosek syndyka i wykreślił spółkę z rejestru. Syndyk złożył skargę na postanowienie referendarza, wnosząc o jego uchylenie, podnosząc przy tym, że ukończenie postępowania upadłościowego nie może stanowić jedynej przyczyny ustania bytu prawnego spółki. Po rozpoznaniu skargi sąd rejonowy uchylił wpis wykreślający spółkę z rejestru. Rozpoznający apelację spółki sąd okręgowy powziął wątpliwość, czy były syndyk masy upadłości zobowiązany na podstawie art. 289 § 1 k.s.h. do złożenia po prawomocnym zakończeniu postępowania upadłościowego, obejmującego likwidację majątku, wniosku o wykreślenie z Krajowego Rejestru Sądowego upadłej spółki z o.o. staje się, przez fakt złożenia wniosku o wykreślenie, uczestnikiem postępowania rejestrowego, czy też złożenie takiego wniosku jest jedyną czynnością, do której po wygaśnięciu funkcji uprawnia go ustawa. Ponadto, biorąc pod uwagę, że kwestionowane skargą rozstrzygnięcie było zgodne z wnioskiem syndyka, powstało zagadnienie interesu prawnego syndyka w zaskarżeniu takiego orzeczenia.

Stanowisko Sądu Najwyższego

W uzasadnieniu analizowanej uchwały Sąd Najwyższy wskazał na wstępie, że wraz z ogłoszeniem upadłości likwidacyjnej sąd powołuje syndyka masy upadłości. W toku postępowania upadłościowego syndyk podejmuje czynności we własnym imieniu, ale na rachunek upadłego (jest zastępcą pośrednim). Ponadto SN zauważył, że „syndyk masy upadłości jako instytucja prawa upadłościowego, o oznaczonym zakresie kompetencji, dotyczącym masy upadłości, istnieje tylko [w] okresie od ogłoszenia upadłości do zakończenia tego postępowania. Z chwilą zakończenia postępowania upadłościowego funkcja syndyka wygasa. Z tą bowiem chwilą (art. 368 ust. 3 pr.up.n.) upadły odzyskuje prawo zarządzania swoim majątkiem i rozporządzania jego składnikami, a syndyk ma obowiązek niezwłocznego wydania upadłemu jego majątku, ksiąg, korespondencji i dokumentów (art. 364 ust. 2 pr.up.n.)".

Zgodnie z przepisem art. 289 § 1 k.s.h. w przypadku upadłości spółki jej rozwiązanie następuje po zakończeniu postępowania upadłościowego, z chwilą wykreślenia z rejestru. Wniosek o wykreślenie z rejestru składa syndyk, który jest wyłącznie legitymowany do jego złożenia, a postępo-

wanie rejestrowe jest postępowaniem sądowym, które dotyczy samej osoby upadłego, a nie masy upadłości.

Spółka, o której wykreślenie występuje syndyk, jest z mocy prawa uczestnikiem postępowania rejestrowego (art. 694^3 § 2 k.p.c.), a postępowanie to dotyczy wprost podmiotowości prawnej upadłej spółki. Biorąc pod uwagę, że „z chwilą zakończenia postępowania upadłościowego nie ma już w rozumieniu prawa upadłościowego i naprawczego masy upadłości i w związku z tym funkcja syndyka wygasła, a upadły odzyskał prawo zarządu majątkiem, uprawnienia syndyka do działania po zakończeniu postępowania upadłościowego wynikające z przepisów odrębnych, tu art. 289 § 1 k.s.h., należy traktować nie jako przedłużenie reprezentacji upadłego, ale jako przydaną ustawą szczególną, samoistną legitymację procesową w obszarze, który oddziałuje na sferę publicznoprawną" z punktu widzenia funkcji, jakie pełni Krajowy Rejestr Sądowy. Syndyk nie może być zatem traktowany w tym postępowaniu jako zastępca pośredni.

W konsekwencji Sąd Najwyższy stwierdził, że „[p]rzyznanie syndykowi ustawą statusu wnioskodawcy w postępowaniu rejestrowym, toczącym się według przepisów kodeksu postępowania cywilnego o postępowaniu nieprocesowym, musi oznaczać, że wnioskodawca jest uczestnikiem postępowania i status ten zachowuje do czasu prawomocnego zakończenia postępowania. Na gruncie postępowania nieprocesowego nie ma bowiem podstawy do przyjęcia, że legitymacja czynna wnioskodawcy wyczerpuje się wraz ze zgłoszeniem wniosku. Wnioskodawca jest więc też legitymowany do zaskarżenia wydanego w tym postępowaniu rozstrzygnięcia".

Odnośnie do interesu prawnego syndyka w zaskarżeniu orzeczenia zgodnego z jego wnioskiem Sąd Najwyższy wskazał, że pokrzywdzenie orzeczeniem (*gravamen*) „nie ma zastosowania do środków zaskarżenia wnoszonych przez podmioty działające w postępowaniu w interesie publicznym", a „kompetencja syndyka do działania po zakończeniu postępowania upadłościowego w sferach, które zmierzają do zapewnienia porządku prawnego pozwala przyjąć, że składając w postępowaniu rejestrowym wniosek o wykreślenie spółki z rejestru były syndyk nie działa ściśle w interesie prywatnym, zasada *gravaminis* nie będzie miała zatem zastosowania".

Znaczenie rozstrzygnięcia

Pomimo pewnych wątpliwości co do uzasadnienia kwestii związanych z interesem prawnym syndyka do wniesienia środka zaskarżenia na orzeczenie zgodne z jego wnioskiem, zawarte w analizowanej uchwale stanowisko Sądu Najwyższego zasługuje na aprobatę. Omawiana uchwała ma duże znaczenie zarówno teoretyczne, jak i praktyczne. Tym bardziej że dotyczy postępowania rejestrowego, które rzadko jest przedmiotem rozstrzygnięć Sądu Najwyższego.

Uchwała SN z dnia 11 września 2014 r., III CZP 66/14

Wniesienie pozwu o naprawienie szkody wyrządzonej przez wydanie orzeczenia do sądu, który wydał to orzeczenie, nie stwarza przeszkody przewidzianej w art. 44 k.p.c.

Stan faktyczny

Powód wniósł o zasądzenie od Skarbu Państwa – w tym wypadku Sądu Okręgowego w Ś. – określonej kwoty pieniężnej tytułem naprawienia szkody spowodowanej działaniami tego sądu, zarzucając mu nadużycie władzy, bezczynność, łamanie zasad postępowania, pozbawienie prawa do sprawiedliwego rozpatrzenia sprawy, podstęp oraz „popieranie czynu niedozwolonego", w wyniku czego powód doznał szkody, której naprawienia dochodzi. W toku postępowania powód sprzeciwiał się rozpoznaniu sprawy przez Sąd Okręgowy w Ś. oraz podejmował bezskuteczne próby wyłączenia sędziów tego sądu i przekazania sprawy do rozpoznania innemu sądowi. Sąd Okręgowy w Ś. oddalił powództwo, a sąd apelacyjny, rozpoznając apelację powoda, przedstawił Sądowi Najwyższemu do rozstrzygnięcia zagadnienie prawne, czy wniesienie powództwa o roszczenia z tytułu czynów niedozwolonych przed sąd, z którego działalnością strona wiąże powstanie roszczenia odszkodowawczego, stanowi przeszkodę do rozpoznania sprawy przez ten sąd, w rozumieniu art. 44 k.p.c.

Stanowisko Sądu Najwyższego

W uzasadnieniu analizowanej uchwały Sąd Najwyższy wskazał na wstępie, że „[p]rzepisy art. 175 i nast. Konstytucji RP, dopełnione przepisami ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych (jedn. tekst: Dz.U. z 2013 r., poz. 427 ze zm.), tworzą organizację sądów powszechnych sprawujących wymiar sprawiedliwości we wszystkich sprawach z wyjątkiem spraw ustawowo zastrzeżonych do właściwości innych sądów". System ten – w ocenie Sądu Najwyższego – „pozwala na jasne i przejrzyste określenie właściwości sądów, zwłaszcza rzeczowej i miejscowej, tj. kompetencji konkretnych sądów w zakresie rozpoznawania spraw oraz podejmowania innych czynności procesowych, w tym przede wszystkim jurysdykcyjnych, składających się na postępowanie sądowe (cywilne)". Co więcej, „właściwość sądu jest zagadnieniem konstytucyjnym, gdyż art. 45 Konstytucji RP – przyznający i kształtujący prawo do sądu – określa je jako prawo do sądu właściwego".

Sąd Najwyższy wskazał także, że w ramach wskazanego wyżej systemu bardzo ważną rolę spełniają przepisy kodeksu postępowania cywilnego o właściwości sądów, składzie sądu i wyłączeniu sędziego – „Ich celem jest przede wszystkim zagwarantowanie sprawiedliwego i sprawnego rozpoznania sprawy przez właściwy niezależny sąd oraz przez bezstronnego i niezawisłego sędziego".

Jednym z przepisów k.p.c. regulujących właściwość sądów jest przepis art. 44 k.p.c., zgodnie z którym, jeżeli sąd właściwy, czyli sąd właściwy według przepisów o właściwości miejscowej, nie może z powodu przeszkody rozpoznać sprawy lub podjąć innej czynności, sąd nad nim przełożony wyznacza inny sąd. Przedmiotowy przepis dotyczy wyłącznie właściwości miejscowej, a jedyną przesłanką wyznaczenia innego sądu jest faktyczna lub prawna przeszkoda uniemożliwiająca rozpoznanie sprawy lub podjęcie czynności. Przepis art. 44 k.p.c. nie przewiduje jako przesłanki wyznaczenia innego sądu względów celowości. Biorąc dodatkowo pod uwagę, że przepisy k.p.c. zawierają oddzielną i szczegółową regulację instytucji wyłączenia sędziego, brak jest zatem w ocenie SN podstaw do „przenoszenia do treści art. 44 k.p.c. pierwiastków właściwych dla tej instytucji". W konsekwencji Sąd Najwyższy skonstatował, że „zastosowanie art. 44 k.p.c. staje się dopuszczalne i zarazem konieczne tylko wtedy, gdy wszyscy sędziowie określonego sądu zostali wyłączeni na podstawie art. 48 lub 49 k.p.c."

Ponadto SN zauważył, że „zarówno przepisy ustrojowe sądownictwa, jak i judykatura jednoznacznie wskazują na brak jakichkolwiek istotnych zależności zachodzących między sędzią – organem (podmiotem) władzy sądowniczej – a sądem jako jednostką organizacyjną Skarbu Państwa lub pracodawcą sędziego", zaś „[a]utorytet wymiaru sprawiedliwości wymaga (...), aby sądy ustawowo właściwe nie unikały – bez ważnej przyczyny, wyraźnie przewidzianej przez ustawę – rozpoznawania spraw z jakiegokolwiek powodu »niewygodnych« lub trudnych".

Znaczenie rozstrzygnięcia

Pogląd Sądu Najwyższego zawarty w przedmiotowej uchwale zasługuje na pełną aprobatę. Analizowana uchwała rozstrzyga istotne kwestie o charakterze systemowym, mających duże znaczenie dla praktyki procesowej w sprawach, których liczba z roku na rok znacząco rośnie.

Uchwała SN z dnia 16 października 2014 r., III CZP 70/14

Ważny jest zapis zwykły (art. 968 § 1 k.c.), w którym przedmiot świadczenia został określony alternatywnie.

Stan faktyczny

Spadkodawca, zmarły 20 maja 2009 roku, sporządził własnoręczny testament, powołując do całości spadku syna, i ustanowił zapis na rzecz córki o następującej treści: „córce M.B. wartość budynku mieszkalnego lub dać budynek przy ul. B. 2". Sąd okręgowy uznał zapis za ważny i przyjął, że na jego podstawie wybór świadczenia należał do zobowiązanego do wykonania zapisu spadkobiercy, przy czym powinien on przede wszystkim wypłacić zapisobiercy równowartość budynku mieszkalnego, a dopiero gdyby nie był w stanie spełnić tego świadczenia, przenieść na niego własność wskazanej w testamencie nieruchomości. W apelacji od wyroku sądu okrę-

gowego pozwany podniósł zarzut nieważności ustanowionego zapisu ze względu na alternatywne ujęcie określonego w nim przedmiotu świadczenia. Sąd apelacyjny przedstawił Sądowi Najwyższemu powstające w związku z tym zagadnienie prawne: „czy w świetle art. 968 k.c. można uznać za ważny zapis testamentowy sformułowany alternatywnie?"

Stanowisko Sądu Najwyższego

W uzasadnieniu analizowanej uchwały Sąd Najwyższy wskazał po pierwsze, że przepis art. 968 k.c. zawiera definicję zapisu zwykłego, zgodnie z którą spadkodawca może przez rozrządzenie testamentowe zobowiązać spadkobiercę ustawowego lub testamentowego do spełnienia określonego świadczenia majątkowego na rzecz oznaczonej osoby. Z przepisu tego zdaniem SN wynika, że „określenie przedmiotu zapisu, tak jak oznaczenie zapisobiercy należy wyłącznie do spadkodawcy".

Po drugie Sąd Najwyższy wskazał, że „[p]rzedmiotem zapisu może być każde świadczenie majątkowe przynoszące korzyść zapisobiercy. Ustawa nie ogranicza swobody spadkodawcy w określeniu przedmiotu zapisu zwykłego. Od woli testatora zależy także sposób uregulowania stosunków między stronami stosunku zobowiązaniowego mającego źródło w zapisie, w tym sposobu, miejsca i terminu jego wykonania i skutków jego niewykonania lub nienależytego wykonania".

Po trzecie Sąd Najwyższy wskazał, że „[n]a skutek ustanowienia zapisu powstaje z chwilą otwarcia spadku dla zapisobiercy z mocy samego prawa wierzytelność, na podstawie której może on żądać od obciążonego spełnienia świadczenia stanowiącego przedmiot zapisu. Stosunek zobowiązaniowy powstający wskutek zapisu między zapisobiercą a obciążonym podlega przepisom o zobowiązaniach zawartym w księdze trzeciej Kodeksu cywilnego. Odstępstwa od tej zasady wynikają z przepisów szczególnych zamieszczonych w księdze czwartej Kodeksu cywilnego mających pierwszeństwo przed zasadami ogólnymi wykonywania zobowiązań".

W konsekwencji Sąd Najwyższy skonstatował, że „spadkodawca może poprzez ustanowienie zapisu zwykłego doprowadzić do powstania między zapisobiercą i zobowiązanym do wykonania zapisu zobowiązania przemiennego, którego konkretyzacja następuje w drodze wyboru świadczenia przez uprawnionego, może też określić do której ze stron wybór ten należy. W razie braku wskazania przez spadkodawcę strony uprawnionej do wyboru zastosowanie będą mieć reguły określone w art. 365 k.c." W ocenie Sądu Najwyższego: „Przyjęta wykładnia art. 968 k.c., w myśl zasady *favor testamenti*, sprzyja utrzymaniu rozrządzenia testatora, który z ważnych dla niego powodów zdecydował się na alternatywne określenie przedmiotu zapisu zwykłego, a jednocześnie realizuje zasadę swobody testowania, nakazującą taką w wykładnię przepisów, która w maksymalnym stopniu pozwoli spełnić wolę spadkodawcy".

Znaczenie rozstrzygnięcia

Stanowisko Sądu Najwyższego zawarte w analizowanej uchwale należy w pełni podzielić. Problem dopuszczalności alternatywnego formułowania tzw. zwykłych zapisów testamentowych nie był do tej pory przedmiotem wypowiedzi SN, a w doktrynie prawa dominował pogląd bezzasadnie wyłączający taką możliwość. Na jego uzasadnienie przywoływany jest argument z tzw. wykładni historycznej, jako że kodeks cywilny nie zawiera odpowiednika przepisu art. 119 dekretu z dnia 8 października 1946 r. – Prawo spadkowe (Dz.U. nr 60, poz. 328 z późn. zm.), który pozwalał spadkodawcy na pozostawienie uznaniu innych osób albo rozstrzygnięciu sądu, który z kilku wymienionych przez spadkodawcę przedmiotów ma zapisobierca otrzymać. Argument ten nie jest jednak przekonywający w konfrontacji z wywodami Sądu Najwyższego zawartymi w analizowanej uchwale.

Paweł Wiliński, Piotr Karlik

Przegląd orzecznictwa – prawo karne

Uchwała SN z dnia 27 marca 2014 r., I KZP 30/13

Sąd może nie stosować art. 75 § 1 k.k. w zakresie, w jakim Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 17 lipca 2013 r. uznał ten przepis za niekonstytucyjny, jeżeli obligatoryjny tryb zarządzenia wykonania kary wobec skazanego, co do którego w okresie próby orzeczono karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania, prowadziłby do naruszenia Konstytucji w większym stopniu niż odstąpienie od tego trybu z uwagi na szczególne okoliczności sprawy.

Sąd Najwyższy podjął przedmiotową uchwałę w związku z pytaniem prawnym. Sąd *ad quem*, rozpoznając zażalenie na postanowienie sądu *a quo* o zarządzeniu wykonania kary łącznej pozbawienia wolności, podjął wątpliwości wymagające zasadniczej wykładni ustawy, tj. art. 75 § 1 k.k. Wątpliwości sądu wzbudziła przede wszystkim kwestia dalszego stosowania tego przepisu, w sytuacji gdy Trybunał Konstytucyjny wyrokiem z dnia 17 lipca 2013 r., SK 9/10, uznał, że art. 75 § 1 k.k. w zakresie, w jakim nie przewiduje możliwości odstąpienia przez sąd od zarządzenia wykonania kary – gdy wobec skazanego ponownie orzeczono karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania, jeżeli przemawiają za tym szczególne względny – jest niezgodny z art. 45 ust. 1 Konstytucji RP. W tym miejscu należy jeszcze wspomnieć, że TK odroczył utratę mocy obowiązującej art. 75 § 1 k.k. o 18 miesięcy od dnia ogłoszenia powyższego wyroku w Dzienniku Ustaw. W uzasadnieniu sąd powołał się na znaczne rozbieżności w orzecznictwie sądów powszechnych oraz na brak jednolitego stanowiska w doktrynie.

Sąd Najwyższy uznał, że pytanie prawne spełnia warunki określone w art. 441 § 1 k.p.k. Ponadto zdaniem Sądu Najwyższego nie budzi wątpliwości także to, że przedmiotem zagadnienia prawnego mogą być nie tylko wątpliwości interpretacyjne dotyczące treści konkretnego przepisu, ale także zagadnienia walidacyjne oraz rozstrzygnięcia kolizyjne dotyczące norm prawnych wyprowadzanych z danej jednostki redakcyjnej tekstu prawnego.

Sąd Najwyższy przypomniał, że przywołanym wyżej wyrokiem Trybunał Konstytucyjny orzekł, że art. 75 § 1 k.k. w zakresie, w jakim nie przewiduje możliwości odstąpienia przez sąd od zarządzenia wykonania kary w sytuacji, gdy wobec skazanego ponownie orzeczono karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania, jeżeli przemawiają za tym szczególne względy, jest niezgodny z art. 45 ust. 1 konstytucji. Trybunał podkreślił, że sąd powinien mieć możliwość odstąpienia od zarządzenia wykonania kary w szczególnie uzasadnionych wypadkach. Zasadniczy problem zrodził się jednak na skutek odroczenia utraty mocy obowiązującej art. 75 § 1 k.k. o 18 miesięcy. Nie wiadomo bowiem, czy przepis ten do czasu derogacji podlega stosowaniu na dotychczasowych zasadach. Sąd Najwyższy wskazał, że można spotkać głosy optujące za dalszym stosowaniem takiego przepisu, ale równie często pojawiają się zdania, iż dopuszczalne jest stosowanie innych przepisów, które pozostają zgodne z konstytucją.

W ocenie Sądu Najwyższego kluczową rolę odgrywa rozróżnienie stosowania prawa od jego obowiązywania. Podkreślił on jednocześnie, że w przypadku uchylenia domniemania konstytucyj-

ności określonego przepisu sąd zobowiązany jest uwzględnić, przy ewentualnym zastosowaniu reguły *lex superior*, potrzebę ochrony tych wartości konstytucyjnych, które stały u podstaw orzeczenia przez Trybunał Konstytucyjny skutku derogacyjnego. Ponadto sąd powinien dokonać oceny ewentualnych konsekwencji zastosowania oraz niezastosowania normy prawnej uznanej za niekonstytucyjną. Orzeczenie sądu powszechnego musi w sposób najpełniejszy realizować wartości konstytucyjne. Takie działanie ma jednak charakter wyjątkowy. Sąd Najwyższy uznał, że odroczenie skutku derogacyjnego adresowane jest przede wszystkim do ustawodawcy, który zobowiązany jest do podjęcia natychmiastowych działań w kierunku uregulowania kolizji wartości konstytucyjnych. Sąd Najwyższy zaznaczył jednak, że ewentualne niezastosowanie przepisu uznanego za niekonstytucyjny musi być podyktowane okolicznościami danej sprawy. Jednocześnie nie neguje to obowiązywania tego przepisu w systemie prawnym.

Sąd Najwyższy zwrócił uwagę, że takie działanie jest tym bardziej zasadne, gdy weźmie się pod uwagę fakt, iż Trybunał Konstytucyjny nie został wyposażony w efektywne instrumenty ochrony konstytucyjnych praw i wolności jednostki.

Wobec powyższego Sąd Najwyższy stwierdził, że decyzja, czy należy zastosować art. 75 § 1 k.k. – w zakresie, w jakim przepis ten utracił domniemanie konstytucyjności – należy do sądu, który stanął przed koniecznością orzeczenia o zarządzeniu wykonania kary wobec skazanego. Wybór dokonany przez sąd musi każdorazowo uwzględniać ocenę, czy zastosowanie danego przepisu nie będzie prowadziło do naruszenia konstytucji w większym stopniu niż odstąpienie od jego zastosowania.

Postanowienie SN z dnia 17 kwietnia 2014 r., II KO 46/13

Nie można wreszcie uznać, aby były to dowody nowe w rozumieniu art. 540 § 1 pkt 2 k.p.k. Zmiana kształtu depozycji, z którymi stykał się sąd rozpoznający sprawę co do zasady nie może być uznana za *novum,* nie znane przedtem sądowi. Biorąc zaś pod uwagę zasadę samodzielności jurysdykcyjnej organów procesowych za nowy fakt nie może być także uznana odmienna ocena prawna tych samych faktów, przy czym zaznaczyć wypada, że ocena ta dokonywana była z innego niż wcześniej punktu widzenia, a więc z perspektywy możliwości przypisania winy innym osobom.

Powyższe postanowienie Sądu Najwyższego zostało wydane na skutek wniosku o wznowienie postępowania. Obrońca skazanego wniosła o wznowienie postępowania w części dotyczącej przypisanego skazanemu pomocnictwa do oszustwa i usiłowania pomocnictwa do oszustwa. Wniosek został oparty na podstawie określonej w art. 540 § 1 pkt 2a, tj. twierdzeniu, że ujawniły się nowe fakty lub dowody nieznane przedtem sądowi, wskazujące na to, iż skazany nie popełnił czynu albo jego czyn nie stanowił przestępstwa lub nie podlegał karze. Jako okoliczność mającą przemawiać za wznowieniem postępowania obrońca wskazała umorzenie postępowania przygotowawczego wobec podejrzanych o dokonanie przestępstwa głównego.

Sąd Najwyższy w pierwszej kolejności stwierdził, że z punktu widzenia chronologicznego postanowienie o umorzeniu śledztwa stanowi nowy dowód w rozumieniu art. 540 § 1 pkt 2a k.p.k. Jednocześnie zaznaczył, że dowód taki musi wskazywać na wystąpienie okoliczności, o których mowa w tym przepisie. Innymi słowy, z tego dowodu musi wynikać duże prawdopodobieństwo, że w wyniku wznowienia postępowania zapadnie orzeczenie odmienne od poprzedniego.

W dalszych rozważaniach SN podkreślił, że z uwagi na zasadę samodzielności jurysdykcyjnej organów procesowych, za nowy fakt nie może zostać uznana odmienna ocena prawna tych samych faktów. W ocenie Sądu Najwyższego zmiana kształtu depozycji, z którymi stykał się sąd rozpoznający sprawę, co do zasady nie może być uznana za *novum*, nieznane przedtem sądowi.

Sąd Najwyższy jednocześnie zaznaczył, że pomocnictwo jest osobnym przestępstwem, którego istota polega na ułatwieniu popełnienia przez inną osobę czynu zabronionego. Sens tego przestępczego zachowania realizowany jest z chwilą działania lub zaniechania, które zgodnie z wyobrażeniem pomocnika uła-

twia popełnienie przestępstwa, a wyobrażenie to jest obiektywnie zasadne. W związku z powyższym Sąd Najwyższy uznał, że w przedmiotowej sprawie nie wystąpiły podstawy do wznowienia postępowania.

Wyrok SN z dnia 2 kwietnia 2014 r. V KK 344/13

I. Bezspornym jest, że opinie sporządzone na zlecenie oskarżonych nie mają waloru opinii biegłego, stanowią jednak dowód, który może służyć ocenie opinii biegłego sporządzonej w sprawie. Nie można jednak *a priori* z samego faktu, iż są to dokumenty o charakterze prywatnym, wywodzić ich niewiarygodności.

II. Trybunał Konstytucyjny i TSUE zachowują pełną odrębność jurysdykcyjną – zakresy ich jurysdykcji nie pokrywają się. Oznacza to, że stwierdzenie o braku niezgodności przepisu ustawy z Konstytucją nie ma żadnego *iunctum* z zagadnieniem zgodności tego samego przepisu ustawy z prawem Unii Europejskiej oraz z zagadnieniem konsekwencji ewentualnej niezgodności w tym zakresie. Inne są bowiem wzorce normatywne w kontroli zgodności, inna też rola obu Trybunałów (TSUE – jako zapewniającego jednolitość interpretacji i stosowania prawa Unii Europejskiej, Trybunał Konstytucyjny – jako „sądu ostatniego słowa", chroniącego polską „l'identité constitutionnelle".

III. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej nie jest właściwy do dokonywania wykładni lub stwierdzania, że przepisy prawa wewnętrznego państwa członkowskiego nie obowiązują, nawet jeśli prawo to zostało ustanowione celem wykonania przez to państwo zobowiązań unijnych. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej zajmuje się bowiem wykładnią prawa unijnego, a nie prawa krajowego.

Wyrok SN wydany został w związku z kasacją wniesioną przez urząd celny od wyroku sądu okręgowego, który zmieniając wyrok sądu rejonowego uniewinnił oskarżonych od popełnienia zarzucanych im czynów, polegających na urządzaniu gry na automacie do gier hazardowych APEX HFP 0717, pod pozorem gry na symulatorze, wbrew przepisom ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych, bez zezwolenia i w miejscu do tego nieprzeznaczonym, tj. czynu stanowiącego przestępstwo skarbowe z art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 9 § 3 k.k.s. Interesujące wydają się w szczególności rozważania SN w zakresie prawidłowości oceny zgromadzonego materiału dowodowego przez sąd odwoławczy oraz kwestia związania sądu polskiego orzeczeniem TSUE, stwierdzającym potencjalną możliwość nadania przepisowi charakteru technicznego.

Sąd Najwyższy, oceniając prawidłowość oceny zgromadzonego materiału dowodowego przez sąd odwoławczy, podkreślił, że sąd ten w oparciu o przedłożone przez oskarżonych „opinie specjalistyczne" – będące w rzeczy samej ekspertyzami prawniczymi (oczywiste jest, że prawnicy nie dysponują wiedzą specjalistyczną z zakresu funkcjonowania urządzeń technicznych) lub opiniami wydanymi na potrzeby zlecających-oskarżonych – których autorzy stwierdzali, że przedmiotowe automaty do gry nie mają charakteru automatów do gier losowych, uznał, że oskarżeni nie mieli świadomości popełnienia czynu zabronionego. Tymczasem w sprawie sporządzona była opinia biegłego, zgodnie z którą automat do gry miał charakter automatu do gry losowej. Sąd I instancji dokonał oceny tej opinii w uzasadnieniu wyroku. Bezsporne jest, że opinie sporządzone na zlecenie oskarżonych nie mają waloru opinii biegłego, stanowią jednak dowód, który może służyć ocenie opinii biegłego sporządzonej w sprawie. Nie można jednak *a priori* z samego faktu, iż są to dokumenty o charakterze prywatnym, wywodzić ich niewiarygodności. Zasadniczy problem polega jednak nie na tym, czy rzeczywiście automaty umożliwiały prowadzenie gry losowej, ale na tym, czy w związku z posiadaniem opinii, które negowały taki ich charakter, oskarżeni dopuścili się zarzucanego czynu w zamiarze bezpośrednim czy ewentualnym. Jest to tym bardziej istotne, że zdaniem sądu I instancji właśnie kompletowanie ekspertyz na zlecenie świadczy o tym, że oskarżony miał świadomość, jaki charakter posiadał przedmiotowy automat do gry. Świadczyć miało to wręcz o premedytacji oskarżo-

nego i o tym, że zaplanował on swój czyn.

Sąd odwoławczy, który nie miał bezpośredniego kontaktu z dowodem na rozprawie, te same okoliczności potraktował jako podstawę do odmiennej ich oceny. Świadczy o tym wywód na s. 6 uzasadnienia wyroku tego sądu, gdzie stwierdzono, że uznaje on wyjaśnienia oskarżonego za wiarygodne. W zaistniałej sytuacji tak diametralna zmiana oceny dowodów winna prowadzić do wyjaśnienia i wskazania, dlaczego ocena dokonana przez sąd I instancji była nieprawidłowa, w jakim zakresie wykraczała ona poza art. 7 k.p.k. W rozważaniach sądu odwoławczego tego typu rozważań zabrakło.

W zakresie problematyki „przepisu technicznego" SN zwrócił uwagę, że sąd odwoławczy zmienił wyrok sądu rejonowego i uniewinnił oskarżonych od zarzutu popełnienia przestępstwa z art. 107 § 1 k.k.s., odwołując się do wyroku TSUE z dnia 19 lipca 2012 r. w połączonych sprawach C-213, C-214/11, C-217/11, na skutek pytania prejudycjalnego wystosowanego przez Wojewódzki Sąd Administracyjny w Gdańsku, którego wywody uczynił kluczowymi, gdy idzie o ocenę sytuacji prawnokarnej oskarżonych w przedmiotowej sprawie. Zdaniem sądu odwoławczego w orzeczeniu tym został wyrażony pogląd, że przepisy krajowe, które mogą powodować ograniczenie prowadzenia gier na automatach o niskich wygranych poza kasynami i salonami gry, stanowią tzw. „przepisy techniczne", których projekt powinien być przekazany Komisji Europejskiej zgodnie z art. 8 ust. 1 dyrektywy 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 czerwca 1998 r., ostatnio zmienionej dyrektywą 2006/96/WE z dnia 20 listopada 2006 r., ustanawiającej procedurę udzielania informacji w dziedzinie norm i przepisów technicznych oraz zasady dotyczące usług społeczeństwa informacyjnego. Ustalenie tej okoliczności należy do sądów krajowych. Skoro zatem – jak stwierdził sąd odwoławczy w ocenianej sprawie – art. 14 ustawy o grach hazardowych nie był notyfikowany Komisji Europejskiej, to nie można go stosować. Dlatego zdaniem sądu odwoławczego oskarżonym nie można przypisać zarzucanego im czynu, gdyż ich zachowanie jest prawnie obojętne. Sąd II instancji, argumentując, odwołał się także do orzecznictwa Unii Europejskiej, w tym do wyroku TSUE z dnia 30 kwietnia 1996 r., w sprawie C-194/94 i zawartej tam tezy: „po pierwsze, poprzez nałożenie na Państwa Członkowskie dokładnego obowiązku informowania o projektach przepisów technicznych przed ich przyjęciem, postanowienia te są bezwarunkowe i wystarczająco szczegółowe pod względem ich treści. Po drugie, wykładnia dyrektywy, zgodnie z którą naruszenie obowiązku powiadomienia stanowi poważną wadę uniemożliwiającą stosowanie przedmiotowych przepisów technicznych w stosunku do jednostek, ma taki charakter, iż zapewnia skuteczność prewencyjnej kontroli wspólnotowej, którą przewiduje ta dyrektywa w celu zapewnienia swobodnego przepływu towarów będącego celem przyjęcia tej dyrektywy" (Lex 114703).

W świetle powyższego sąd odwoławczy doszedł do wniosku, że brak przedłożenia do notyfikacji Komisji Europejskiej przepisów cytowanej ustawy przez Rzeczpospolitą Polską powoduje, iż nie mogą one być stosowane przez sądy polskie jako niezgodne z prawem unijnym, co zaś uniemożliwia wyczerpanie normy z art. 107 § 1 k.k.s. z uwagi na jej blankietowość i odwołanie do ustawy o grach hazardowych.

Zdaniem Sądu Najwyższego z zaprezentowanym rozumowaniem sądu II instancji nie sposób się zgodzić, szczególnie w sytuacji, gdy jest wynikiem jedynie powierzchownego rozpoznania rozstrzyganego problemu prawnego. Również przy tej okazji poza uwagą sądu II instancji pozostały poglądy wyrażone w dotychczasowym orzecznictwie i literaturze przedmiotu. Sąd Najwyższy, rozstrzygając przedstawione mu zagadnienie prawne, stwierdził w postanowieniu z dnia 28 listopada 2013 r., I KZP 15/13, że: „Naruszenie wynikającego z dyrektywy 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 20 listopada 2006 r. (…) obowiązku notyfikacji przepisów technicznych ma charakter naruszenia trybu ustawodawczego, którego konstytucyjność może być badana wyłącznie w postępowaniu przed Trybunałem Konstytucyjnym. Jeżeli w konkretnym postępowaniu sąd dochodzi do wniosku, że doszło do takiej wadliwości trybu ustawodawczego, może nie sto-

sować tych przepisów tylko w ten sposób, że zawiesi prowadzone postępowanie, w którym miałyby one zostać zastosowane i skieruje stosowne pytanie prawne do Trybunału Konstytucyjnego. Jednak do czasu zainicjowania tej kontroli lub podjęcia przez Trybunał Konstytucyjny stosownego rozstrzygnięcia, brak jest podstaw do odmowy stosowania przepisów ustawy o grach hazardowych, w tym jej art. 6. ust 1 i art. 14 ust. 1" (zob. również postanowienie SN z dnia 28 listopada 2013 r., I KZP 14/13).

Sąd Najwyższy zwrócił uwagę także na prezentowane w literaturze stanowisko (M. Górski, glosa do postanowienia Sądu Najwyższego w sprawie o sygn. I KZP 15/13, Lex 18853), zgodnie z którym zobligowanie sądu powszechnego, aby przed odmową zastosowania przepisu krajowego uznanego przezeń za sprzeczny z prawem Unii wystąpił on do TK o zbadanie zgodności z konstytucją przepisu ustawy ustanowionego z naruszeniem obowiązku notyfikacji przepisów technicznych, osłabia efektywność prawa Unii, z perspektywy zaś sądów polskich pozbawia je roli „sądów Unii", tzn. sądów odpowiedzialnych za zapewnienie pełnej skuteczności przepisom prawa UE. Polskie sądy nie tylko mogą, ale też są zobowiązane do samodzielnego stwierdzenia niezgodności krajowego przepisu z prawem UE, a w konsekwencji takiego stwierdzenia – do odmowy zastosowania przepisu naruszającego prawo Unii. To na tym właśnie polega ich centralna rola w systemie ochrony prawnej Unii Europejskiej.

Sąd Najwyższy odwołał się do wyroku TK z dnia 23 lipca 2013 r. w sprawie P 4/11 (Lex 1354523), w którym Trybunał Konstytucyjny podkreślił, że „ewentualna niezgodność ustawy hazardowej z prawem unijnym, zwłaszcza zaś niezgodność wynikająca z zaniedbań formalnoprawnych odpowiedzialnych polskich organów, nie wpływa automatycznie na ocenę zgodności treści zakwestionowanej przez pytający sąd regulacji z art. 135 ust. 2 u.g.h. z Konstytucją". Z tego stwierdzenia wynika bezspornie, że Trybunał Konstytucyjny i TSUE zachowują pełną odrębność jurysdykcyjną – zakresy ich jurysdykcji nie pokrywają się. Oznacza to, że stwierdzenie o braku niezgodności przepisu ustawy z konstytucją nie ma żadnego *iunctum* z zagadnieniem zgodności tego samego przepisu ustawy z prawem Unii Europejskiej oraz z zagadnieniem konsekwencji ewentualnej niezgodności w tym zakresie. Inne są bowiem wzorce normatywne w kontroli zgodności, inna też rola obu trybunałów (TSUE – jako zapewniającego jednolitość interpretacji i stosowania prawa Unii Europejskiej, Trybunału Konstytucyjnego – jako „sądu ostatniego słowa", chroniącego polską *l'identité constitutionnelle*, do której jakże trafnie odniósł się TK także w wyroku z dnia 16 listopada 2011 r. w sprawie SK 45/09). Wyrok Trybunału Konstytucyjnego w sprawie o sygn. P 4/11 stwierdza zatem, że kwestia ewentualnej niezgodności przepisu ustawy z prawem Unii, wynikająca z „zaniedbań formalnoprawnych" (a dokładniej: z naruszenia obowiązku notyfikacji) nie należy do materii kontrolowanej przez Trybunał Konstytucyjny, lecz do materii, której rozstrzygnięcie jest rzeczą sądu powszechnego, w razie wątpliwości odnoszących się do interpretacji prawa Unii – z pomocą Trybunału Sprawiedliwości, realizowaną w ramach procedury określonej w art. 267 TFUE.

Poza sporem jest, jak to już wyżej zaznaczono, że w orzeczeniu z dnia 19 lipca 2012 r. w połączonych sprawach C-213/11, C-214/11 i C-217/11 Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej stwierdził, iż „artykuł 1 pkt 11 dyrektywy 98/34AA/E Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 czerwca 1998 r. ustanawiającej procedurę udzielania informacji w dziedzinie norm i przepisów technicznych oraz zasady dotyczące usług społeczeństwa informacyjnego, ostatnio zmienionej dyrektywą Rady 2006/96/WE z dnia 20 listopada 2006 r., należy interpretować w ten sposób, że przepisy krajowe tego rodzaju jak przepisy ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych, które mogą powodować ograniczenie, a nawet stopniowe uniemożliwienie prowadzenia gier na automatach o niskich wygranych poza kasynami i salonami gry, stanowią potencjalnie »przepisy techniczne« w rozumieniu tego przepisu, w związku z czym ich projekt powinien zostać przekazany Komisji zgodnie z art. 8 ust. 1 wskazanej dyrektywy, w wypadku ustalenia, iż przepisy te wprowadzają warunki mogące mieć istotny wpływ na właściwości lub sprzedaż produktów. Do-

konanie tego ustalenia należy do sądu krajowego". Zauważyć jednak trzeba, iż stanowisko powyższe zostało wyrażone na tle konkretnych spraw, w których TSUE odnosił się do przepisów przejściowych i dostosowujących ustawę o grach hazardowych (art. 129 ust. 2, art. 135 ust. 2 i art. 138 ust. 1), a nie do przepisów zawartych w art. 14, czy też powiązanym z nim art. 6 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych. Sąd Najwyższy podkreślił, że z pisemnych motywów i tego orzeczenia wynika, że stwierdzenie charakteru „przepisów potencjalnie technicznych" TSUE odnosi do tych regulacji przejściowych, a nie całej ustawy, czy w szczególności jej art. 14 oraz art. 6. Co do rodzajowych ograniczeń, takich jak zawarte w art. 14 tej ustawy, Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, przywołując wcześniejsze swoje orzeczenie wydane w sprawie przeciwko państwu greckiemu, wskazał, że „przepisy zakazujące prowadzenia gier elektrycznych, elektromechanicznych i elektronicznych w jakichkolwiek miejscach publicznych i prywatnych z wyjątkiem kasyn należy uznać za przepisy techniczne w rozumieniu art. 1 pkt 11 dyrektywy 98/34". Faktem też jest, iż TSUE w kilku sprawach, w których pojawiła się kwestia niedopełnienia wynikającego z dyrektyw obowiązku notyfikacji Komisji Europejskiej projektów krajowych regulacji prawnych, wyrażał pogląd, że konsekwencją naruszenia tego obowiązku powinno być niestosowanie nienotyfikowanej regulacji prawnej przez organy krajowe, w szczególności przez sądy (por. wyroki: z dnia 9 czerwca 2011 r., C-361/10, z dnia 15 kwietnia 2010 r., C-433/05, z dnia 8 września 2005 r., C-303/04, z dnia 30 kwietnia 1996 r., C-194/94, z dnia 6 czerwca 2002 r., C-159/00, z dnia 8 września 2005 r., C-303/04).

Jednakże, jak zauważył Sąd Najwyższy w uzasadnieniu postanowienia z dnia 28 listopada 2013 r., I KZP 15/13, wyroki TSUE wiążą sądy krajowe w konkretnej sprawie rozpatrywanej przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, zaś powoływanie się na te wyroki w innych sprawach dokonuje się wyłącznie w drodze uznania mocy argumentów prezentowanych przez ten trybunał. Podkreślić przy tym należy, iż TSUE nie jest właściwy do dokonywania wykładni lub stwierdzania, że przepisy prawa wewnętrznego państwa członkowskiego nie obowiązują, nawet jeśli prawo to zostało ustanowione celem wykonania przez to państwo zobowiązań unijnych. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej zajmuje się bowiem wykładnią prawa unijnego, a nie prawa krajowego.

Z treści art. 267 traktatu o utworzeniu Wspólnoty Europejskiej jasno wynika, że do kompetencji Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej należy orzekanie w trybie prejudycjalnym o wykładni traktatów UE oraz o ważności i wykładni aktów przyjętych przez instytucje, organy lub jednostki organizacyjne Unii. A zatem wykładnia prawa krajowego należy do stosujących to prawo organów krajowych, w tym przypadku do sądów powszechnych (zob. wyrok SN z dnia 8 stycznia 2014 r., IV KK 183/13, Lex 1409532).