FORUM PRAWNICZE

NUMER 2 (46)
2018

Spis treści

ARTYKUŁY

ks. Franciszek Longchamps de Bérier

3 **Stałość a zmienność szczegółowych regulacji prawa spadkowego Niepodległej**

Paweł Łącki

25 **Zmiana znaczenia pojęcia małżeństwa w niemieckiej ustawie zasadniczej. O meandrach dynamicznej wykładni postanowień konstytucyjnych**

Filip Ciepły

42 **Oryginalizm interpretacyjny czy żyjące źródła prawa? Polityczny wymiar aktywizmu sędziowskiego**

Jakub M. Łukasiewicz

53 **Problemy praktyczne związane z instytucją pieczy naprzemiennej**

Łukasz Mirocha

65 **Polskie orzecznictwo w perspektywie wyroku w sprawie *Masterpiece Cakeshop***

Andrzej Paduch

78 **Niezdolność świadków do spostrzegania lub komunikowania spostrzeżeń w postępowaniu administracyjnym i w postępowaniu podatkowym**

GLOSA

Mariusz Zelek

96 **Glosa krytyczna do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 16 lutego 2017 r., sygn. I CSK 106/16**

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” – czasopismo naukowe Open Access 2017–2018. Zadanie finansowane w ramach umowy 572/P-DUN/2017 ze środków Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego przeznaczonych na działalność upowszechniającą naukę.

FORUM PRAWNICZE

Numer 2 (46) | 2018
Dwumiesięcznik
ISSN: 2081-688X

WSPÓŁWYDAWCY

Uniwersytet Jagielloński
ul. Gołębia 24
31-007 Kraków

Fundacja „Utriusque Iuris”
ul. Majdańska 7/74
04-088 Warszawa

RADA PROGRAMOWA

Przewodniczący: prof. Jerzy Stelmach – Uniwersytet Jagielloński
prof. Martin Avenarius – Uniwersytet w Kolonii (Niemcy)
prof. Bartosz Brożek – Uniwersytet Jagielloński
prof. Zbigniew Cieślak – Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego
prof. Tomasz Giaro – Uniwersytet Warszawski
prof. Joseph Hoffmann – Uniwersytet Indiany (USA)
prof. Sang Yong Kim – Uniwersytet Koreański (Korea Południowa)
prof. Małgorzata Korzycka – Uniwersytet Warszawski
prof. Jarosław Majewski – Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego
prof. Marek Michalski – Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego
prof. Artur Nowak-Far – Szkoła Główna Handlowa
prof. Aurelia Nowicka – Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu
prof. Jerzy Pisuliński – Uniwersytet Jagielloński
prof. Michał Romanowski – Uniwersytet Warszawski
prof. Grażyna Skąpska – Uniwersytet Jagielloński
prof. Andrzej Skoczylas – Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu
prof. Bogdan Szlachta – Uniwersytet Jagielloński
prof. Piotr Tuleja – Uniwersytet Jagielloński
prof. Daniil Tuzov – Uniwersytet Państwowy w St. Petersburgu
ks. prof. Krzysztof Warchałowski – Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego
prof. Paweł Wiliński – Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu

ZESPÓŁ REDAKCYJNY

Redaktor naczelny: prof. Wojciech Dajczak – Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu
Sekretarz redakcji: Patryk Walczak – Uniwersytet Jagielloński
Zastępcy sekretarza redakcji:
Emil Ratowski – Uniwersytet Warszawski
Kamil Ratowski – Uniwersytet Warszawski
Redaktorzy tematyczni:
ks. prof. Franciszek Longchamps de Bérier – historia i filozofia prawa – Uniwersytet Jagielloński
prof. UW dr hab. Michał Królikowski – prawo karne – Uniwersytet Warszawski
dr hab. Adam Szafrański – prawo administracyjne i konstytucyjne – Uniwersytet Warszawski
prof. UW dr hab. Leszek Bosek – prawo prywatne – Uniwersytet Warszawski
prof. UwB dr hab. Andrzej Sakowicz – prawo karne – Uniwersytet w Białymstoku
dr Grzegorz Blicharz – specjalista ds. finansowania, cyfryzacji i bibliometrii – Uniwersytet Jagielloński

OPRACOWANIE REDAKCYJNE

Redakcja językowa: Ewa Popielarz
Skład: Janusz Świnarski
Korekta streszczeń: Christopher Whyatt
Projekt graficzny: item:grafika

ADRES REDAKCJI

Fundacja „Utriusque Iuris”
ul. Majdańska 7/74
04-088 Warszawa
www.forumprawnicze.eu
redakcja@forumprawnicze.eu

Wersja papierowa „Forum Prawniczego” ma charakter pierwotny.

Nakład 100 egz.

Copyright © 2018 Uniwersytet Jagielloński

ks. Franciszek Longchamps de Bérier

Stałość a zmienność szczegółowych regulacji prawa spadkowego Niepodległej

ks. Franciszek Longchamps de Bérier

Profesor nauk prawnych, kierownik Katedry Prawa Rzymskiego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego, członek prezydium Komitetu Nauk Prawnych PAN oraz komisji prawnej Konferencji Episkopatów Unii Europejskiej (COMECE), należy do Wspólnego Komitetu Zarządzającego China–EU School of Law w China University of Political Science and Law w Pekinie.

f.lb@uj.edu.pl

https://orcid.org/0000-0002-1485-0976

Constancy and Changes of Succession Regulations in 100 Years of Poland's Independence

The paper presents an evolution of the law of succession in Poland since 1918. Five specific areas of regulation are examined: entitlement to succession, acquisition of the inheritance, intestate succession, legitim and reserved portion, and liability for inheritance debts. The constancy of succession regulations was not obvious as there were five jurisdictions in private law 100 years ago in Poland. The unification of 1946 and the codification of 1964 kept what Polish legal practice and doctrine accepted from the European tradition of private law. The tradition based on Roman law was not recognized in Poland before it was partitioned in 1795. Roman law appeared in Poland with the code of Napoleon brought by his armies to the Duchy of Warsaw in 1808, and with codes of Austria, Russia and Germany. The three empires divided Poland between themselves for the long 19th century. After gaining independence in 1918, Poland accepted the European legal tradition of private law as its own. It happened not by one act, but by the silent acceptance of private law that remained in force after the partition. Changes of notions, values, institutions or regulations in the Polish law of succession were kept limited for the last 100 years, as the stability of private law was guaranteed by the acceptance of Roman legal tradition.

Słowa kluczowe: prawo spadkowe, dziedziczenie, ewolucja prawa, powołanie do spadku, nabycie spadku, dziedziczenie ustawowe, zachowek, rezerwa, odpowiedzialność za długi spadkowe

Key words: law of succession, inheritance, evolution of law, entitlement to succession, acquisition of the inheritance, intestate succession, legitim and reserved portion, liability for the inheritance debts

Zabory Polakom niedobrze się kojarzą, a jednak przyniosły na nasze ziemie prawo rzymskie. Nigdy nie należało ono do historii polskiego prawa. Nawet w nauczaniu uniwersyteckim bardziej o prawie rzymskim marzono, niż zeń korzystano. Do 1795 r. miało szansę u nas oddziaływać jedynie przez prawo kanoniczne oraz łacińskość kultury. Utrata suwerennego państwa dała prawu

rzymskiemu okazję gładkiego wkroczenia na nasze ojczyste ziemie: najpierw z armią Napoleona, potem z zaborcami, którzy tworzyli własne kodyfikacje. Czy miało szansę się w Polsce zakorzenić i zostać przyjęte jako własne? Nadzieję na korzystanie z tradycji prawa rzymskiego dawała zawsze w formowaniu się prawodawstw przekonująca siła jego racjonalności oraz użyteczności rozwiązań i instytucji. Czy stało się polską tradycją prawną? O tym mógł zdecydować świadomy wybór Niepodległej. Nie wystarczyłyby decyzje co do przedmiotu nauczania na studiach prawniczych. Liczy się prawo w praktyce obrotu. I nie tylko w momencie odzyskania wolności, lecz w całym historycznym rozwoju prawa. Sto burzliwych lat wydaje się czasem wystarczającym, aby to stwierdzić.

Wiek XIX, czyli stulecie, które na ziemiach polskich zaszczepiło prawo rzymskie, mocno akcentował postulat stałości prawa. Czy był on spełniany w latach dzielących nas dziś od chwili odzyskania niepodległości? Czy spuścizna prawa rzymskiego służyła jego realizacji w prawie polskim? Dziś postulat pewności brzmi nie mniej mocno – wobec szalejącej inflacji norm oraz prześcigania się w prawotwórczej działalności przez parlamenty i sądy. Dezorientację w tym, co tak naprawdę obowiązuje, pogłębia jeszcze postępujące zjawisko dekodyfikacji.

Odpowiedź na postawione pytania może nam przynieść praktyczne spojrzenie na ewolucję gałęzi prawa prywatnego, która szczególnie mocno odzwierciedla tradycje i dorobek, wierzenia oraz obyczaje, zależy od poglądów, a przede wszystkim od przyzwyczajeń prawnych danego społeczeństwa. Jest nią prawo spadkowe. I zamiast rozpoczynać w jego badaniu od kwestii ogólnych czy teoretycznych, lepiej spojrzeć na zmiany konkretnych regulacji, aby było wiadomo, w jakich granicach utrzymują się rozwiązania społecznie przyjmowane i sprawdzone w obrocie prawnym. Ułatwia to zakreślać pole działań ustawodawcy zmierzających do unifikacji, kodyfikacji czy ewentualnej rekodyfikacji. Czy pozwoli także przewidywać prawo przyszłości?

Przedkładana praca nie ma spełniać funkcji jubileuszowej akademii ku czci Niepodległej ani zbierać wszystkiego, co przez sto lat zdarzyło się w polskim prawie spadkowym. Nie aspirując do wyłączności, a chcąc przeprowadzić swój dyskurs, autor powoływać będzie tylko opracowania bezpośrednio związane z prowadzonym wywodem. W epoce powszechnej dostępności baz danych nie ma większego sensu bibliograficzna buchalteria czy przeklejanie w przypisach zestawień literatury z wielotomowych systemów prawa. Trzeba natomiast wskazać metody, które pozwolą opisać i ocenić stałość bądź zmiany prawa prywatnego. Wszystko po to, by zarysowywane dzieje prawa dawały współczesnym prawnikom jego praktyczną historię. Celowi temu służy poszerzenie obszaru doświadczenia prawniczego poprzez umiejętne łączenie w analizach argumentów charakterystycznych nie tylko dla dogmatyki, lecz również komparatystyki. Prawo dlatego warto uprawiać historycznie, aby w zdobywaniu tego doświadczenia nie poprzestać na zestawieniach synchronicznych, czyli takich, które abstrahują od różnicy epok. Służą jedynie dogmatycznemu przedstawieniu porównania. Właściwe dla praktycznej historii prawa jest ujęcie diachroniczne, gdyż pokazuje przemiany konstrukcji w rozmaitych jurysdykcjach na różnych etapach rozwoju i dziejów. Sto lat prawa prywatnego w Niepodległej stwarza wystarczająco szeroki kontekst

Właściwe dla praktycznej historii prawa jest ujęcie diachroniczne, gdyż pokazuje przemiany konstrukcji w rozmaitych jurysdykcjach na różnych etapach rozwoju i dziejów.

historyczny, a i prawnoporównaczy, skoro po roku 1918 istniało w Polsce aż pięć jurysdykcji prawa prywatnego. Od razu też podejmowano prace unifikacyjne.

W skutecznej analizie różniących się od siebie regulacji spadkowych zawsze pomaga czytelna siatka pojęciowa, jaka ukształtowała się w prawie rzymskim. Prawda, że na ziemie polskie dotarło nie prawo Kwirytów, lecz kodyfikacje niosące w sobie tradycję europejskiego prawa prywatnego. Rzymska siatka pojęciowa jest wszelako uniwersalna jako język mówienia zwłaszcza o prawie spadkowym, tak bogatym w Rzymie. Pozwoli też autorytatywnie odpowiedzieć na pytanie o przyjęcie wskazanej tradycji za własną przez porozbiorową Polskę kolejnego stulecia jej niełatwych dziejów.

Twierdzenie, że „nikt nie może pozostawić części majątku w testamencie, a części beztestamentowo", wyrażało zasadę konstrukcyjną, głoszącą istnienie dwóch sposobów powołania do spadku, a nadto potwierdzającą dopuszczalność oraz swobodę modyfikowania porządku ustawowego wolą spadkodawcy.

1. Powołanie do spadku

Polskie prawo spadkowe ostatnich stu lat zawsze przewidywało powołanie do spadku na podstawie testamentu lub z ustawy. Prawo województw południowych oraz zachodnich pozwalało nadto na powołanie przez kontrakt dziedziczenia (§§ 533–534, 602 i 1251 ABGB, §§ 2274–2300 BGB), tak charakterystyczne dla germańskiej tradycji prawa prywatnego. Osoba fizyczna mogła być spadkodawcą, jeśli w zawartej umowie poczyniła rozrządzenia w postaci ustanowienia spadkobiercy lub sporządzenia zapisów. W porozbiorowym prawie niemieckim drugą stroną umowy mogła być nie tylko osoba fizyczna, lecz również prawna. W austriackim prawie porozbiorowym kontrakt dziedziczenia dopuszczano tylko między małżonkami albo narzeczonymi, choć w przypadku tych ostatnich oczywiście pod warunkiem, że zawarli później ważne małżeństwo. Warto zauważyć, że umowa spadkowa – nie ograniczając prawa spadkodawcy do rozporządzania majątkiem między żyjącymi – okazywała się w istocie najsilniejszym, najbardziej stabilnym tytułem dziedziczenia. Rozrządzenie bowiem ważnie spadkiem za jej pomocą powodowało, że spadkodawca nie mógł już sporządzić skutecznego testamentu.

Polskie prawo spadkowe po 1918 r. dopuszczało powołanie do spadku testamentowo i beztestamentowo – obok siebie, a więc po tej samej osobie. Podobnie jak inne współczesne prawa spadkowe prawo obowiązujące w Polsce programowo nie respektowało rzymskiej zasady *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest*. Zresztą zasady tej prawo rzymskie ściśle trzymało się tylko do schyłku republiki. Nieliczne wyjątki z tamtych czasów istotnie rozszerzyło w II w. dopuszczenie obciążania uniwersalnymi zapisami powierniczymi także dziedziców beztestamentowych[1]. Odtąd twierdzenie, że „nikt nie może pozostawić części majątku w testamencie, a części beztestamentowo", wyrażało jedynie zasadę konstrukcyjną, głoszącą istnienie dwóch sposobów powołania do spadku, a nadto potwierdzającą do-

1 D. 35,2,18 pr. Paulus ks. 11 „Kwestii".

puszczalność oraz swobodę modyfikowania porządku ustawowego wolą spadkodawcy.

Prawo porozbiorowych dzielnic dopuszczało ustanowienie spadkobiercy pod warunkiem lub z dodaniem terminu. Również do innych rozrządzeń pozwalało dodawać terminy czy zostawiać je pod warunkiem. Tak na przykład, jeśli dziedzic został powołany do spadku pod warunkiem zawieszającym dodatnim, spadek stawał się dla niego otwarty dopiero z chwilą spełnienia warunku (art. 1040 i 1041 k.N., §§ 703 i 545 ABGB, §§ 2074, 2139 i 2177 BGB).

W tym kontekście trudno nie zadać pytania o obowiązywanie – znanej z rzymskiej siatki pojęciowej – zasady *semel heres semper heres*. Głosi ona, że „kto raz został spadkobiercą, jest nim na zawsze", co w starożytności miało, podobnie jak w przypadku *nemo pro parte testatus*, charakter konstrukcyjny i wyrażało zakaz odbierania tego, co nabyto dzięki cudzym rozrządzeniom na wypadek śmierci. Z otrzymanego tą drogą majątku spadkobiercy, legatariusze bądź fideikomisariusze mogli robić użytek wedle własnej woli. Dla gwarantowania im tej swobody substytucje utrzymywano w ścisłych granicach dogmatycznych. Spadkodawca cieszył się swobodą testowania, natomiast po jego śmierci – symetrycznie – powołani do spadku, ale też zapisobiercy, cieszyli się pełną wolnością w decydowaniu o przyjęciu albo odrzuceniu jego rozrządzeń na ich rzecz. Prawda, że cała tradycja przejęta z prawa rzymskiego przewidywała odstępstwa od zasady *semel heres semper heres*. Zasada ta nie krępowała spadkodawców, którzy byli żołnierzami, a i w życiu cywilnym często dochodziło do jej łamania. Główną potrzebą okazało się w starożytności pogodzenie jej z praktyką dołączania przez testatorów warunków lub terminów do rozrządzeń, zwłaszcza w przypadku niezwykle popularnych fideikomisów, czyli zapisów powierniczych. Rzymski prawodawca starał się formalnie zasady nie naruszać, ale chętnie otwierał spadkodawcom nowe możliwości wpływania na losy własnego majątku na długo po swej śmierci. Cała ta kwestia znajduje i dziś swoje odbicie w sporze wokół dopuszczalności albo niedopuszczalności rozrządzeń pod warunkiem lub z terminem.

W 1946 r. dekret o prawie spadkowym dowiódł jednoznacznej niechęci ustawodawcy do substytucji fideikomisarnej. Niechęć ta nie była bezprecedensowa, skoro kodeks Napoleona po prostu zakazywał wszelkich podstawień (art. 896 k.N., inaczej art. 105 pr.spadk.)[2]. W dekrecie art. 104 § 2 uznał za nieważne rozrządzenia, przez które spadkodawca zobowiązywałby spadkobiercę do zachowania i pozostawienia innym osobom przeznaczonego mu spadku. Podczas gdy takie rozrządzenie według kodeksu Napoleona byłoby w zasadzie całe nieważne, ustawodawca roku 1946 postanowił, że nieważność podstawienia powierniczego nie będzie pociągała za sobą – przy braku odmiennej woli spadkodawcy – nieważności samego ustanowienia dziedzica[3]. Reakcja doktryny była natychmiastowa. Fryderyk Zoll młodszy nie krył zdziwienia brzmieniem art. 104 § 1 pr.spadk. „Jest to przepis, którego *ratio legis* jest dla mnie niezrozumiała. We wszystkich znanych mi ustawodawstwach europejskich ustanowienie spadkobiercy pod warunkiem lub terminem jest w szerszym lub węższym zakresie dopuszczalne. Prawo rzymskie uważało za niedopuszczalny termin i warunki rozwiązujące przy ustanowieniu spadkobiercy, o ile by skutkiem tego miało ulec uchyleniu nabyte prawo dziedziczenia, a to w myśl zasady *semel heres, semper heres*. Jednakże warunki zawieszające były dopuszczalne; ponadto rozwój prawa cywilnego w ciągu wieków przezwyciężył zasadę *semel heres, semper heres*. Spadkodawca sporządza testament niejednokrotnie na wiele lat przed śmiercią i skutkiem tego nie ma szans przewidzieć wszystkich ewentualności, jakie mogą zajść od chwili sporządzenia testamentu do śmierci. Ustanowienie spadkobiercy pod warunkiem lub terminem nie jest przeważnie wypływem kaprysu spadkodawcy, lecz podyktowane jest chęcią najlepszego uregulowania spraw majątkowych na przypadek śmierci"[4]. Jak zatem wyglądały wcześniejsze regulacje w Polsce?

Prawo województw wschodnich II Rzeczypospolitej zwróciło się przeciwko substytucji fideikomisarnej. Majątek uzyskany przez pewną osobę na podstawie rozrządzenia *mortis causa* nie mógł ulegać woli spad-

2 Por. F. Zoll, A. Szpunar, *Prawo cywilne w zarysie*, t. 4: *Prawo familijne i spadkowe*, Kraków 1948, s. 77.

3 Tamże, s. 80. Rozwiązania, jakie miał do wyboru ustawodawca, przedstawił J. Gwiazdomorski, *Prawo spadkowe*, Warszawa 1959, s. 338–339.

4 F. Zoll, A. Szpunar, *Prawo cywilne…*, dz. cyt., s. 186–187.

kodawcy, czyli pierwszego właściciela (art. 1011 Zwodu praw) ani co do sposobu rozporządzania nim, ani co do dalszego przejścia prawa własności[5]. Rozwiązanie to przyjęto najwyraźniej pod wpływem regulacji francuskich. Inaczej zgoła było w województwach zachodnich i południowych.

W prawie austriackim ustawodawca dozwalał posługiwać się powiernictwem. Przewidywał zarówno zapis powierniczy tego, co ze spadku pozostało dziedzicowi, a więc *fideicommissum eius quod supererit*, jak i fideikomisy familijne. Prawo austriackie nie stawiało przy tym ograniczeń co do liczby kolejnych dziedziców powierniczych, z wyjątkiem wymogu rzymskiego prawa klasycznego, aby żyli oni w chwili otwarcia spadku. W stosunku do osób, które jeszcze się nie urodziły, podstawienie względem nieruchomości mogło się rozciągać do stopnia pierwszego, zaś względem sum pieniężnych i innych rzeczy ruchomych – aż do drugiego stopnia. Austriacki kodeks cywilny dopuszczał nawet milczące podstawienie. Mówiono o takim ustanowieniu w sytuacji, w której spadkodawca zakazywałby dziedzicowi dysponować w testamencie otrzymanym spadkiem (§§ 608–646 i 652 ABGB).

W zaborze pruskim prawo traktowało fideikomisy bardzo przychylnie (§§ 2100–2146 BGB). Kodeks cywilny niemiecki zawierał konstrukcję *Nacherbenrecht*, zgodnie z którą spadkodawca mógł ustanowić dziedzica w ten sposób, że ten będzie spadkobiercą jako pierwszy, po nim zaś ktoś inny będzie dziedzicem (*Nacherbe*).

5 F. Bossowski, *Spadkowe prawo. B. Województwa Wschodnie* (w:) F. Zoll, J. Wasilkowski (red.), *Encyklopedja podręczna prawa prywatnego*, t. 4, Warszawa 1937, s. 2182.

Ustawodawstwo zaborcze nakładało się na rodzimą praktykę ustanawiania w Polsce ordynacji, których liczba rosła w ciągu XIX w. W roku 1918 było ich 39 – najwięcej na ziemiach dawnego zaboru pruskiego, mniej w Galicji oraz w dawnym zaborze rosyjskim[6]. Franciszek Bossowski pisał: „ta sama instytucja prawna ordynacyj rodowych, w każdem z czterech prawodawstw dzielnicowych obowiązujących na Ziemiach Polski, wciśnięta jest w ramy odmiennych konstrukcyj prawnych, co utrudnia sprowadzenie tych przepisów do wspólnego mianownika”[7]. W istocie regulacje okresu międzywojennego umożliwiały utrzymywanie istniejących ordynacji, ale bez prawa do zakładania nowych. W porozbiorowym prawie pruskim i austriackim pozostała jeszcze dawna koncepcja własności podzielonej, co powodowało, że ordynata uważano za podmiot własności użytkowej, a własność zwierzchnią rezerwowano pozostałym członkom rodu. Ród uznawały za osobę prawną regulacje pruskie, ale już nie austriackie. W prawie rosyjskim ordynat był właścicielem dóbr należących do ordynacji, co wynikało tam głównie ze zbliżenia ordynacji do instytucji majątku rodowego. O tym, na kogo ona przechodziła, decydował status fundacyjny ordynacji. On też ograniczał możliwości dysponowania nieruchomościami

> **„We wszystkich znanych mi ustawodawstwach europejskich ustanowienie spadkobiercy pod warunkiem lub terminem jest w szerszym lub węższym zakresie dopuszczalne”.**

6 T. Zielińska, *s.v. ordynacje rodowe* (w:) A. Mączak (red.), *Encyklopedia historii gospodarczej Polski do 1945 roku*, t. 2, Warszawa 1981, s. 19–20; M. Kozaczka, *Gospodarka ordynacji rodowych w Polsce 1918–1939*, Rzeszów 1996, s. 25–26.

7 F. Bossowski, *Ordynacje rodowe (fideikomisy familijne, powiernictwa rodowe, majoraty w najobszerniejszem tego słowa znaczeniu). Majątki rodowe* (w:) *Encyklopedja podręczna…*, t. 2, Warszawa 1936, s. 1229.

i ich obciążania. Ograniczenia te wynikały rzecz jasna z obowiązku zachowania substancji ordynacji: wszystko po to, aby kolejnym właścicielem stawał się następny ordynat. Kto zaś nim będzie, znowu wyznaczał status fundacyjny ordynacji.

W polskim prawie nie chciano przyjąć koncepcji własności czasowej, co o tyle nie dziwi, że była też obca prawu rzymskiemu. Trzeba wszelako pamiętać, że ustanowienie ordynacji nie czyniło każdorazowego ordynata czasowym zarządcą ani nie ograniczało jego pozycji do zwykłego posiadacza. Ustanowienie pochodziło od fundatora i treść ustanowienia decydowała o objęciu ordynacji przez kolejnego ordynata bez udziału poprzedniego ordynata. Każdy jednak z ordynatów był właścicielem i jako taki, będąc uprawnionym na mocy porządku przewidzianego w ufundowaniu ordynacji, mógł żądać po śmierci poprzedniego ordynata wydania mu dóbr ordynackich przez osoby trzecie. Należy uznać, że w praktyce prawo II Rzeczypospolitej patrzyło przychylnie na podstawienia powiernicze. Pozostało wierne tradycji dawnego prawa polskiego, skoro dopiero w przededniu wojny powiodły się próby likwidacji ordynacji, a i tak tylko w wąskim zakresie. Ustawa z dnia 13 lipca 1939 r. o znoszeniu ordynacyj rodowych[8] pozwoliła dokonywać likwidacji ordynacji, ale jedynie na wniosek posiadacza ordynacji lub wojewody tego województwa, na którego obszarze znajdowała się ordynacja. W obu przypadkach wymagano uprzedniej zgody Rady Ministrów. Kres istnienia przyniósł ordynacjom dopiero dekret PKWN z dnia 6 września 1944 r. o przeprowadzeniu reformy rolnej (art. 2 pkt. 1 ust. e)[9]. Wolno uznać go za unifikacyjny w tym zakresie, że – biorąc pod uwagę naturę tak fideikomisu, jak i samej ordynacji – za właściciela nieruchomości, wchodzących w skład ordynacji w momencie likwidacji, trzeba uznać ordynata i jego spadkobierców, a nie cały ród, z którego pochodzili dotąd kolejni ordynaci.

W kodeksie cywilnym z 1964 r. dokonano modyfikacji unormowań dekretu z 1946 r. Zakazując podstawień powierniczych, kodeks przewiduje, że będą wywierać skutek podstawień zwykłych (art. 964 k.c.). Kodyfikatorzy zrezygnowali więc z sankcji nieważności na rzecz konwersji substytucji fideikomisarnej w podstawienie zwykłe. Ustawodawca pozostał przy tej sankcji tylko wtedy, gdy z treści testamentu lub z okoliczności wynikałoby, że bez podstawienia powierniczego spadkobierca nie zostałby powołany. Wrogie substytucji fideikomisarnej stanowisko dekretu z 1946 r. zostało tedy nieco złagodzone. W istocie jednak regulacja kodeksowa pozostała ukłonem nie tyle w stronę podstawień powierniczych, co w stronę wysiłków interpretacyjnych, skierowanych na okazanie szacunku dyspozycjom testatora. Mieściła się zatem w nurcie działań, podejmowanych dla możliwie wiernego wypełnienia woli zmarłego przez utrzymanie w mocy rozrządzeń *mortis causa* tak, aby udawało się osiągać skutki przynajmniej podobne do zamierzonych przez spadkodawcę[10]. Sankcję nieważności przewidziano natomiast dla powołania z zastrzeżeniem warunku lub terminu (art. 962 k.c., poprzednio art. 104 § 1 pr.spadk.).

Na koniec przeglądu dawniejszych i obowiązujących polskich regulacji w zakresie powołania do spadku trudno powstrzymać się przed poczynieniem ogólniejszej uwagi. Rodzi się ona w kontekście zmian w księdze czwartej kodeksu cywilnego od 2009 r. oraz interpretacji Sądu Najwyższego, który za dopuszczalne uznał już to darowiznę na wypadek śmierci, już to zapis alternatywny[11]. Skoro rzymska zasada *semel heres semper heres* została przełamana, a europejska tradycja prawna dopuszcza dołączanie do rozrządzeń warunków i terminów, kontekst historyczny oraz prawnoporównawczy pozwala prognozować, że nie bezzasadnie wolno spodziewać się w najbliższym czasie powrotu regulacji czy choćby na początek pojedynczych rozwiązań, dopuszczających rozrządzenia pod warunkiem lub z dołączeniem terminu.

2. Nabycie spadku

Ogólne warunki dziedziczenia wyglądały podobnie w prawach województw zachodnich, centralnych i wschodnich. Nabycie spadku następowało *ipso iure*, a więc z reguły z momentem otwarcia spadku na skutek śmierci spadkodawcy. Prawda, że nieco inaczej

8 Dz.U. 1939, nr 63, poz. 417.

9 Dz.U. 1944, nr 4, poz. 17.

10 Por. F. Longchamps de Bérier, *Podstawienie powiernicze*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego" 1999, z. 2, s. 323–340.

11 III CZP 79/13; III CZP 70/14.

przeprowadzano tę podstawową zasadę w tradycji romańskiej, nieco inaczej w germańskiej. Nabycie z mocy prawa przejął dekret z 1946 r. oraz kodeks cywilny. Odmiennie sprawa się miała pod rządami prawa austriackiego w województwach południowych, o czym w kolejnym akapicie. Zawsze jednak spadkobierca musiał być ważnie powołany, musiał żyć i być zdolny do dziedziczenia w chwili otwarcia spadku. I jak podawał dekret Prawo spadkowe, spadkobierca nabywał spadek z mocy samego prawa z chwilą śmierci spadkodawcy, a więc z chwilą otwarcia spadku, choć nabycie miało charakter prowizoryczny. Spadkobierca mógł spadek odrzucić, a wtedy powstawała sytuacja taka, jak gdyby nie żył w chwili otwarcia spadku.

W prawie austriackim przyjmowano konstrukcję dekretu dziedzictwa. Nawiązywała ona do rzymskiej tradycji prawnej sięgającej czasów republiki, w której wypracowano koncepcję spadku leżącego (*hereditas iacens*). ABGB jej samej nie przejął ani nie traktował nieobjętej masy spadkowej jako osobę prawną. Wymagał natomiast, aby dziedzic złożył deklarację co do spadku, czyli wyraźnie oświadczył wobec sądu – ustnie bądź pisemnie – że spadek przyjmuje (§ 799 i nast. ABGB). Powinien przy tym oznaczyć, na podstawie jakiego tytułu się wypowiada, oraz wskazać, czy chce skorzystać z dobrodziejstwa inwentarza. Po zbadaniu sprawy sąd wydawał dekret dziedzictwa, w którym przyznawał spadek dziedzicowi (§ 797 i 819 ABGB). W momencie wydania dekretu spadek przestawał istnieć, a dziedzic wchodził w pozycję podmiotu praw i obowiązków należących do spadku. Działo się to – zdaniem Stanisława Wróblewskiego – z mocą wsteczną, co w praktyce oznaczało, że dziedzic już od razu nabywał spadek z mocy prawa, lecz tylko prawa i obowiązki zyskiwały skuteczność wobec osób trzecich wtedy, gdy sąd uznał uprawnienie do dziedziczenia[12].

Spadkobierca nabywał prawa i przejmował wszystkie zobowiązania oczywiście od chwili śmierci spadkodawcy. Natomiast zanim nastąpiło przyznanie spadku, sąd z urzędu brał pod swój nadzór i zarząd spadek już od chwili śmierci spadkodawcy. Działalność sądu i stron, mającą na celu, po pierwsze, wykonywanie tej opiekuńczej władzy nad spadkiem, po drugie zaś, doprowadzenie do przyznania spadku dziedzicowi, nazywano postępowaniem spadkowym lub pertraktacją spadku. Dziedzicowi, który nie postarał się o dekret dziedzictwa, bo wystarczało mu samo korzystanie z majątku po zmarłym, groziło, że kto inny zgłosi prawa do spadku i uzyska taki dekret. A wówczas ten inny podmiot z mocy prawa uchodziłby za dziedzica również wobec dziedzica rzeczywistego. Mógł więc ten ostatni utracić wszelkie faktyczne korzyści z sukcesji, jakimi się cieszył w momencie, gdy postanawiał nie zgłaszać się do sądu po dekret[13]. Dodajmy jeszcze, że bez formalnego przyjęcia spadku i bez dekretu dziedzictwa zostawał dziedzicem tylko ten, kto w drodze procesu o spadek – odpowiadającego przeprowadzeniu rzymskiej skargi rzeczowej o wydobycie całości spadku zwanej niegdyś *hereditatis*

W prawie austriackim przyjmowano konstrukcję dekretu dziedzictwa. Nawiązywała ona do rzymskiej tradycji prawnej sięgającej czasów republiki, w której wypracowano koncepcję spadku leżącego (*hereditas iacens*).

12 S. Wróblewski, *Komentarz do §§ 531–824 austryackiego kodeksu cywilnego (prawo spadkowe)*, Kraków 1904, s. 732.

13 Por. F. Zoll, *Prawo cywilne*, t. 4: *Prawo familijne i spadkowe*, wyd. 3, Poznań 1933, s. 185 i n.

petitio (§ 823 ABGB, por. § 2018 BGB) – odebrał go osobie, której został przyznany dekretem przez sąd w oparciu o nieważny tytuł.

Na gruncie dekretu o prawie spadkowym zauważano różnicę między przyjęciem jako zasady nabycia *ipso iure* (art. 32 pr.spadk.), a stwierdzeniem praw spadkobiercy. Do stwierdzenia tego dochodziło przez sąd (art. 45 pr.spadk.), co świadczyłoby o recypowaniu przedstawionej wyżej koncepcji S. Wróblewskiego, powstałej w oparciu o regulację ABGB. Takie połączenie wydaje się ciekawe i oryginalne, jeśli wziąć pod uwagę, że spadkobierca nabył już spadek z mocy prawa, ale na zewnątrz, wobec osób trzecich występował jako dziedzic dopiero od chwili uzyskania stwierdzenia swych praw przez sąd[14].

Drugi system znalazł zastosowanie w prawie austriackim i niemieckim. System rzymski został przyjęty także przez kodeks prawa kanonicznego z 1983 r.[15], gdzie do kolejnych klas zalicza się krewnych, których relacje należy ustalać przez jednego wspólnego przodka. Dochodzi do dziedziczenia według głów (*in capita*), a więc w częściach równych, oraz według szczepów (*in stirpes*), czyli przez reprezentację. W przypadku wstępnych prócz zasady, że bliżsi stopniem wypierają dalszych, teoretycznie możliwy jest jeszcze podział dziedziczenia według linii (*in lineas*), co po raz pierwszy zastosował cesarz Justynian w Noweli 118 z roku 543. Stopnie pokrewieństwa liczy się w myśl powiedzenia „ile urodzeń, tyle stopni" (*quot generationes tot gradus*). I tak na przykład kodeks Napoleona pierwotnie przewidywał dziedziczenie po krewnych aż do 12 stopnia włącznie. Współczesna francuska regulacja ogranicza ten krąg do szóstego stopnia pokrewieństwa.

Oczywiście zarówno dekret Prawo spadkowe z 1946 r., jak i kodeks cywilny w 1964 r. uznały bez wyjątków chwilę śmierci spadkodawcy za chwilę otwarcia spadku (art. 3 § 1 pr.spadk. i art. 924 k.c.).

3. Dziedziczenie ustawowe

Znana z siatki pojęciowej prawa rzymskiego zasada solidarności rodzinnej znajduje również współcześnie swój wyraz przede wszystkim w porządku dziedziczenia beztestamentowego. Dziedziczenie ustawowe krewnych w europejskiej tradycji prawnej i w historii polskiego prawa spadkowego występowało w dwóch systemach: rzymskim systemie klas i w germańskim systemie parentel. Pierwszy przyjęto w prawie województw wschodnich i w kodeksie Napoleona, na którym wzorował się dekret o prawie spadkowym, a następnie polski kodeks cywilny. Tak przynajmniej utrzymywało się do ostatniej zmiany z 2009 r., która rozszerzając krąg spadkobierców, upodobniła nieco prawo polskie do systemu parentel.

Parentela to krąg osób pochodzących od wspólnego przodka łącznie z nim samym. Krewni bliższej parenteli, czyli rzędu, wykluczają dalszych. Do pierwszej należy potomstwo spadkodawcy, do drugiej rodzice i ich potomstwo, do trzeciej dziadkowie i ich potomstwo, i tak dalej. Rzędów nie ograniczało prawo województw zachodnich. W województwach południowych przewidziano ograniczenie do rzędu czwartego włącznie.

Odchylenia i różnice w systemie przewidzianych przez ustawodawcę klas dziedziczenia sprowadzają się w poszczególnych dzielnicach zazwyczaj do ich liczby. Odnotować trzeba tu generalną tendencję zmniejsza-

14 F. Zoll, A. Szpunar, *Prawo cywilne…*, dz. cyt., s. 141–142.

15 *Acta Apostolicae Sedis*, *Commentarium Officiale*, nr 75, cz. 2.

nia tej liczby, co zresztą w perspektywie historycznej i prawnoporównawczej widać w kontynentalnej Europie ostatnich dwóch wieków. Dekret o prawie spadkowym silnie zacieśnił krąg spadkobierców ustawowych, ograniczając go do zstępnych, rodziców, rodzeństwa i ich zstępnych (art. 16 pr.spadk.). Podobnie działo się w Kodeksie cywilnym (art. 931–934 k.c. w pierwotnym brzmieniu, czyli przed zmianą z 2009 r.). Te rozwiązania zacieśniające krąg dziedziców ustawowych w powojennej Polsce wsparła generalna i tradycyjna niechęć komunistów do prawa spadkowego jako narzędzia akumulacji oraz przekazywania kapitału i pogłębiania nierówności społecznych (w projekcie z 1954 r. planowano w ogóle wyłączyć zstępnych rodzeństwa, choć potem w projekcie z 1955 r. do kręgu spadkobierców ustawowych reformatorzy gotowi byli zaliczyć dzieci rodzeństwa, ale już nie dalszych zstępnych). Niebezpieczny liberalizm węszono w Polsce Ludowej w preferencji dla dziedziczenia testamentowego, dlatego w socjalistycznym prawie spadkowym za ważniejsze uznawano dziedziczenie ustawowe, a i to możliwie wąsko zakrojone.

Niewielka zmiana kręgu dziedziców beztestamentowych pod rządami kodeksu cywilnego (art. 936 k.c.) wyniknęła z wprowadzenia przez kodeks rodzinny i opiekuńczy z 1964 r. instytucji przysposobienia pełnego, zresztą jako preferowanej formy adopcji (art. 121 k.r.o.). Inaczej bowiem wygląda krąg dziedziczenia ustawowego w przypadku przysposobienia pełnego, inaczej niepełnego (art. 124 k.r.o.)[16]. Natomiast do zasadniczego rozszerzenia kręgu spadkobierców ustawowych doszło dopiero w noweli z 2009 r., a więc już w III Rzeczpospolitej. Stało się tak przede wszystkim ze względu na dziadków spadkodawcy, których społeczeństwo chciało widzieć w kręgu spadkobierców ustawowych. I tak nowelizacja z roku 2009 pozwoliła odrzucić charakterystyczne dla dekretu z 1946 r. przekonanie, jakoby powołanie ustawowe nie znało wzajemności.

Z perspektywy historycznego porównania prawnego wypada odnotować, że w obu systemach rzymskim i germańskim pojawiają się ograniczenia w dziedziczeniu ustawowym. Systematycznie je likwidowano w biegu dziejów prawa, jak te wynikające z pochodzenia albo niepochodzenia dziecka z małżeństwa czy też z różnic stanowych bądź ograniczeń w dysponowaniu danymi rodzajami majątków. Rozmaicie też bywało kształtowane dziedziczenie po współmałżonku. Szeroko przewiduje je dekret z 1946 r. (art. 22–26 pr.spadk.), a kodeks cywilny nowelą z 2009 r. jeszcze wzmacnia pozycję małżonka (art. 931 k.c.). Dziadkowie już w kodeksie cywilnym – w porównaniu z regulacją dekretu – zyskali roszczenie o dostarczenie środków utrzymania przez spadkobierców ustawowych i testamentowych (art. 938 i 966 k.c.), ale wciąż nie byli powołani beztestamentowo po wnukach. Zmieniło się to, jak wspomniano, dopiero dzięki reformie roku 2009.

Gmina lub Skarb Państwa dwojako bywają powoływane do spadku[17], do którego nie doszli ani dziedzice ustawowi, ani testamentowi. Po pierwsze, ustawa może powołać gminę lub Skarb Państwa jako należących do ostatniego kręgów spadkobierców ustawowych. Tak przewidywał kodeks austriacki (§ 760

Niebezpieczny liberalizm węszono w Polsce Ludowej w preferencji dla dziedziczenia testamentowego, dlatego w socjalistycznym prawie spadkowym za ważniejsze uznawano dziedziczenie ustawowe.

16 Por. J. Gwiazdomorski, *Prawo spadkowe*…, dz. cyt., s. 18 i 254; tenże, *Prawo spadkowe w zarysie*, Warszawa 1967, s. 26 i 88.

17 J. Gwiazdomorski, *Prawo spadkowe*…, dz. cyt., s. 256.

ABGB), niemiecki (§ 1936 BGB) oraz dekret o prawie spadkowym (art. 27 pr.spadk.). Takoż stanowi kodeks cywilny (art. 935 k.c.). Po drugie, ze zwierzchnictwa jego *imperium* mogą wynikać prawa państwa dla obejmowania spadków bezdziedzicznych, a więc kaduków[18], jak od czasów rzymskiego cesarza Augusta zwykło się je określać. Objęcie to następowało po wprowadzeniu w posiadanie postanowieniem sądu okręgowego. Tak przewidywało prawo spadkowe województw centralnych (art. 539 i 768 k.N.) oraz wschodnich (art. 1167–1178 Zwodu praw). Skarb Państwa oraz spadek bezdziedziczny reprezentowała Prokuratoria Generalna, prowadząca także sprawy sądowe spadku oraz skierowane przeciwko spadkowi. Spadek bezdziedziczny był natomiast zwracany spadkobiercy, jeśli przed upływem trzydziestoletniego okresu przedawnienia udowodnił on swe prawa spadkowe i przyjął spadek. Spadek był wtedy zwracany po potrąceniu wszystkich kosztów, a także bez dochodów do daty żądania zwrotu[19].

4. Zachowek i rezerwa

Istotne różnice w regulacjach obowiązujących w Polsce do 31 grudnia 1946 r. dotyczyły kwestii zachowku, a dokładniej sposobów realizacji zasady solidarności, wyrażającej się w zabezpieczeniu członków rodziny spadkodawcy w razie, gdyby doszło do dziedziczenia na podstawie testamentu. W porozbiorowych prawach austriackim i niemieckim dokonywało się to w postaci zachowku, zaś w prawie byłego Królestwa Kongresowego przez rezerwę. Oba rozwiązania powoływały się na rzymską tradycję, choć w różnych aspektach i zakresie. W istocie zachowek (nazywany w Rzymie *portio debita* lub *pars legitima* – stąd termin legityma jako dawniejszy synonim zachowku) powstał u schyłku republiki rzymskiej jako tylko jedna z przesłanek pozwalających ubiegać się u pretora o skargę (*querela inofficiosi testamenti*), której skutkiem miało być częściowe albo całkowite obalenie testamentu. Sytuację zmieniła dopiero konstytucja cesarza Justyniana z 528 r., która pozwoliła występować o uzupełnienie zachowku skargą *actio ad supplendam legitimam*. Doprowadziło to do zasadniczej zmiany w rozumieniu zachowku jako tego, co najbliższej osobie powinno przypaść z majątku zmarłego. Zachowek stał się w istocie długiem spadkowym, który spadkobierca testamentowy był winien niektórym dziedzicom ustawowym.

Roszczenie o zachowek nie jest ściśle osobiste i przechodzi na spadkobierców uprawnionego. Dziedziców uprawnionych do zachowku określa się z rzymska mianem dziedziców koniecznych (*heredes necessarii*). W takiej postaci zachowek przejęły germańskie kodyfikacje XIX i XX w.: zarówno ABGB jako kodeks prawa natury, jak i znacznie późniejszy pandektystyczny BGB (§§ 762–766 ABGB, § 2303 BGB).

Przez prawie 600 lat rzymski zachowek wynosił jedną czwartą udziału beztestamentowego. Justynian postanowił zachowek zwiększyć w Noweli 18 z 536 r., a przy tym przyjąć różny ułamek dla poszczególnych grup spadkobierców ustawowych. W jego regulacji zróżnicowanie przewidziano tylko w zależności od liczby dzieci spadkodawcy. Normalnie więc zachowek przysługiwał u Justyniana w wysokości jednej trzeciej udziału beztestamentowego. Jednak gdy potomstwo było liczniejsze niż czworo, zwiększał się aż do jednej drugiej. Następnie takie właśnie ułamki chętnie przyjmowano w europejskich kodeksach. Chodziło głównie o bezwzględną wartość części spadku, jaka przypadłaby danemu dziecku: nie chciano pozwolić, aby należna każdemu kwota była bardzo niska przy liczniejszym potomstwie, gdyż nie zapewniałaby materialnych podstaw utrzymania. Współczesny ustawodawca ustala natomiast wysokość zachowku także w zależności od kręgu dziedziców beztestamentowych (§§ 765–766 ABGB) lub od osobistej sytuacji spadkobiercy beztestamentowego jako np. niezdolnego do pracy albo małoletniego (art. 991 k.c.).

Pomysł rezerwy, czyli ograniczenia swobody dysponowania majątkiem przez spadkodawcę do części rozrządzalnej, aby pozostawić dziedzicom koniecznym majątek spadkowy wprost na nich przechodzący, czerpie głównie z germańskiego przedkładania nad wolność testamentową niezakłóconego dziedziczenia przez rodzinę. Koncepcja rezerwy znalazła najpierw wyraz w regulacjach Napoleona (art. 913, 919 k.N.),

18 G. Blicharz, *Udział państwa w spadku. Rzymska myśl prawna w perspektywie prawnoporównawczej*, Kraków–Bielsko-Biała 2016, s. 263 i nn.

19 E. Barwiński, *Spadkowe prawo. D. Województwa środkowe* (w:) F. Zoll, J. Wasilkowski (red.), *Encyklopedja podręczna prawa prywatnego*, t. 4, dz. cyt., s. 2282.

po czym została przeniesiona do prawa krajów, które przyjęły jego kodyfikację, jak Belgia czy Luxemburg. Tak uczyniły również Włochy w swym pierwszym kodeksie cywilnym z 1865 r. Twórcy nowego włoskiego kodeksu cywilnego z roku 1942 pozostawali pod znacznym wpływem BGB oraz pod ogromnym urokiem niemieckiej myśli prawniczej. Wszelako utrzymali w swej kodyfikacji system rezerwy (art. 536–540 *codice civile*), co potwierdziło jej praktyczną przydatność i stało się dowodem społecznej dla niej od lat akceptacji we Włoszech.

W istocie rezerwa sprowadzała wolność testowania do dysponowania tylko częścią majątku, zazwyczaj mniejszą niż połowa. Większość zarezerwowana była dla najbliższych *héritiers réservataires* i przechodziła na nich w naturze. Rozrządzenia przekraczające *la portion disponible*, czyli część rozrządzalną, podlegały redukcji, aby *réservataires* mogli otrzymać swą nienaruszoną rezerwę.

jedną drugą spadku, gdy byli wstępni w obu liniach: ojczystej i macierzystej; odpowiednio trzy czwarte, gdy żyli wstępni tylko jednej linii, a do „zachowku" uprawnieni byli wyłącznie wstępni. Dziecko nieślubne miało prawo do połowy wysokości swego udziału ustawowego; podobnie małżonek, o ile prawa do spadku po współmałżonku nie zostały określone przez umowę przedślubną[21]. Część rozrządzalna ulegała odpowiednio zmniejszeniu o „zachowki" małżonka i dzieci nieślubnych. Rezerwa małoletnich katolików rzymskich lub greckich mogła być zmniejszona do połowy, jeśli zawarli małżeństwo bez uzyskania zezwolenia rodziców, a ci ostatni nawet po ślubie nie przystali na małżeństwo.

Tłumacząc naturę i historię rezerwy, francuska cywilistyka chętnie powoływała się na rzymską tradycję prawną. Utrzymywała, że koncepcja rezerwy to wynik fuzji rzymskiego zachowku i dawnej rezerwy prawa zwyczajowego tradycji germańskiej, której te-

Rezerwa małoletnich katolików rzymskich lub greckich mogła być zmniejszona do połowy, jeśli zawarli małżeństwo bez uzyskania zezwolenia rodziców, a ci ostatni nawet po ślubie nie przystali na małżeństwo.

W polskim prawie spadkowym województw centralnych, gdzie obowiązywał kodeks Napoleona, a wraz z nim system rezerwy, spadkobiercami koniecznymi byli zstępni i wstępni, dzieci nieślubne uznane (art. 913, 915, 761 k.N.) oraz małżonek (art. 235 k.c.p.). Co ciekawe, udziały należne w naturze dziedzicom koniecznym nazywano „zachowkiem"[20]. Część rozrządzalna zmniejszała się w zależności od liczby dzieci prawych: jedna druga spadku, gdy było jedno dziecko; jedna trzecia, gdy dwoje; jedna czwarta, gdy troje lub więcej. Jeśliby nie było dzieci, część rozrządzalna wynosiła

stament był w istocie obcy, a podstawowe znaczenie odgrywała solidarność rodzinna. Ze względu na nią wskazywano, że istnieje zasadnicza różnica między prawami do zabezpieczenia materialnego a powołaniem do rezerwy. W tym ostatnim nie stawia się pytania o potrzeby pretendentów. Stąd właśnie w imię solidarności międzypokoleniowej majątkowa ochrona najbliższych nie rodzi zobowiązania – jak do tego przywykliśmy w prawie starożytnego Rzymu – lecz ich prawo do majątku. Solidarność tę starano się – w kontekście francuskich rozwiązań – wykazywać

20 Tamże, s. 2292.

21 Tamże, s. 2293.

i w prawie rzymskim. Podkreślano, że z germańskiej tradycji pochodzi przede wszystkim natura rezerwy jako części spadku bezpośrednio przypadającej najbliższym oraz jej charakter imperatywny, konieczny, oparty na wymogach porządku publicznego (*ordre public*). Doświadczenie prawa rzymskiego oraz trafność instytucji zachowku potwierdziła zmiana, do której doszło w prawie francuskim w roku 2006. Rezerwę co prawda wreszcie zdefiniowano (w nowym art. 912 *code civil*, pierwotny uchylono jeszcze w 1819 r.), ale zachowano tylko formalnie: zrezygnowano ze świadczenia jej w naturze na rzecz obowiązku świadczenia określonej wartości. Po przeszło 200 latach uczyniono z rezerwy wierzytelność i nie powoływano się więcej przy jej uzasadnianiu na porządek publiczny jako podstawę rozwiązania prawnego[22]. Pozwolono nadto zawierać umowy o wcześniejsze zrzeczenie się rezerwy (art. 924 *code civil*), a ją samą przyznano węższemu kręgowi najbliższych: zstępnym oraz w pewnych przypadkach współmałżonkowi. Dla lepszego uświadomienia sobie różnorodności rozwiązań w polskim prawie spadkowym epoki porozbiorowej należy dodać, że prawo województw wschodnich nie znało zachowku. Jego funkcję – oczywiście w bardzo wąskim zakresie – spełniały ograniczenia w rozrządzaniu majątkiem rodowym, zniesione jednak z dniem 23 kwietnia 1934 r.[23]

Z perspektywy historycznego porównania prawnego wolno nie spodziewać się powrotu lub rozszerzania stref wpływu przez system rezerwy. Racjonalność i wysoka społeczna akceptacja rozwiązania, jakie przynosi zachowek, każe odnosić poczynioną uwagę nie tylko do jurysdykcji, które wyrastają z europejskiej tradycji prawnej. Prawda, że w dwudziestoleciu międzywojennym dyskusja pozostawała otwarta, a jeszcze w 1939 r. Kazimierz Przybyłowski opowiadał się za przyjęciem rezerwy w zunifikowanym prawie spadkowym w Polsce[24]. W dekrecie o prawie spadkowym z 1946 r. ustawodawca zdecydował się jednak na system zachowku (art. 151 pr.spadk.), i to nie tylko w razie dziedziczenia testamentowego. Spadkodawca

> **Prawo województw wschodnich nie znało zachowku.**

mógł przecież rozporządzić swym majątkiem czynnościami *inter vivos*, a w związku z tym nie sporządzać już aktu ostatniej woli. Tak tedy ustawodawca z 1946 r. przyznawał spadkobiercy koniecznemu prawo do zachowku bez względu na to, czy spadkodawca pozostawił testament. Czerpał najwyraźniej z pozaborczego prawa niemieckiego, co stanowiło kolejny wyraz przedkładania zasady solidarności rodzinnej nad prawo własności. To ostatnie powinno być bowiem wspomagane i chronione poprzez jak największą swobodę w dysponowaniu majątkiem i za życia, i na wypadek śmierci.

Wybór systemu zachowku przez twórców dekretu o prawie spadkowym z 1946 r. wcale nie był oczywisty. Być może zaskoczył nową władzę, gdyż pierwsze dziesięciolecie po II wojnie światowej to czas, który zdawał się w Polsce sprzyjać raczej koncepcji rezerwy[25]. Nawet jeśli z „konieczności" podyktowanej potrzebami społecznymi i praktyką prawną, a także bogaceniem się rządzących zgadzano się w „Ludowej Ojczyźnie" na dziedziczenie, nowi ideologowie woleli ustawowe od testamentowego i opowiadali się za ograniczaniem swobody testowania. Batalię zwycięską dla zachowku przypieczętowało przyjęcie go w kodeksie cywilnym w 1964 r. (art. 991 k.c.), powstałym prze-

22 W. Dajczak, F. Longchamps de Bérier, *Prawo rzymskie w czasach dekodyfikacji*, „Forum Prawnicze" 2012, nr 2, s. 18.

23 *Ustawa z dnia 13 marca 1934 r. o zmianie niektórych przepisów o majątkach rodowych w województwach wschodnich*, Dz.U. 1934, nr 29, poz. 236.

24 K. Przybyłowski, *Rezerwa czy zachowek?*, „Gazeta Sądowa Warszawska" 1939, nr 21, s. 291.

25 J. Gwiazdomorski, *Prawo spadkowe…*, dz. cyt., s. 382–393.

cież na fali socjalistycznych kodyfikacji w „krajach demokracji ludowej".

W tradycji europejskiej o utracie prawa do zachowku może zdecydować wydziedziczenie (*exheredatio*), o utracie rezerwy właściwie tylko niegodność (*indignitas*). Ta ostatnia ukształtowała się jako instytucja w czasach rzymskich – stosunkowo późno, bo dopiero w konstytucjach cesarskich[26]. Wynikać zatem powinna zawsze z ustawy. W Rzymie niegodność regulowano odrębnie od zdolności spadkowej (*testamenti factio*) oraz zdolności (*capacitas*) do otrzymania na podstawie rozrządzeń *mortis causa*. Krąg przypadków wydziedziczenia po epoce długich wyliczeń w Nowelach justyniańskich[27] systematycznie zawężano w europejskich kodyfikacjach ostatnich 200 lat. Wszystko w celu materialnego zabezpieczenia najbliższych spadkodawcy. Zresztą widać to i w starożytnym prawie spadkowym Kwirytów. Najbliższych zmarłego próbuje się chronić przez korygowanie swobody testowania zasadą solidarności rodzinnej. Zasada ta afirmuje rodzinę jako jedną z podstawowych wartości realizowanych przez prawo spadkowe. I właśnie regulacja dziedziczenia ustawowego wskazuje, kogo prawo tak naprawdę uważa za rodzinę.

5. Forma testamentu

Formy testamentu osobno regulowało prawo spadkowe województw centralnych, wschodnich, zachodnich oraz południowych (w tym na Spiszu i Orawie). Rozwiązania prawne okazały się dobrze sprawdzone co do ich praktycznej przydatności, może z wyjątkiem pomysłów znanych z niektórych cesarskich konstytucji późnego prawa rzymskiego. Całość unormowań daje się stosunkowo łatwo opisać i zrozumieć dzięki siatce pojęciowej ukształtowanej w Rzymie. Podstawę analizy niech stanowi sięgające najdawniejszego prawa rzymskiego wyróżnienie form publicznych i prywatnych testamentów[28], ze szczególnym docenieniem przydatności tych ostatnich zwłaszcza dla swobody oraz wygody dysponowania majątkiem na wypadek śmierci. Na to rozróżnienie nakłada się kolejne: niektóre formy testamentu dają się zakwalifikować jako zewnętrzne formy powszechne, czyli zwyczajne; inne jako szczególne, a więc nadzwyczajne, bo dopuszczane tylko w okolicznościach, w których prawo chce testatorom ułatwić sporządzenie ważnego aktu ostatniej woli. Mówi się więc czasem o testamentach w formie uprzywilejowanej, bo ułatwionej, oraz o testamentach w formie trudniejszej, jak testament alograficzny czy mistyczny. Podobnie rzecz się ma w przypadku testamentów wspólnych lub wzajemnych.

Już w świetle samych klasyfikacji wyżej poczynionych najdogodniejszą formą testamentu w XX w. zdawał się być testament holograficzny, sięgający tradycjami konstytucji cesarza Walentyniana III z roku 446. Wedle praw spadkowych w Polsce ten zwyczajny testament prywatny powinno się, jak nazwa wskazuje, napisać własnoręcznie, ale też podpisać i opatrzyć datą (art. 970 k.N., § 578 ABGB wymagał podpisania choćby samym tylko nazwiskiem albo imieniem). W prawie województw zachodnich wymagano jeszcze wskazania miejsca sporządzenia (§ 2231 BGB). Testament holograficzny utrzymał prawodawca jako zwyczajną formę w dekrecie o prawie spadkowym i w kodeksie cywilnym – w niemal jednobrzmiących przepisach (art. 79 pr.spadk., art. 949 k.c.). Dekret o prawie spadkowym precyzował, że data powinna zawierać dzień, miesiąc i rok sporządzenia testamentu. Brak daty nie pociągał za sobą nieważności, jeżeli dawało się ją oznaczyć na podstawie treści testamentu albo jeżeli mogła być ustalona innymi środkami dowodowymi. W kodeksie cywilnym regulacja wydaje się bardziej liberalna, gdyż brak daty nie powoduje nieważności, o ile nie wywołuje to wątpliwości co do zdolności spadkodawcy do sporządzenia testamentu, co do treści testamentu lub co do wzajemnego stosunku kilku testamentów.

26 Tytuł Digestów D. 34,9 *de his quae ut indignis auferuntur* oraz Kodeksu justyniańskiego C. 6,35 *de his quibus ut indignis auferuntur et ad senatus consultum Silanianum*. Por. F. Longchamps de Bérier, *Law of Succession. Roman Legal Framework and Comparative Law Perspective*, Warszawa 2011, s. 49–51; G. Blicharz, *Udział państwa…*, dz. cyt., s. 368–376.

27 S. Kursa, *Powody wydziedziczenia descendentów wg noweli 115. cesarza Justyniana*, „Studia Prawnicze" 2008, nr 175, z. 1, s. 85–137; tenże, *Powody wydziedziczenia ascendentów wg noweli 115. cesarza Justyniana*, „Czasopismo Prawno-Historyczne" 2009, nr 61, z. 1, s. 17–45.

28 S. Kursa, *Testator i formy testamentu w rzymskim prawie justyniańskim*, Warszawa 2017, s. 300, proponuje zamiast podziału testamentów na publiczne i prywatne podział na testamenty z udziałem świadków zwykłych i testamenty z udziałem świadków pełniących funkcje publiczne.

Przed unifikacją z 1946 r. własnoręczne spisanie nie było zasadniczą przesłanką ważności testamentu w województwach wschodnich. Gdy dokument został sporządzony przez inną osobę, powinna się na nim również ona podpisać. Wymagano natomiast bezwzględnie dla testamentu prywatnego formy pisemnej: podpisania aktu ostatniej woli przez testatora w obecności trzech świadków albo dwóch *testes solemnes* i stwierdzenia wobec nich przez testatora, że dokument zawiera jego ostatnią wolę (art. 1050 T. X cz. 1 Zwodu praw). Forma testamentu prywatnego w województwach wschodnich była więc szczególną kombinacją kilku tradycji dogmatycznych, lokując się między formą holograficzną i alograficzną.

Najdogodniejszą formą testamentu w wieku XX zdawał się być testament holograficzny, sięgający tradycjami konstytucji cesarza Walentyniana III z roku 446.

Prawo spadkowe województw południowych przewidywało jako prywatny także testament alograficzny (§ 579 ABGB). Nie był, jak sama nazwa wskazuje, pisany przez testatora, ale w zasadzie powinien być przez niego własnoręcznie podpisany. Nadto testator musiał wyraźnie oświadczyć przed trzema świadkami, z których przynajmniej dwaj musieli być jednocześnie obecni, że pismo zawiera jego ostatnią wolę. Od świadków zaś wymagano, aby podpisali się w testamencie, a nie np. na okładce. Nie wymagano przy tym jednak, aby znali treści dokumentu. Co ciekawe, testament w formie zwyczajnej mógł być w województwach południowych sporządzany także ustnie (§ 585–586 ABGB). Wtedy również przed trzema świadkami, o ile zrozumieli wypowiadane słowa. Zachęcano, aby „dla ostrożności" sami go następnie spisali.

Gdy mowa o powszechnych formach testamentu prywatnego, należy wskazać również na tzw. testament tajemny, czyli mistyczny[29]. Dla zachowania treści testamentu w sekrecie kodeksy prawa natury (art. 976–979 k.N., § 582 ABGB) pozwalały, aby zaklejony lub zapieczętowany dokument – nawet niekoniecznie spisany przez spadkodawcę – został przekazany notariuszowi. Prawo województw centralnych wymagało dla sporządzenia takiego testamentu obok notariusza udziału aż sześciu albo siedmiu świadków. Wymogi co do formy zdawały się oznaczać, że testament mistyczny był publiczny. Wszelako nie można za taki go uznać wtedy, gdy treść testamentu mistycznego była niezupełna z woli testatora. Wtedy bowiem – zgodnie z jego życzeniem i postanowieniem – musiała zostać uzupełniona, a więc odnaleziona w innym rozrządzeniu, niezawartym w tym testamencie. Testament mistyczny mógł więc być na przykład alograficzny, a dodatkowe pismo holograficzne.

Dekret o prawie spadkowym, a za nim kodeks cywilny, przewidywał sporządzanie testamentu alograficznego wobec właściwego funkcjonariusza w obecności dwóch świadków. Spisywał on wolę spadkodawcy w protokole z podaniem daty sporządzenia. Protokół odczytywano spadkodawcy, czyniąc o tym fakcie wzmiankę w protokole. Następnie dokument podpisywał spadkodawca, osoba spisująca oraz świadkowie (art. 80 pr.spadk.; por. art. 951 k.c.). W zunifikowanym polskim prawie testament alograficzny stał się bez wątpienia testamentem publicznym z uwagi głównie na urzędową osobę, którą prawo upoważnia do spisania aktu ostatniej woli. Wydaje się to odpowiadać tradycji rzymskiego testamentu poklasycznego składanego do akt sądowych – *testamentum apud acta*[30].

Typowymi zwyczajnymi testamentami publicznymi były zawsze testamenty notarialne. W prawie woje-

29 Por. J. Gwiazdomorski, *Prawo spadkowe…*, dz. cyt., 1959, s. 157–158.

30 Por. S. Kursa, *Testator…*, s. 294 i nn.

województw południowych i zachodnich przewidywano przyniesienie notariuszowi na przechowanie gotowego pisma własnoręcznie podpisanego, ale też ustne wyrażenie wobec niego ostatniej woli (§§ 70–75 austriackiej ustawy notarialnej, utrzymanej w mocy przez art. 137 prawa o notariacie z 1933 r., i art. 141 tegoż prawa; §§ 2231 i 2233 BGB w związku z art. 146 § 1 prawa o notariacie z 1933 r.). Notariusz spisywał z tego protokół wobec innego notariusza albo dwóch świadków, co wzorowane było na rzymskich poklasycznych testamentach *iudici oblatum* oraz *apud acta conditum*. Stwierdzenie protokolarne było konstytutywne. Od dnia 1 stycznia 1934 r., a więc od wejścia w życie prawa o notariacie z 1933 r., ustała dotychczasowa właściwość sądów do przyjmowania oświadczeń ostatniej woli. Testamenty zeznane ustnie lub złożone na piśmie wobec dwóch notariuszy, ewentualnie notariusza i dwóch świadków, miały moc sądowych rozrządzeń ostatniej woli, jeśli sporządzono je z zachowaniem przepisów ogólnych o czynnościach notariuszy (§§ 569, 587–592 i 594–596 ABGB oraz art. 140–141 prawa o notariacie z 1933 r.). Z konstrukcji ABGB skorzystano w dekrecie o prawie spadkowym, którego art. 81 szczegółowo określał, jak sporządzić testament przed notariuszem, a wiec ustnie albo przez dostarczenie pisma. Artykuł 950 k.c. jest lapidarny, bo stwierdza po prostu, że testament może być sporządzony w formie aktu notarialnego.

Podstawowe różnice w prawach dzielnicowych sprowadzały się do liczby notariuszy oraz świadków. Tak samo dwóch notariuszy albo notariusza i dwóch świadków wymagało prawo województw zachodnich. Świadkiem nie mógł oczywiście być małżonek, krewni czy powinowaci w linii prostej bądź w drugim stopniu linii bocznej; małżonek, krewni oraz powinowaci w tej relacji do notariusza; uwzględnieni w testamencie i ich małżonkowie, krewni i powinowaci w tej samej relacji. Udział takich osób nie powodował nieważności testamentu, lecz tylko postanowień względem tych osób bliskich. Notariusze oraz świadkowie musieli być obecni bez przerwy podczas sporządzania całego aktu. Notariusz spisywał z aktu sporządzenia testamentu protokół, który odczytywał spadkodawcy. Ten musiał go przyjąć i podpisać, a wzmiankę o odczytaniu i przyjęciu należało koniecznie umieścić w protokole. Podpisywali go następnie wszyscy obecni współdziałający. Po zamknięciu i opieczętowaniu notariusz powinien był oddać testament sądowi na przechowanie[31].

W województwach centralnych podwyższony był wymóg, gdy chodzi o liczbę notariuszy i świadków. Dyktowany przez spadkodawcę akt ostatniej woli spisywało dwóch notariuszy w obecności dwóch świadków albo jeden notariusz w obecności czterech świadków. Wszyscy – oczywiście obecni podczas całej czynności – podpisywali testament, co czynił również testator (art. 971–975 k.N.). W razie sporządzenia testamentu na wsi wystarczał jeden świadek przy dwóch notariuszach albo dwaj świadkowie przy jednym notariuszu. W województwach wschodnich testament notarialny spisywany był w obecności testatora i trzech świadków (art. 1036[1], 1037 T. X cz. 1 Zwodu praw). Jeśli spadkodawca nie miał krewnych zstępnych w linii prostej powołanych z ustawy, majątkiem rodowym wolno mu było rozrządzić na rzecz dalszych krewnych – a nie tych, którzy są w ustawie powołani – tylko w testamencie notarialnym pod groźbą nieważności. Tak działo się i przy ustanowieniu dożywocia na majątku rodowym lub na ordynacji odwołalnej na rzecz małżonka (art. 1068[2], 1070 i 1071[1] T. X cz. 1 Zwodu praw).

Jednolicie uregulowanym typem testamentów szczególnych stały się testamenty wojskowe na mocy ustawy z dnia 17 marca 1933 r. o rozporządzeniach ostatniej woli osób wojskowych[32]. Zniesione nią wcześniejsze regulacje wynikały oczywiście z właściwych praw zaborczych (art. 981–984 k.N., art. 1071–1072, 1074–1076 i 1081 T. X cz. 1 Zwodu praw). Trzeba pamiętać, że

31 § 2246 BGB, modyfikacje §§ 2242–2245 dokonane przez: art. 5 Ustawy z dnia 24 marca 1923 r. w przedmiocie przepisów tymczasowych o języku urzędowym w sądownictwie i notarjacie w województwach: poznańskiem i pomorskiem, Dz.U. 1923, nr 38, poz. 250, oraz art. 15 Rozporządzenia z dnia z 18 sierpnia 1922 r. w przedmiocie przepisów przejściowych o używaniu języka polskiego w sądownictwie i notarjacie w górnośląskiej części Województwa Śląskiego, Dz.U. 1922, nr 70, poz. 631.

32 Dz.U. 1933, nr 31, poz. 262, rozciągnięte na Śląsk Cieszyński z dniem 23 listopada 1938 r. Dekretem Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 19 listopada 1938 r. o rozciągnięciu mocy obowiązującej niektórych aktów ustawodawczych na odzyskane ziemie Śląska Cieszyńskiego, Dz.U. 1938, nr 90, poz. 612.

kodeksy austriacki i niemiecki zawierały tylko przepisy blankietowe, na czym dziś wzoruje się zresztą w tej materii kodeks cywilny, odsyłając w art. 954 do właściwego rozporządzenia Ministra Obrony wydanego w porozumieniu z Ministrem Sprawiedliwości[33]. Inaczej było w przypadku dekretu Prawo spadkowe z 1946 r., który w art. 84 zawierał szczegółowe przepisy. Kwestię testamentów wojskowych regulował § 44 niemieckiej ustawy wojskowej z dnia 2 maja 1874 r. oraz austriacki regulamin służbowy armii, który wszedł w życie w 1873 r.[34] W polskiej ustawie z dnia 17 marca 1933 r. przewidziano, że z formy szczególnej mogli korzystać żołnierze w służbie czynnej, osoby pełniące służbę pomocniczą, wojskową służbę kolejową, wojskową służbę w pocztach, radiotelegrafach i telegrafach wojskowych; wojskową służbę drogową, wojskową służbę żeglugi śródlądowej; osoby powołane do osobistych świadczeń wojennych oraz takie, które przebywały przy jednostce wojskowej na mocy jakiegokolwiek stosunku służbowego lub umownego, albo w ogóle jednostce takiej towarzyszyły; jak również osoby, wchodzące w skład załogi lub wzięte w charakterze służbowym na pokład okrętu, należącego do marynarki wojennej, statku wcielonego czasowo do marynarki wojennej lub statku powietrznego, wchodzącego w skład sił zbrojnych. Ustawa przewidywała cztery formy testamentu wojskowego: własnoręcznie napisany i podpisany przez spadkodawcę, własnoręcznie podpisany przez testatora i dwóch świadków, ustnie oświadczony przez rannego lub chorego wobec dwóch świadków, wreszcie ustnie zeznany do protokołu wobec sędziego wojskowego, który to testament miał charakter dokumentu publicznego. Świadkami mogły być osoby, które ukończyły 17 lat. Rozrządzenia traciły moc po upływie roku od ustania okoliczności, jakie uprawniały do sporządzenia ich w formie uprzywilejowanej, przepisanej przez ustawę. Przewidziano oczywiście, że jeśliby testator nie był zdolny do sporządzenia innego testamentu, okres ten ulegał przedłużeniu.

Jako szczególne formy testamentu nierzadkie były testamenty włościańskie. W prawie województw wschodnich chłopi mogli sporządzać testament na zasadach ogólnych, jednak gdy majątek w czasach rosyjskich nie przekraczał wartością 100 rubli, a w Polsce 3000 zł lub rozmiarami 15 hektarów, dopuszczano formę uprzywilejowaną. Ostatnią wolę należało wtedy zeznać do księgi aktów prawnych w urzędzie gminnym. Oświadczenie musiało zostać złożone osobiście w zarządzie gminnym w obecności jego członków i co najmniej dwóch świadków. Testament zapisywany do księgi umów i innych aktów prawnych podpisywała osoba go sporządzająca i świadkowie. Jeśli któryś z nich nie umiał pisać, podpisywały się inne osoby, a po nich obecni przy czynności członkowie zarządu[35].

Prawo województw zachodnich pozwalało na testament wiejski, jeśli powstała obawa, że testator umrze, zanim dostanie się do notariusza. Akt ostatniej woli przybierał formę publiczną, składano go bowiem przed wójtem lub sołtysem i dwoma świadkami, przy czym w protokole musiało być stwierdzone, że zdaniem obecnych zachodziła obawa bliskiej śmierci testatora (§ 2249 BGB). Co innego w województwach centralnych, ponieważ tam zwłaszcza chłopi rzadko korzystali z testamentów. Uważano je za mało pewne, bo łatwe do zakwestionowania na podstawie regulacji o rezerwie i części rozrządzalnej. Dochodziło więc w województwach centralnych – zresztą nie tylko w przypadku włościan – głównie do dziedziczenia ustawowego[36].

W polskim prawie spadkowym przewidywano testamenty szczególne również wtedy, gdy spadkodawca znalazł się w miejscu zamkniętym, tak że dostanie się do notariusza było trudne albo wręcz niemożliwe. Akt ostatniej woli mógł wtedy sporządzić ustnie wobec trzech świadków, z czego należało przygotować podpisany przez nich wszystkich protokół (§ 2250 BGB). Prócz takich okoliczności prawo województw centralnych wskazywało na konkretne przyczyny odcięcia od reszty społeczeństwa, jak epidemia lub choroba zakaźna. Wówczas testament wolno był sporządzić przed sędzią grodzkim lub urzędnikiem gminy w obecności

33 J. Rudnicki, *Testament żołnierski i testamenty wojskowe w europejskiej tradycji prawnej*, Kraków–Bielsko-Biała 2015, s. 84–85.

34 P. Salák, Testamentum militis *jako inspirační zdroj moderního dědického práva*, Brno 2016, s. 244–245.

35 F. Bossowski, *Spadkowe prawo…*, dz. cyt., s. 2184–2185; S. Płaza, *Historia prawa w Polsce na tle porównawczym*, cz. 3: *Okres międzywojenny*, Kraków 2001, s. 145–146.

36 S. Płaza, *Historia prawa…*, dz. cyt., s. 142.

dwóch świadków (art. 985–986 k.N.). Również prawo województw południowych wymagało tylko dwóch świadków, z których jeden mógł spisywać testament. Prawo to przewidywało szczególne ułatwienie w postaci niższego wieku dla świadków: wystarczyło, aby ukończyli 14 rok życia (§ 597 ABGB). Jeśli istniało niebezpieczeństwo zarażenia się, świadkowie nie musieli być obecni równocześnie (§ 598 ABGB). Nadzwyczajne wyłączenie jako podstawę uprzywilejowania formy testamentu porozbiorowe prawo austriackie traktowało łącznie.

Prawo województw centralnych wyróżniało testament morski i wymagało przyjmowania go w obecności dwóch świadków przez kapitana lub inne wskazane w ustawie osoby (art. 988 k.N.). Podążyły za tym rozwiązaniem testamenty szczególne, jakie sporządzać w podróży morskiej lub powietrznej pozwoliły art. 83 pr.spadk. i art. 953 k.c. W prawie województw zachodnich wystarczało, aby spadkodawca w podróży na polskim statku złożył po prostu wobec trzech świadków ustne oświadczenie, które powinno być następnie spisane (§ 251 BGB).

W porozbiorowym prawie austriackim testament ustny stanowił prywatną formę zwyczajną (§ 585–586 ABGB). Trudno nie widzieć tu nawiązania do najstarszej tradycji prawa rzymskiego, gdzie w *ius civile* ustność była zasadą co do formy testamentu tak publicznego, jak prywatnego. Powojenny polski ustawodawca dopuścił go jako formę szczególną. Artykuł 82 pr.spadk. wyliczał jeszcze przykładowo przerwanie komunikacji, epidemię, działania wojenne, chorobę spadkodawcy albo jego nieszczęśliwy wypadek. Artykuł 952 k.c. odnosi się do konsekwencji sytuacji, w których sporządzenie testamentu zwykłego byłoby niemożliwe lub bardzo utrudnione. Jako samodzielną przesłankę skorzystania z uprzywilejowanej formy ustnej Kodeks cywilny traktuje istnienie obawy rychłej śmierci spadkodawcy. W regulacjach powojennych niby zrobiono wyjątek – a właściwie wyróżnienie – dla testamentu podróżnego, który jest normowany w osobnym przepisie. Jednak w razie problemów z dopełnieniem tej formy testamentu *expressis verbis* odsyła się do skorzystania z testamentu ustnego (art. 83 § 2 pr.spadk. i art. 953 *fin*. k.c.).

Testamenty sporządzone w formie szczególnej stawały się bezskuteczne po upływie określonego czasu od ustania okoliczności, jakie dały podstawę dla skorzystania z uprzywilejowania formy. W prawie województw zachodnich były to trzy miesiące, jeśli od sporządzenia tej formy aktu ostatniej woli testator żył albo przestał się znajdować w miejscu zamkniętym lub na morzu (§ 2252 BGB). W prawie województw centralnych to sześć miesięcy od ustania żeglugi, nawiązania komunikacji lub od przywrócenia testatora do miejsca, z którym komunikacja nie została przerwana (art. 987 k.N., § 599 ABGB). Najwyraźniej na tym wzorował się polski ustawodawca powojenny w art. 85 pr.spadk. i art. 955 k.c.

Z perspektywy współczesnego polskiego prawa spadkowego osobliwością były pojawiające się w prawach tradycji germańskiej testamenty wspólne. W prawie województw południowych przewidziano wyjątek dla wymogu, aby w jednym dokumencie pomieszczono ostatnią wolę tylko jednego spadkodawcy. Austriacki kodeks cywilny dopuszczał dla małżonków testamenty wzajemne z obowiązkiem, aby powoływali siebie na spadkobierców (§ 583, 1248 ABGB). W istocie były to więc dwa testamenty połączone formalnie w jednym dokumencie, jak proponował interpretować to już w XIV w. Oldratus de Ponte. Każdy z małżonków zachowywał wtedy prawo odwołania swojego, osobnego aktu ostatniej woli. Wzajemność aktów była warunkiem czynności, ale odwołanie przez jedną stronę nie oznaczało od razu odwołania przez drugą. Dopiero gdyby jedno z małżonków objęło już spadek po drugim, nie mogło odwołać swego rozrządzenia – przynajmniej o tyle, o ile udaremniałoby to rozrządzenie małżonka zmarłego. Rozrządzenia musiały mieć formę testamentu raczej nie holograficznego.

Testamenty wzajemne innych osób niż małżonkowie mogły być uznane za ważne o tyle, o ile spełniały przesłanki testamentów ustnych, ale wtedy nie dotyczyły ich wymogi stawiane testamentom wspólnym. W prawie województw zachodnich przewidziano bardziej szczegółową regulację. Niemiecki kodeks cywilny pozwalał rozrządzać kilku testatorom łącznie w jednym akcie, ale ograniczał tę możliwość również tylko do małżonków (§ 2265 BGB). Skuteczność testamentu wspólnego zależała od trwania małżeństwa do śmierci jednego z testatorów. Rozrządzenia mogły być niezależne, ale mogły też być ze sobą powiązane. O tej współzależności decydowała intencja spadko-

dawców. Ustawa nakazywała ją domniemywać, jeśli małżonkowie coś sobie nawzajem zapisali albo jeden z małżonków zapisał drugiemu, a na wypadek przeżycia go przez małżonka uwzględnionego spadek po nim, zapis lub polecenie miały przypaść osobie z małżonkiem wcześniej zmarłym spokrewnionej lub blisko niej stojącej (§ 2270 BGB). Rozrządzenia niezależne mogli małżonkowie swobodnie odwoływać lub zmieniać, nie uchylając przez to skuteczności rozrządzeń współmałżonka. Co do rozrządzeń współzależnych prawo odwołania było ograniczone, przez co testament wspólny zbliżał się właściwie do umowy dziedziczenia. Za życia drugiego małżonka testator mógł swoje rozrządzenie zmienić, lecz tylko w formie oświadczenia notarialnego, skierowanego do drugiego małżonka. Natomiast po śmierci współmałżonka zmiana lub odwołanie były niedopuszczalne. Wyjątkowo wolno było to czynić pozostałemu przy życiu małżonkowi, jeśli albo odrzucił, co mu zmarły zostawił, albo osoba, której w testamencie wspólnym coś przeznaczono, dopuściła się wobec spadkodawcy przewinienia, uzasadniającego odjęcie zachowku, albo też przeznaczono coś w testamencie dla potomka uprawnionego do zachowku, a zaszły warunki uprawniające spadkodawcę do ograniczenia zachowku z powodu marnotrawstwa lub zadłużenia (§ 2294 BGB).

Sporządzanie testamentów wspólnych na terenie całej Polski zostało wyłączone z dniem 1 stycznia 1947 r. przez art. 74 dekretu Prawo spadkowe. Przewidziane w nim brzmienie przepisu w tym zakresie: „testament może zawierać rozrządzenia tylko jednego spadkodawcy", przyjął art. 942 k.c. Wszelako w praktyce notarialnej testamenty wspólne wydawały się pojawiać jeszcze na długo po zniesieniu ich dopuszczalności.

6. Odpowiedzialność za długi spadkowe

Powyższe uwagi wprowadziły w ostatnią już kwestię, którą koniecznie należy podjąć wobec niedawnych zmian prawa polskiego[37]: w kwestię odpowiedzialności za długi spadkowe. Ogólną tendencję stanowi dążenie, aby możliwie szeroka grupa podmiotów odpowiadała za długi spadkowe. I tak pod rządami kodeksu Napoleona byli to spadkobiercy ustawowi (art. 724), zapisobiercy ogólni (art. 1009), zapisobiercy pod tytułem ogólnym (art. 1012) oraz osoby obdarowane całością albo częścią spadku (art. 870)[38].

Konsekwencją sukcesji uniwersalnej stało się w europejskiej tradycji prawnej przejście na spadkobierców odpowiedzialności za całość długów spadkowych.

Konsekwencją sukcesji uniwersalnej stało się w europejskiej tradycji prawnej przejście na spadkobierców odpowiedzialności za całość długów spadkowych. W dziedziczeniu ustawowym archaicznego prawa rzymskiego nie podlegała ona żadnym ograniczeniom. Dobrodziejstwo powstrzymania się od przyjęcia spadku pojawiło się w praktyce prowadzonych przez pretora procedur egzekucyjnych dopiero pod koniec republiki rzymskiej.

W pojęciu długów spadkowych mieszczą się zarówno zobowiązania spadkodawcy, o ile wskutek jego śmierci nie wygasły, jak i wiele innych obowiązków, powstałych w wyniku otwarcia spadku. Dla przykładu pod rządami porozbiorowego prawa niemieckiego do tych ostatnich należały – prócz zapisów, poleceń i zachowków – także obowiązek utrzymania matki nieurodzonego jeszcze spadkobiercy, koszty pogrzebu właściwego dla środowiska, w jakim żył spadkodawca, koszty ogłoszenia go za zmarłego czy tzw. zapisy

37 F. Longchamps de Bérier, *Rzymska siatka pojęć prawa spadkowego a ograniczenia odpowiedzialności za długi*, „Rejent" 2017, nr 27, z. 9, s. 43–63.

38 Por. E. Barwiński, *Spadkowe prawo…*, dz. cyt., s. 2303–2306.

ustawowe dla pozostałego przy życiu małżonka. Był nim też obowiązek przez 30 dni po otwarciu spadku utrzymania i zezwolenia na używanie mieszkania oraz sprzętów domowych osobom, które w czasie śmierci spadkodawcy należały do jego domowników. Do długów spadkowych należały zobowiązania wynikające z załatwiania spraw przez osobę zarządzającą spadkiem czy jej roszczenia o zwrot nakładów, a także zobowiązania związane z prawami lub rzeczami należącymi do spadku, jak na przykład pokrycie szkód wyrządzonych przez zwierzęta. Były to wreszcie koszty otwarcia testamentu, opieczętowania lub zdeponowania spadku, wywołania wierzycieli itd.[39]

Pełną odpowiedzialność za długi spadkowe przewidywało prawo województw wschodnich, przyjmując od niej jedynie dwa wyjątki. Po pierwsze, odpowiadano tylko odziedziczonym majątkiem za długi ze zobowiązań bezterminowych, płatnych po okazaniu, jeżeli przedstawiono je do egzekucji po śmierci dłużnika; jednak tylko w ciągu 10 lat od śmierci spadkodawcy, gdyż w razie zgłoszenia ich później, spadkobiercy byli zwolnieni z odpowiedzialności (art. 1259 T. X cz. 1 Zwodu prawa). Po drugie, w razie przyjęcia przez syndyka spadku, który przypadał upadłemu, masa upadłościowa odpowiadała za długi spadkodawcy jedynie w granicach wartości majątku spadkowego (art. XII przepisów wprowadzających prawo upadłościowe).

Pod rządami BGB sytuacja wydawała się bardziej skomplikowana. Prawo niemieckie przyjęło własny, powodujący wiele niejasności system. W zasadzie spadkobiercy odpowiadali bez ograniczeń całym swoim majątkiem. Jeśli chcieliby ograniczyć odpowiedzialność, musieli spowodować jedno z następujących zarządzeń: zwołanie wierzycieli, ustanowienie zarządu spadkiem, otwarcie upadłości majątku spadkowego albo wydanie majątku spadkowego wierzycielom, jeżeli z powodu jego szczupłości nie można było pokryć kosztów postępowania upadłościowego lub zarządu. Odpowiedzialność ulegała również ograniczeniu w razie pięcioletniej zwłoki wierzycieli w podniesieniu roszczeń wobec spadkobiercy. Inwentarz sporządzał spadkobierca z inicjatywy własnej lub na wezwanie sądu spadku. Samo sporządzenie go nie miało skutku ograniczenia odpowiedzialności, jeżeli nie dotrzymano terminu sporządzenia, wyznaczonego przez sąd, lub nierzetelnie sporządzono inwentarz[40].

W prawie austriackim o zakresie odpowiedzialności za długi spadkowe decydował dziedzic w „deklaracji o spadku". Jak o tym wyżej była mowa, nie nabywał go z mocy prawa, lecz w sądzie musiał oświadczyć pisemnie lub ustnie nie tylko, że go przyjmuje, wskazując tytuł prawny dziedziczenia (testament, kontrakt dziedziczenia lub ustawę), ale również podać, czy przyjmuje spadek bezwarunkowo, czy z dobrodziejstwem inwentarza. W pierwszym przypadku spadkobierca odpowiadał całym swoim majątkiem za długi spadkodawcy i masy spadkowej oraz za zapisy. W drugim przypadku sąd zarządzał spisanie inwentarza na koszt masy spadkowej, a dziedzic odpowiadał wobec wierzycieli oraz legatariuszy tylko do wartości spuścizny. Spadkodawca nie mógł zabronić skorzystania z *beneficium inventarii* ani też swobody tej nie mógł ograniczyć kontrakt dziedziczenia zawarty między małżonkami (§ 801–803 ABGB).

Odpowiedzialność spadkobiercy w przypadku skorzystania z dobrodziejstwa inwentarza nie była oczywiście rzeczowa, lecz osobista. Od czasu przyznania spadku odpowiadał nie tylko majątkiem spadkowym, ale również całym majątkiem własnym, tyle że do wartości aktywów spadku (odpowiadał zatem *pro viribus*, a nie *cum viribus hereditatis*)[41]. Sporządzenia inwentarza mógł domagać się również ten, komu należał się zachowek (§ 804 ABGB). Jednak w pewnych przypadkach prawo austriackie nie pozostawiało wyboru. Zarządcy masy konkursowej oraz zastępcy prawni osób ubezwłasnowolnionych przyjmowali spadek tylko z dobrodziejstwem inwentarza. I wystarczyło, że jeden ze współdziedziców przyjął spadek z tym dobrodziejstwem, a zaczynało ono obejmować wszystkich – także tych, którzy przyjęliby go bezwarunkowo; chociaż inaczej działo się wtedy, gdy spadek przyznano sądownie dziedzicowi, który przyjął go bezwarunkowo, a dopiero potem nastąpiło spisanie inwentarza, np. dla obliczenia zachowku[42].

39 A. Ohanowicz, *Spadkowe prawo. A. Województwa zachodnie* (w:) F. Zoll, J. Wasilkowski (red.), *Encyklopedja podręczna…*, t. 4, dz. cyt., s. 2163.

40 Tamże, s. 2164–2167.

41 Por. F. Zoll, *Prawo cywilne…*, dz. cyt., s. 295.

42 Tamże, s. 306.

Dla unormowań dotyczących odpowiedzialności za długi spadkowe podstawowe znaczenie ma wybór między prostym przyjęciem spadku a przyjęciem z dobrodziejstwem inwentarza. Wybranie przez współczesnego ustawodawcę jednego z nich jako podstawowe, a utrzymanie drugiego jako możliwe, ale w oparciu o wyraźną decyzję powołanych do spadku, dotyka zasadniczego wyboru co do wartości realizowanych przez prawo spadkowe. W prawie rzymskim z podmiotowym ujęciem odpowiedzialności za długi spadkobierców jako kontynuatorów osoby spadkodawcy zaczął konkurować wzgląd na ekonomiczne konsekwencje śmierci spadkodawcy. Wzgląd ten sprowadza dziedziców do pozycji beneficjentów. Przyjmuje się co prawda sukcesję uniwersalną jako konstrukcję, ale raczej nie realizuje się jej jako zasady. Gdy w Rzymie, zwłaszcza cesarskim, spadkobiercy miewali wcześniej – przed dziedziczeniem – własny majątek, w pełni uzasadnione stawało się pytanie, dlaczego pozycja wierzycieli spadkowych miałaby ulegać poprawie na skutek śmierci dłużnika, która powodowała, że do jego majątku, niezapewniającego w pełni pokrycia długów, dochodził majątek spadkobiercy. I dopiero prawo justyniańskie wypracowało koncepcję udzielania powołanym do spadku dobrodziejstwa inwentarza konstytucją z 531 r.

Prawo spadkowe województw wschodnich nie pozwalało na korzystanie z dobrodziejstwa inwentarza, choć w porządkach silnie zakorzenionych w europejskiej tradycji prawnej *beneficium inventarii* jest powszechnie obecne. Tak było zatem w pozostałych województwach, a w konsekwencji znalazło się w dekrecie o prawie spadkowym i w regulacji kodeksowej.

Do skorzystania z *beneficium inventarii* wymagano wyraźnego oświadczenia. Pod rządami kodeksu Napoleona przyjęcie zwykłym oświadczeniem lub w sposób dorozumiany, jak rzymska *pro herede gestio*, powodowało proste przyjęcie spadku z pełną odpowiedzialnością za długi spadkowe. Dla przyjęcia z dobrodziejstwem inwentarza wymagano spisania inwentarza i złożenia właściwego oświadczenia przed sądem otwarcia spadku (art. 793 k.N., art. 1750 rosyjskiej procedury cywilnej). W województwach południowych konstrukcja dekretu dziedzictwa wymagała zawsze złożenia w sądzie – ustnie lub pisemnie – wyraźnego oświadczenia o przyjęciu spadku. Bezwarunkowe oświadczenie powodowało przyjęcie proste. Skorzystanie z *beneficium inventarii* należało wyraźnie zastrzec[43]. Dekret o prawie spadkowym, a za nim kodeks cywilny, podążył logicznie tym samym tropem: spadkobierca, który przyjął spadek, odpowiadał za długi spadkowe całym swym majątkiem bez ograniczenia, a tylko w razie przyjęcia z dobrodziejstwem inwentarza odpowiadał za długi spadkowe do wysokości stanu czynnego spadku, ustalonego w spisie inwentarza (art. 48–49 pr.spadk., 1030–1031 k.c.). Warto pamiętać, że nawet przy korzystaniu z dobrodziejstwa inwentarza odpowiedzialność spadkobiercy w polskim prawie spadkowym była osobista, a nie rzeczowa. Dziedzic odpowiadał do wartości aktywów masy spadkowej, a nie samymi przedmiotami do niej należącymi.

> **Prawo spadkowe województw wschodnich nie pozwalało na korzystanie z dobrodziejstwa inwentarza.**

Skoro mowa o beneficjach spadkowych, warto zauważyć, że dobrze znanego z nauki prawa rzymskiego dobrodziejstwa oddzielenia dóbr spadkowych[44] nie przyjmowało tylko rosyjskie prawo pozaborcze województw wschodnich[45]. Rozwiązanie było natomiast akceptowane w województwach centralnych i południowych *expressis verbis* (art. 878 k.N., § 812

43 Por. F. Zoll, S. Kosiński, *Spadkowe prawo. C. Województwa południowe* (w:) F. Zoll, J. Wasilkowski (red.), *Encyklopedja podręczna*…, t. 4, dz. cyt., s. 2260–2262.

44 R. Świrgoń-Skok, *Beneficja spadkowe w prawie rzymskim*, Rzeszów 2011, s. 141–170.

45 F. Bossowski, *Spadkowe prawo*…, dz. cyt., s. 2201.

ABGB). W województwach zachodnich skutki *separatio bonorum* wywierało zarówno otwarcie konkursu, jak i zarząd spadku. Przepisy kodeksu cywilnego dotyczące odpowiedzialności za długi spadkowe co do zasady oparto na postanowieniach dekretu o prawie spadkowym. Pominięto jednak dwa rozwiązania: oddzielenie majątków spadkowego i spadkobiercy (art. 52–54 pr.spadk.) oraz likwidację spadku (art. 55–56 pr.spadk.). Pierwsze z pominiętych rozwiązań opierało się na konstrukcji tzw. *beneficjum separationis bonorum*. W dekrecie rozumiano je szeroko, gdyż była mowa, że wierzyciele spadku – w szczególności osoby uprawnione do zachowku i zapisobiercy – oraz wierzyciele spadkobiercy mogą żądać oddzielenia spadku od majątku spadkobiercy w wyliczonych przypadkach. Chodziło o sytuacje, w których długi spadkowe przewyższały wartość majątku pozostawionego przez spadkodawcę albo jeżeli zaspokojenie żądającego oddzielenia było zagrożone przez zachowanie się lub położenie majątkowe spadkobiercy. Wskutek oddzielenia spadek uważano za majątek odrębny od chwili otwarcia spadku. Natomiast po *separatio* od majątku spadkobiercy osoby uprawnione do żądania oddzielenia oraz spadkobierca i wykonawca testamentu mogli żądać likwidacji spadku (art. 55 pr.spadk.).

Wolno spodziewać się obniżenia ułamku zachowków do jednej czwartej oraz rychłej dopuszczalności rozrządzeń pod warunkiem lub z dołączeniem terminu.

7. Zakończenie

Czy panorama ewolucji szczegółowych rozwiązań polskiego prawa spadkowego ostatnich stu lat pozwala prognozować co do regulacji przyszłych? Z pewnością daje wiele spokoju, pozwalając nie żywić obaw o poważniejsze wahnięcia czy zaskoczenie zmianami. Wszystko bowiem mieści się w spektrum unormowań świetnie znanym z europejskiej tradycji prawnej. W przyszłości wolno spodziewać się obniżenia ułamku zachowków do jednej czwartej oraz rychłej dopuszczalności rozrządzeń pod warunkiem lub z dołączeniem terminu. Natomiast nie należy oczekiwać szybkiego porzucenia pomysłu, żeby proste przyjmowanie spadku z pełną odpowiedzialnością za długi znów stało się zasadą, od której korzystanie z dobrodziejstwa inwentarza będzie tylko wyjątkiem dostępnym zawsze, ale na podstawie świadomej decyzji spadkobierców.

Zmiany ostatnich stu lat bądź stałość prawa spadkowego próbowano powyżej opisać, a czasami również ocenić, przeglądając pięć kwestii szczegółowych. Opis dziejów prawa spadkowego w Polsce ostatnich stu lat dotyczył powołania do spadku, nabycia go, dziedziczenia ustawowego, zachowku albo rezerwy, a wreszcie odpowiedzialności za długi spadkowe. Pokazał on kolejne zmiany, co zdaje się oczywistym wynikiem podobnej panoramy. Posłużenie się rzymską siatką pojęciową i synchroniczna komparatystyka pozwoliły uchwycić w polskich regulacjach elementy stabilności. Doświadczenie prawa rzymskiego już nie raz pokazało, że w dziedzinie prawa prywatnego istnieje ograniczona liczba rozwiązań prawnych, które są do zaakceptowania przez dane społeczeństwo. Prawo spadkowe należy do dziedzin, w których jest szczególnie widoczny ów aspekt akceptowalności. Kształt bowiem poszczególnych rozwiązań przyjmowanych w tej gałęzi prawa w znacznej mierze zależy – jako się rzekło – od lokalnych tradycji, przyzwyczajeń prawnych oraz przekonań wyrażanych przez szerokie grupy i kierujących ich postępowaniem nie na zasadzie impulsu, zrywu czy doraźnej reakcji, lecz przez dłuższy czas.

Dziewiętnastowieczny postulat stałości spełnił się zatem o tyle, że mimo wielu zmian i dwóch totalitaryzmów, jakie przetoczyły się przez Europę XX w., nawet ten drugi, który znacznie dłużej panoszył się w Polsce, nie wyrwał nas z kręgu europejskiej tradycji rzymskiego prawa prywatnego. Ono właśnie okazało się praktycznym wyborem Niepodległej. Jego „zaborcze" pochodzenie nie stanowiło najmniejszego problemu dla pragmatyki polskiego prawa prywatnego. I można chyba powiedzieć, że w ten sposób postulat pewności prawa był spełniany przez lata dzielące nas od chwili odzyskania niepodległości. Paletę dostępnych rozwiązań, przyjmowanych w Polsce w danym momencie historycznym, charakteryzuje to, że oscylują wokół unormowań przyniesionych przez europejską tradycję prawną. Ta stałość nie musi jednak gwarantować stabilności wyboru, chyba że nadal – na co dzień i od święta – będziemy coraz bardziej świadomie korzystali z rzymskiego doświadczenia prawnego i prawniczego.

Bibliografia

Barwiński E., *Spadkowe prawo. D. Województwa środkowe* (w:) F. Zoll, J. Wasilkowski (red.), *Encyklopedja podręczna prawa prywatnego*, t. 4, Warszawa 1937, s. 2268–2306.

Blicharz G., *Udział państwa w spadku. Rzymska myśl prawna w perspektywie prawnoporównawczej*, Kraków–Bielsko-Biała 2016.

Bossowski F., *Ordynacje rodowe (fideikomisy familijne, powiernictwa rodowe, majoraty w najobszerniejszem tego słowa znaczeniu). Majątki rodowe* (w:) *Encyklopedja podręczna prawa prywatnego*, t. 2, Warszawa 1936, s. 1222–1244.

Bossowski F., *Spadkowe prawo. B. Województwa Wschodnie* (w:) F. Zoll, J. Wasilkowski (red.), *Encyklopedja podręczna prawa prywatnego*, t. 4, Warszawa 1937, s. 2178–2202.

Dajczak W., Longchamps de Bérier F., *Prawo rzymskie w czasach dekodyfikacji*, „Forum Prawnicze" 2012, nr 2, s. 8–22.

Gwiazdomorski J., *Prawo spadkowe w zarysie*, Warszawa 1967.

Gwiazdomorski J., *Prawo spadkowe*, Warszawa 1959.

Kozaczka M., *Gospodarka ordynacji rodowych w Polsce 1918–1939*, Rzeszów 1996.

Kursa S., *Powody wydziedziczenia ascendentów wg noweli 115. cesarza Justyniana*, „Czasopismo Prawno-Historyczne" 2009, nr 61, z. 1, s. 17–45.

Kursa S., *Powody wydziedziczenia descendentów wg noweli 115. cesarza Justyniana*, „Studia Prawnicze" 2008, nr 175, z. 1, s. 85–137.

Kursa S., *Testator i formy testamentu w rzymskim prawie justyniańskim*, Warszawa 2017.

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

Longchamps de Bérier F., *Podstawienie powiernicze*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego" 1999, z. 2, s. 323–340.

Longchamps de Bérier F., *Rzymska siatka pojęć prawa spadkowego a ograniczenia odpowiedzialności za długi*, „Rejent" 2017, nr 27, z. 9, s. 43–63.

Ohanowicz A., *Spadkowe prawo. A. Województwa zachodnie* (w:) F. Zoll, J. Wasilkowski (red.), *Encyklopedja podręczna prawa prywatnego*, t. 4, Warszawa 1937, s. 2152–2178.

Płaza S., *Historia prawa w Polsce na tle porównawczym*, cz. 3: *Okres międzywojenny*, Kraków 2001.

Przybyłowski K., *Rezerwa czy zachowek?*, „Gazeta Sądowa Warszawska" 1939, nr 21, s. 289–292.

Rudnicki J., *Testament żołnierski i testamenty wojskowe w europejskiej tradycji prawnej*, Kraków–Bielsko-Biała 2015.

Salák P., Testamentum militis *jako inspirační zdroj moderního dědického práva*, Brno 2016.

Świrgoń-Skok R., *Beneficja spadkowe w prawie rzymskim*, Rzeszów 2011.

Wróblewski S., *Komentarz do §§ 531–824 austryackiego kodeksu cywilnego (prawo spadkowe)*, Kraków 1904.

Zielińska T., *s.v. ordynacje rodowe* (w:) A. Mączak (red.), *Encyklopedia historii gospodarczej Polski do 1945 roku*, t. 2, Warszawa 1981, s. 19–20.

Zoll F., *Prawo cywilne*, t. 4: *Prawo familijne i spadkowe*, wyd. 3, Poznań 1933.

Zoll F., Kosiński S., *Spadkowe prawo. C. Województwa południowe* (w:) F. Zoll, J. Wasilkowski (red.), *Encyklopedja podręczna prawa prywatnego*, t. 4, Warszawa 1937, s. 2202–2267.

Zoll F., Szpunar A., *Prawo cywilne w zarysie*, t. 4: *Prawo familijne i spadkowe*, Kraków 1948.

Paweł Łącki

Zmiana znaczenia pojęcia małżeństwa w niemieckiej ustawie zasadniczej.

O meandrach dynamicznej wykładni postanowień konstytucyjnych

Paweł Łącki

Adwokat, doktor nauk prawnych, adiunkt na Uniwersytecie SWPS. Interesuje się m.in. filozoficznoprawnymi uwarunkowaniami ochrony praw człowieka.

✉ pawel.lacki@swps.edu.pl

https://orcid.org/0000-0002-6661-107X

Change of the Concept of Marriage in the German Constitution. On Meanders of the Dynamic Interpretation of Constitutional Provisions

On July 20, 2017, the Bundestag has passed a law on the introduction of the right to marry by persons of the same sex. The adopted legislative solution is controversial regarding its compliance with the German Basic Law, i.e. with its art. 6 § 1: "marriage and family are under special protection of the State." The dispute concerns whether the necessary element of the constitutional concept of marriage was – and still is – a difference in the sex of the spouses. This paper has three basic objectives: first, the identification of the essential arguments raised in favour of amendment's compliance with the Basic Law; secondly, to examine whether the position on the compliance of this amendment with the Basic Law requires adoption of a dynamic interpretation of constitutional provisions; thirdly, assuming an affirmative answer to the second question, to identify the process that led to the change in the meaning of the Basic Law in respect to the concept of marriage.

Słowa kluczowe: małżeństwo, konstytucja, Niemcy, wykładnia dynamiczna, związki partnerskie, małżeństwo jednopłciowe, prawa człowieka, prawa podstawowe, sądownictwo konstytucyjne

Key words: marriage, constitution, Germany, dynamic interpretation, civil unions, same-sex marriage, human rights, fundamental rights, constitutional adjudication

1. Wstęp

W dniu 20 lipca 2017 r. Bundestag uchwalił Ustawę o wprowadzeniu prawa do zawarcia małżeństwa przez osoby tej samej płci[1]. Ustawa

1 Bundesgesetzblatt z dnia 28 lipca 2017, cz. 1, s. 2787. Za przyjęciem

ta wprowadziła do niemieckiego Kodeksu cywilnego m.in. następującą regulację: „małżeństwo zostaje zawarte (…) przez dwie osoby różnej lub tej samej płci" (§ 1353 ust. 1 zd. 1). Przyjęte rozwiązanie legislacyjne budzi kontrowersje[2] dotyczące jego zgodności z niemiecką ustawą zasadniczą z 23 maja 1949 r., tj. z jej art. 6 ust. 1, w myśl którego „małżeństwo i rodzina znajdują się pod szczególną ochroną Państwa"[3]. Spór dotyczy tego, czy koniecznym elementem konstytucyjnego pojęcia małżeństwa była – i nadal jest – różnica płci małżonków, a w konsekwencji czy ustawodawca zwykły miał kompetencje do zmiany definicji małżeństwa poprzez uznanie, że jest nim związek dwóch osób niekoniecznie odmiennej płci[4].

Spór dotyczy tego, czy koniecznym elementem konstytucyjnego pojęcia małżeństwa była – i nadal jest – różnica płci małżonków.

Niniejszym rozważaniom, opartym na analizie orzecznictwa, wypowiedzi doktryny oraz materiałów legislacyjnych, przyświecają trzy zasadnicze cele: po pierwsze, identyfikacja podstawowych argumentów podnoszonych na rzecz zgodności (i odpowiednio – niezgodności) ww. nowelizacji z ustawą zasadniczą; po drugie, zbadanie, czy stanowisko o zgodności tej nowelizacji z ustawą zasadniczą wymaga przyjęcia dynamicznej wykładni postanowień konstytucyjnych; po trzecie, zakładając twierdzącą odpowiedź na drugie pytanie, próba uchwycenia procesu, który doprowadził do zmiany znaczenia ustawy zasadniczej w zakresie pojęcia małżeństwa – zarówno od strony instytucjonalnej, jak i struktury argumentacji prawniczej.

Za zasadnością rozważenia tych pytań bynajmniej nie przemawia dążenie do rozwiązania partykularnego problemu dogmatycznego w ramach niemieckiego konstytucjonalizmu, co raczej uznanie, iż wskazują one na teoretyczne zagadnienia związane z powszechnie występującym we współczesnej kulturze prawnej zjawiskiem, jakim jest dokonywanie dynamicznej wykładni postanowień konstytucyjnych[5]. O ile bowiem w nauce prawa (na tle różnych jurysdykcji), jak i orzecznictwie różnych sądów konstytucyjnych aprobata dla dokonywania wykładni dynamicznej wydaje się przeważać nad krytyką tego zjawiska, zarówno dla krytyków, jak i zwolenników takiej wykładni interesującym zagadnieniem jest pytanie o czynniki oraz kryteria, które miałyby decydować o ewolucji znaczenia aktów konstytucyjnych. Analiza uwarunkowań zmiany znaczenia pojęcia małżeństwa w konstytucji niemieckiej może być również interesująca w kontekście polskiej dyskusji o zasadności wprowadzenia instytucji związków partnerskich[6].

ustawy oddano 393 głosy, przeciw 226, przy 4 głosach wstrzymujących się.

2 Zestawienie stanowisk w: F. Wollenschläger, *Rechtsgutachten für die Bayerische Staatsregierung zur Frage derverfassungsrechtlichen Bewertung des Gesetzes zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts*, 22.01.2018, s. 8, https://www.bayern.de/wp-content/uploads/2018/03/gutachten-ehe-fuer-alle-prof.-wollenschlaeger-1.pdf (dostęp: 15.07.2018).

3 Bundesgesetzblatt z dnia 23 maja 1949, cz. 1, s. 1. Brzmienie przepisu nie było nigdy zmieniane.

4 Zob. np. Ch. Schmidt, *„Ehe für alle" – Ende der Diskriminierung oder Verfassungsbruch?*, „Neue Juristische Wochenschrift" 2017, nr 31, s. 2225.

5 Por. dyskusję wokół ujmowania Europejskiej Konwencji Praw Człowieka jako *living instrument* czy Konstytucji Stanów Zjednoczonych jako *living Constitution* – zob. np. K. Dzehtsiarou, C. O'Mahony, *Evolutive Interpretation of Rights Provisions. A Comparison of the European Court of Human Rights and the U.S. Supreme Court*, „Columbia Human Rights Law Review" 2013, nr 44, s. 309–365.

6 Por. np. W. Borysiak, [Komentarz do art. 18] (w:) M. Safjan, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP*, t. 1: *Komentarz do art. 1–86*, Warszawa 2016, nb. 120–128.

2. Małżeństwo jednopłciowe w świetle art. 6 ust. 1 ustawy zasadniczej

W świetle art. 6 ust. 1 ustawy zasadniczej „małżeństwo i rodzina traktowane są jako podstawowa komórka każdej ludzkiej społeczności, a ich znaczenia nie można porównywać z jakąkolwiek inną relacją ludzką”[7]. Zgodnie z utrwalonym stanowiskiem niemieckiej judykatury i doktryny normatywna treść art. 6 ust. 1 ustawy zasadniczej w odniesieniu do małżeństwa („małżeństwo […] znajduj[e] się pod szczególną ochroną Państwa”) ma trzy aspekty. Obejmuje ona: (i) wolność zawarcia związku małżeńskiego; (ii) zagwarantowanie istnienia i ochrony instytucji małżeństwa; oraz (iii) podstawową zasadę o charakterze aksjologicznym[8]. W dyskusji dotyczącej ustawy wprowadzającej małżeństwa jednopłciowe istotny wydaje się drugi i trzeci aspekt treści art. 6 ust. 1[9].

W doktrynie niemieckiej można wyróżnić następujące stanowiska w zakresie oceny konstytucyjności ww. ustawy z 20 lipca 2017 r.: (i) ustawa ta jest niekonstytucyjna, jako że pojęcie małżeństwa w rozumieniu art. 6 ust. 1 ustawy zasadniczej obejmowało i nadal obejmuje różnicę płci małżonków; (ii) ustawa nie budzi zastrzeżeń konstytucyjnych, jako że konstytucyjne pojęcie małżeństwa nigdy nie obejmowało różnicy płci małżonków, a zatem ustawodawca zwykły nie był ograniczony w decyzji o wprowadzeniu małżeństwa jednopłciowego; (iii) ustawa nie budzi zastrzeżeń konstytucyjnych, jako że z czasem doszło do zmiany pierwotnego znaczenia pojęcia małżeństwa i obecnie nie obejmuje już ono różnicy płci małżonków[10].

2.1. Różnica płci małżonków jako stały element pojęcia małżeństwa?

Ustawa zasadnicza nie zawiera definicji pojęcia małżeństwa, niemniej wskazuje się, że w świetle stałego orzecznictwa Federalnego Trybunału Konstytucyjnego (dalej: FTK) oraz wypowiedzi przedstawicieli doktryny różnica płci małżonków stanowi strukturalny element instytucji małżeństwa, o której mowa w art. 6 ust. 1[11]. Przykładowo, nawet w najnowszym orzecznictwie FTK kwestionującym dopuszczalność odmiennego traktowania przez ustawodawcę zwykłego małżonków i partnerów związków jednopłciowych w poszczególnych dziedzinach prawa, podkreśla się różnicę płci jako element charakterystyczny dla małżeństwa[12].

Z kolei geneza treści art. 6 ust. 1 ustawy zasadniczej ma wskazywać, iż dla twórców konstytucji różnica płci była elementem tak oczywistym, że nie wymagała podkreślenia. Dlatego pierwotne projekty tego postanowienia zawierające odniesienie do różnicy płci zostały przeredagowane i odpowiednio skrócone przez komisję redakcyjną: wymienienie, że małżeństwo jest związkiem mężczyzny i kobiety, uznano za *superfluum* – z podobnych względów pominięto również wskazanie na monogamiczność związku małżeńskiego[13]. Dla

7 *Wyrok FTK z dnia 17 stycznia 1957*, BVerfGE 6, 55 (71).

8 Zob. np. H. Hofmann, [Art. 6 GG] (w:) B. Schmidt-Bleibtreu, H. Hofmann, H.-G. Henneke (red.), *Kommentar zum Grundgesetz*, Köln 2017, nb. 3.

9 Wprowadzona regulacja nie ogranicza bowiem swobody zawarcia małżeństwa dla par różnopłciowych. Por. Ch. von Coelln, *Wenn, dann richtig. „Ehe für alle” nur per Verfassungsänderung*, „Neue Justiz” 2018, nr 1, s. 6.

10 Powyższe stanowiska nie wyczerpują możliwego spektrum poglądów. Przykładowo karnista T. Walter w publicystycznym tekście wyraził następującą opinię: „Nawet jeżeli obecnie konstytucyjne pojęcie [małżeństwa] nadal odnosi się do małżeństwa między mężczyzną i kobietą, prawodawca ma swobodę nazywać w ten sposób małżeństwo między dwoma mężczyznami lub dwiema kobietami. (…) Wówczas «małżeństwo» w rozumieniu ustawy zasadniczej będzie miało węższy zakres znaczeniowy niż małżeństwo w rozumieniu – na przykład – kodeksu cywilnego”. Zob. *Das Grundgesetz ist nicht homophob*, Spiegel Online, 4.07.2017, http://www.spiegel.de/politik/deutschland/ehe-fuer-alle-das-grundgesetz-ist-nicht-homophob-gastbeitrag-a-1155700.html (dostęp: 15.07.2018).

11 Por. np. J. Ipsen, *Der Ehebegriff des Art. 6 Abs. 1 GG. Gutachtliche Stellungnahme zur Anhörung vor dem Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages am 28. September 2015*, 17.09.2015, s. 4, https://www.bundestag.de/blob/388314/658b499551362c677fd070f340529ed9/ipsen-data.pdf (dostęp: 15.07.2018).

12 „Małżeństwo jako instytucja zarezerwowana jedynie dla związku między mężczyzną i kobietą korzysta z samodzielnej ochrony konstytucyjnej”. Zob. *Wyrok FTK z dnia 7 maja 2013*, BVerfGE 133, 377 (409), dotyczący wspólnego rozliczenia podatkowego dla partnerów w ramach zarejestrowanego partnerstwa życiowego.

13 Prace legislacyjne wskazują na to, że pierwotnie przepis dotyczący ochrony małżeństwa i rodziny miał być bardziej rozbudowany i wprost wskazywać na elementy definicyjne małżeństwa, takie jak monogamiczność, różnica płci czy

twórców konstytucji małżeństwo osób tej samej płci mieściło się poza horyzontem myślowym[14].

Nadto podkreśla się systematyczne powiązanie, z perspektywy ustawodawcy konstytucyjnego, małżeństwa i rodziny. Redakcja art. 6 ust. 1 nie jest przypadkowa. Wskazuje ona, iż małżeństwo jest podstawą rodziny. Dla ustawodawcy konstytucyjnego reprodukcyjny potencjał małżeństwa stanowił rację dla prawnej ochrony tej instytucji[15]. W jednym z wyroków FTK podkreślił, że „zgodnie z konstytucyjnie gwarantowanymi wartościami zawartymi w art. 6 ust. 1 Ustawy Zasadniczej małżeństwo jest jedyną uprawnioną formą całościowej wspólnoty życiowej między mężczyzną i kobietą, a prawidłowy rozwój fizyczny i duchowy dziecka zakłada zabezpieczenie w pełnej wspólnocie rodzinnej z matką i ojcem, realizowanej jedynie w małżeństwie"[16].

Nawet w najnowszym orzecznictwie FTK kwestionującym dopuszczalność odmiennego traktowania małżonków i partnerów związków jednopłciowych podkreśla się różnicę płci jako element charakterystyczny dla małżeństwa.

Konsekwencją takiej wykładni art. 6 ust. 1 ustawy zasadniczej jest uznanie, iż wprowadzenie do porządku prawnego małżeństwa jednopłciowego wymaga uprzedniej zmiany ustawy zasadniczej[17]. Skoro elementem małżeństwa w rozumieniu ustawy zasadniczej była różnica płci, to bez formalnej zmiany brzmienia postanowień konstytucji nie może dojść do zmiany znaczenia tego pojęcia.

2.2. Różnica płci małżonków nigdy nie była elementem pojęcia małżeństwa?

W doktrynie reprezentowane jest także stanowisko, iż różnica płci małżonków nigdy nie należała do niezmiennych elementów konstytucyjnego pojęcia małżeństwa[18]. Konstytucja gwarantuje ochronę mał-

trwałość związku. Por. np. J. Ipsen, *Der Ehebegriff des Art. 6 Abs. 1 GG*, dz. cyt., s. 3–4.

14 Również zmieniony ustawą z dnia 20 lipca 2017 § 1353 ust. 1 niemieckiego Kodeksu cywilnego nie wskazywał na różnicę płci; przepis ten brzmiał: „Małżeństwo zostaje zawarte na całe życie". Różnica płci jako element definicyjny małżeństwa w prawie niemieckim (podobnie zresztą jak monogamiczność małżeństwa) stanowiła prawniczą oczywistość i *dlatego* ustawodawca zwykły, wprowadzając małżeństwo jednopłciowe, zdecydował się na następującą modyfikację brzmienia przepisu: „małżeństwo zostaje zawarte na całe życie *przez dwie osoby różnej lub tej samej płci*".

15 Zob. np. J. Ipsen (w:) *Protokół 68. posiedzenia Komisji prawnej i ochrony konsumentów z 28.09.2015*, s. 26, https://www.bundestag.de/blob/406982/ec2443bba04f1ae6c91824ace4127fec/protokoll-data.pdf (dostęp: 15.07.2018). Por. Ch. von Coelln, *Wenn, dann richtig…*, dz. cyt., s. 4. Podkreśla się przy tym, że chodzi o abstrakcyjnie pojęty charakter reprodukcyjny, właściwy małżeństwu jako rodzajowi wspólnoty życiowej; takiej natury instytucji małżeństwa nie wyklucza okoliczność, iż w konkretnym przypadku potencjał ten nie zostanie zaktualizowany. Por. np. Ch. Seiler, [Art. 6 Abs. 1] (w:) W. Kahl, Ch. Waldhoff, Ch. Walter (Hrsg.), *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, aktualizacja lipiec 2014, s. 44, 51–52.

16 *Wyrok z dnia 29 stycznia 1969*, BVerfGE 25, 167 (196).

17 Taki pogląd wyraził m.in. FTK w *Wyroku z dnia 17 lipca 2002*, BVerfGE 105, 313 (348).

18 „Do konstytucyjnie niezmiennych cech małżeństwa nie należy (…) związek mężczyzny i kobiety (…). Skoro art. 6 ust. 1 UZ dopuszcza jako małżeństwa również pary jednopłciowe, nie pojawia się kwestia transformacji konstytucji". Zob. F. Brosius-Gersdorf, *Schriftliche Stellungnahme zu der öffentlichen*

żeństwa jako instytucji odrębnej od rodziny – wymienienie tych instytucji w art. 6 ust. 1 („małżeństwo i rodzina pozostają pod szczególną ochroną") nie oznacza koniecznego związku między nimi[19]. Małżeństwo, w rozumieniu ustawy zasadniczej, nie ma z założenia funkcji reprodukcyjnej. Racją dla tej ochrony jest specyficzna funkcja małżeństwa: równouprawnieni partnerzy w ramach tej instytucji dają sobie wzajemnie wsparcie i biorą za siebie odpowiedzialność. Taką funkcję mogą również spełniać związki osób tej samej płci[20].

W świetle tego stanowiska konstytucyjne pojęcie małżeństwa co do zasady podlega ukształtowaniu przez ustawodawcę zwykłego[21]. W związku z powyższym kwestia, czy małżeństwo może być również związkiem osób jednej płci, zależy od decyzji ustawodawcy zwykłego. Konstytucyjne pojęcie małżeństwa nie wymaga z konieczności uwzględnienia związków jednopłciowych, ale jest na nie otwarte[22]. Jeżeli ustawodawca zwykły uwzględni w pojęciu małżeństwa związki jednopłciowe, związki te będą wówczas objęte ochroną, jaką przewiduje art. 6 ust. 1 ustawy zasadniczej[23].

Przyznaje się, że do tej pory w orzecznictwie FTK definiowano małżeństwo jako związek mężczyzny i kobiety, niemniej takich definicji nie należy uważać za wyczerpujące[24]. Również faktyczne wyobrażenia twórców ustawy zasadniczej nie są rozstrzygające dla rozumienia pojęcia małżeństwa: skoro kwestia małżeństw jednopłciowych nie była poruszana w trakcie prac nad tekstem ustawy zasadniczej, nie można uznawać, iż art. 6 ust. 1 ogranicza pojęcie małżeństwa do par różnopłciowych[25].

Konsekwencją takiego rozumienia art. 6 ust. 1 ustawy zasadniczej jest uznanie, że wprowadzenie małżeństwa jednopłciowego nie wymaga dokonania zmiany brzmienia tego przepisu ani też nie oznacza transformacji jego dotychczasowego znaczenia[26].

2.3. Różnica płci małżonków nie jest obecnie elementem pojęcia małżeństwa?

Reprezentowane jest również stanowisko, zgodnie z którym pierwotnie małżeństwo w rozumieniu art. 6 ust. 1 ustawy zasadniczej oznaczało związek mężczyzny i kobiety, ale z czasem doszło do zmiany znaczenia tego przepisu pomimo braku zmiany jego brzmienia[27], tak że „różnica płci nie stanowi już strukturalnego elementu pojęcia małżeństwa"[28]. Z takiego założenia wyszli projektodawcy ustawy z 20 lipca 2017 r.

W uzasadnieniu projektu ustawy wprost przyznano, że „przez długi czas różnica płci stanowiła konieczną przesłankę małżeństwa w rozumieniu art. 6 ust. 1"[29], niemniej podkreślono zarazem, że „znaczenie normy konstytucyjnej może się zmienić bez zmiany tekstu"[30]

Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucher-schutz des Deutschen Bundestages am 28. September 2015, 24.09.2015, s. 4, 5, https://www.bundestag.de/blob/389170/0f4dca827f7a9226ec0419093c33dd8c/brosius_gersdorf-data.pdf (dostęp: 15.07.2018). Por. również: „Metodologicznie nie chodzi tutaj (…) o transformację konstytucji, gdzie art. 6 ust. 1 przydana zostaje inna treść niż pierwotnie uregulowana przez ustawodawcę konstytucyjnego, ale o nową wykładnię art. 6 ust. 1 UZ w ramach obszaru normatywnego otwartego na taką wykładnię". Zob. W. Hecker, *„Ehe für alle" – Zur aktuellen Entscheidung des österreichischen Verfassungsgerichtshofs und der Rechtslage in Deutschland*, „Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht" 2018, nr 9, s. 622.

19 „Spójnik «i», znajdujący się w artykule 6 ust. 1 ZU (…) pełni funkcję wyliczenia, tak jak w wyrażeniu «lubię piłkę nożną i torty»". Zob. F. Wapler (w:) *Protokół 68 posiedzenia Komisji prawnej i ochrony konsumentów z 28.09.2015*, dz. cyt., s. 22.

20 F. Wapler (w:) *Protokół 68 posiedzenia Komisji prawnej i ochrony konsumentów z 28.09.2015*, dz. cyt., s. 22; F. Brosius-Gersdorf, *Schriftliche Stellungnahme…*, dz. cyt., s. 4, 11.

21 F. Brosius-Gersdorf, *Schriftliche Stellungnahme…*, dz. cyt., s. 4.

22 F. Brosius-Gersdorf (w:) *Protokół 68 posiedzenia Komisji prawnej i ochrony konsumentów z 28.09.2015*, dz. cyt., s. 36.

23 Tamże.

24 Tamże, s. 28.

25 F. Brosius-Gersdorf, *Schriftliche Stellungnahme…*, dz. cyt., s. 8.

26 Tamże, s. 5.

27 Por. np. J. Wasmuth, *Ende einer langen staatlichen Diskriminierung. Die Erweiterung des Ehebegriffs auf gleichgeschlechtlich orientierte Personen*, „Neue Justiz" 2017, nr 19, s. 353.

28 F. Wollenschläger, *Rechtsgutachten für die Bayerische Staatsregierung zur Frage der verfassungsrechtlichen…*, dz. cyt., s. 119, przy czym autor ten z rezerwą odnosi się do koncepcji „transformacji konstytucji".

29 Deutscher Bundestag, druk nr 18/6665 [Projekt ustawy o wprowadzeniu prawa do zawarcia małżeństwa przez osoby tej samej płci], s. 7.

30 Tamże.

wyrażającego tę normę. Podkreślono również, iż instytucja małżeństwa była gwarantowana przez ustawę zasadniczą nie „abstrakcyjnie", ale w kształcie, jaki „odpowiadał dominującym poglądom, znajdującym swój wyraz w uregulowaniach ustawowych"[31].

Wskazując na postanowienie FTK z 4 października 1993 r.[32], przyznano, że FTK odmówił wówczas „ze względów konstytucyjnych otwarcia małżeństwa na

mieniono wprowadzenie instytucji (jednopłciowego) partnerstwa życiowego do porządku prawnego ustawą z 16 lutego 2001 r., rozstrzygnięcia FTK kwestionujące – w oparciu o zasadę równego traktowania wyrażoną w art. 3 ustawy zasadniczej – odmienne traktowanie w świetle prawa małżeństw i związków życiowych w określonych dziedzinach życia, oraz zmiany społeczne[36].

Reprezentowane bywa stanowisko, zgodnie z którym pierwotnie małżeństwo w rozumieniu ustawy zasadniczej oznaczało związek mężczyzny i kobiety, ale z czasem doszło do zmiany znaczenia tego przepisu pomimo braku zmiany jego brzmienia.

homoseksualistów"[33]; niemniej odnosząc się do użytego przez FTK stwierdzenia o braku „wystarczających wskazań świadczących o zasadniczej zmianie pojmowania małżeństwa w tym sensie, że różnica płci nie ma już decydującego znaczenia"[34], podkreślono, że „w ten sposób nie została wykluczona na przyszłość zmiana w pojmowaniu małżeństwa, które dopuszczałoby otwarcie małżeństwa na pary jednopłciowe"[35].

Jako czynniki decydujące o zmianie treści normy konstytucyjnej w zakresie pojęcia małżeństwa wy-

Argumentem za zmianą znaczenia konstytucyjnego pojęcia małżeństwa ma być również dokonana w orzecznictwie FTK zmiana znaczenia pojęcia rodziców w rozumieniu art. 6 ust. 2 zd. 1 ustawy zasadniczej („Opieka nad dziećmi i ich wychowanie są przyrodzonym prawem rodziców, a przede wszystkim ich powinnością"). W wyroku z 19 lutego 2013 r. FTK uznał, że dwie osoby tej samej płci mogą być rodzicami dziecka w rozumieniu ww. przepisu[37]. Skoro zatem

31 Tamże.

32 *Postanowienie z dnia 4 października 1993*, 1 BvR 640/93.

33 Deutscher Bundestag, druk nr 18/6665, s. 7.

34 Odmawiając wówczas przyjęcia do rozpatrzenia skargi konstytucyjnej kwestionującej dopuszczalność ograniczenia małżeństwa do par różnopłciowych, FTK stwierdził: „Skarga konstytucyjna nie wskazuje żadnych istotnych nowych aspektów, które mogłyby stanowić okazję do ponownej analizy (…) orzecznictwa [podkreślającego, że małżeństwo jest związkiem mężczyzny i kobiety – uzup. aut.]. W szczególności brak jest wystarczających wskazań świadczących o zasadniczej zmianie pojmowania małżeństwa w tym sensie, że różnica płci nie ma już decydującego znaczenia".

35 Deutscher Bundestag, druk nr 18/6665, s. 7.

36 Tamże, s. 8.

37 W wyroku tym wskazano m.in.: „Z uwagi na ówczesną kryminalizację i społeczną dezaprobatę homoseksualizmu w momencie tworzenia Ustawy Zasadniczej należy wprawdzie przyjąć, że przy opracowywaniu art. 6 ust. 2 Ustawy Zasadniczej myślano wyłącznie o zróżnicowanych płciowo rodzicach. W normie nie ma więc świadomego sprzeciwu wobec uznania rodziców tej samej płci; co więcej znajdowało się to poza ówczesnym horyzontem myślowym". Zob. *Wyrok FTK z dnia 19 lutego 2013*, BVerfGE 133, 59 (79). Z drugiej strony należy pamiętać, że „w przeciwieństwie do małżeństwa, Federalny Trybunał Konstytucyjny nigdy nie uznawał rodzicielstwa jako gwarancji instytucji z przynależną mu różnicą płci jako elementem strukturalnym, który może zostać zmieniony poprzez zmianę konstytucji".

mogło dojść do zmiany pojęcia rodziców, nie ma racji dla przyjmowania niezmienności pojęcia małżeństwa i uwzględnienia w nim par jednopłciowych[38]. Wskazuje się również, iż w orzecznictwie FTK podano w wątpliwość, by reprodukcyjny aspekt małżeństwa oraz jego zdatność do stworzenia warunków do wychowania dzieci stanowiły podstawę do odmiennego traktowania związków jednopłciowych: „Po pierwsze, nie w każdym małżeństwie obecne są dzieci i nie każde małżeństwo jest ukierunkowane na dzieci. Po drugie, zdarza się coraz częściej, że dzieci są wychowywane w partnerstwie życiowym. (…) Również zarejestrowane partnerstwo życiowe umożliwia dorastanie dzieci w «bezpiecznych warunkach»"[39].

3. Różnica płci małżonków a pojęcie małżeństwa – próba oceny stanowisk

To, czy ustawa nowelizująca niemiecki Kodeks cywilny poprzez zmianę definicji małżeństwa jest zgodna z niemiecką konstytucją, w sposób *wiążący* rozstrzygnąć mógłby jedynie FTK[40]. Rozstrzygnięcie to byłoby *wiążące*, ale niekoniecznie musiałoby być teoretycznie (argumentacyjnie) prawidłowe[41].

Z perspektywy teoretycznej najmniej przekonujące wydaje się stanowisko uznające, że różnica płci nigdy nie stanowiła koniecznego elementu konstytucyjnego pojęcia małżeństwa. W ramach krytyki immanentnej tego stanowiska można podnosić, iż skoro element różnicy płci podkreślany przez dziesięciolecia w orzecznictwie FTK i doktrynie nie stanowił strukturalnego elementu konstytucyjnego pojęcia małżeństwa, dlaczego pojęciu temu należałoby w ogóle przypisywać jakikolwiek trwały element treściowy, który – co do zasady – nie podlegałby dyspozycji ustawodawcy zwykłego. Podobnie, skoro definicje konstytucyjnego pojęcia małżeństwa przytaczane do tej pory w orzecznictwie czy doktrynie uzna się za niewyczerpujące (tj. definiowanie małżeństwa jako związek mężczyzny i kobiety nie wykluczałoby tego, że *tylko* takie związki mogą być małżeństwem w rozumieniu ustawy zasadniczej), nie ma żadnych ograniczeń dla „uzupełnienia" definicji małżeństwa innymi rodzajami związków. Również pogląd, iż to ustawodawca zwykły określa znaczenie tego pojęcia, budzi wątpliwości. Prowadzi on do podważenia spójności systemu prawnego i idei ochrony konstytucyjnej: ustawodawca zwykły mógłby wówczas manipulować zakresem zastosowania norm konstytucyjnych[42]. Podobnie nie wydaje się przekonującym argumentem wskazanie na okoliczność, iż twórcy konstytucji z 1949 r. nie dyskutowali o tym, czy pojęcie małżeństwa powinno obejmować pary jednopłciowe – twórcy konstytucji mieli bowiem określone pojęcie instytucji małżeństwa, którą chcieli chronić[43].

W świetle dostępnych źródeł prawnych nie ulega wątpliwości, że konstytucyjne rozumienie małżeństwa obejmowało różnicę płci. W związku z powyższym trafny wydaje się pogląd, iż konstytucyjność ustawy z 20 lipca 2017 r. można jedynie uzasadnić, przyjmując dynamiczną wykładnię art. 6 ust. 1 ustawy zasadniczej, tj. przyjmując, iż z czasem doszło do transformacji znaczenia pojęcia małżeństwa.

Zob. F. Wollenschläger, *Rechtsgutachten für die Bayerische Staatsregierung zur Frage der verfassungsrechtlichen…*, dz. cyt., s. 101.

38 M. Bruns, [Stanowisko przed komisją prawną], 28.09.2015, s. 21, https://www.bundestag.de/blob/385490/75e885af41b4aa8f1b9ed84c44275840/bruns-data.pdf (dostęp: 15.07.2018). Argument ten podnoszony jest również przez zwolenników stanowiska omówionego w pkt 2.2.

39 *Wyrok FTK z dnia 7 maja 2013*, BVerfGE 133, 377 (420).

40 Jest to jednak mało prawdopodobne w związku z rezygnacją ze strony rządu Bawarii z zapowiadanych wcześniej planów wszczęcia procedury abstrakcyjnej kontroli norm. Por. W. Hecker, *Ehe für alle – Ende des Streits über die Verfassungsmäßigkeit der Neuregelung*, „Neue Juristische Online-Zeitschrift" 2018, nr 18, s. 641.

41 Por. *bon mot* sędziego Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych. Roberta H. Jacksona: „We are not final because we are infallible, but we are infallible only because we are final". Zob. *Brown v. Allen*, 344 U.S. 443, 540.

42 Respektowanie autonomicznego znaczenia pojęć konstytucyjnych jest szeroko akceptowanym postulatem we współczesnym konstytucjonalizmie. Por. np. uwagi M. Safjana dotyczące pojęć autonomicznych w Konstytucji RP oraz przywoływane przez niego orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego, Europejskiego Trybunału Praw Człowieka i Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (*Wprowadzenie* [w:] M. Safjan, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP*, t. 1: *Komentarz do art. 1–86*, Warszawa 2016, nb. 72–98).

43 Nie ulega wątpliwości, że znane im było zjawisko homoseksualizmu, i nic nie wskazuje, by chcieli objąć szczególną ochroną związki jednopłciowe.

Należy zarazem skonstatować brak wyraźnej granicy pomiędzy (i) stanowiskiem uznającym, że konstytucyjność ustawy z 2017 r. nie zakłada zmiany znaczenia art. 6 ust. 1 ustawy zasadniczej, a (ii) stanowiskiem, iż konstytucyjność tej ustawy jest uwarunkowana zmianą znaczenia tego przepisu. Argumentując, że nie doszło do ewolucji znaczenia ustawy zasadniczej, jako że art. 6 ust. 1 był i jest „otwarty" na „włączenie" w jego zakres związków jednopłciowych, *implicite* przyznaje się, że dotychczas, przy wykładni art. 6 ust. 1, takie związki znajdowały się poza zakresem przepisu.

Konstytucyjność ustawy z 20 lipca 2017 r. można jedynie uzasadnić, przyjmując dynamiczną wykładnię art. 6 ust. 1 ustawy zasadniczej, zakładając, że z czasem doszło do transformacji znaczenia pojęcia małżeństwa.

Na zacieranie granicy pomiędzy tymi stanowiskami wskazuje również twierdzenie, podnoszone przez zwolenników tezy o braku ewolucji znaczenia art. 6 ust. 1, zgodnie z którym za uwzględnieniem w art. 6 ust. 1 ustawy zasadniczej związków jednopłciowych miałby przemawiać art. 12 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka wyrażający prawo do zawarcia małżeństwa[44]. Sformułowano bowiem argument, iż gwarantowane w art. 12 Konwencji prawo – w świetle interpretacji dokonanej przez Europejski Trybunał Praw Człowieka w wyroku *Schalk i Kopf p. Austrii* – nie ogranicza się do par różnopłciowych, ale otwarte jest na zawarcie małżeństwa przez pary jednopłciowe; z kolei wykładnia ustawy zasadniczej powinna być przyjazna prawu międzynarodowemu[45]. Niezależnie od ewidentnej nietrafności tego argumentu (zgodnie z dotychczasowym orzecznictwem Trybunału art. 12 Konwencji zawiera tradycyjne pojęcie małżeństwa jako związku mężczyzny i kobiety)[46], sama *próba* odwołania się w tym zakresie do wykładni Konwencji przez Trybunał zakłada akceptację dynamicznej (ewolucyjnej) wykładni postanowień konwencyjnych[47]. Odpowied-

44 Art. 12 *Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z dnia 4 listopada 1950* (Dz.U. 1993, nr 61, poz. 284 ze zm.): „Mężczyźni i kobiety w wieku małżeńskim mają prawo do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny, zgodnie z ustawami krajowymi regulującymi korzystanie z tego prawa".

45 F. Brosius-Gersdorf, *Die Ehe für alle durch* Änderung *des BGB*, „Neue Juristische Wochenschrift" 2015, nr 49, s. 3559 oraz *Protokół 68. posiedzenia Komisji prawnej i ochrony konsumentów z 28.09.2015*, s. 44.

46 Por. np. *Wyrok Wielkiej Izby z dnia 16 lipca 2014 w sprawie Hämäläinen p. Finlandii*, skarga nr 37359/09, pkt 96. Z kolei w wyroku *Schalk i Kopf p. Austrii* Europejski Trybunał Praw Człowieka stwierdził: „Regard being had to Article 9 of the Charter [Charter of Fundamental Rights of the European Union], therefore, the Court would no longer consider that the right to marry enshrined in Article 12 must in all circumstances be limited to marriage between two persons of the opposite sex. Consequently, it cannot be said that Article 12 is inapplicable to the applicants' complaint. However, as matters stand, the question whether or not to allow same-sex marriage is left to regulation by the national law of the Contracting State. (…) Article 12 of the Convention does not impose an obligation on the respondent Government to grant a same-sex couple like the applicants access to marriage". Zob. *Wyrok z dnia 24 czerwca 2010 w sprawie Schalk i Kopf p. Austrii*, skarga nr 30141/04, pkt 61 i 63. Wywodzenie z tych twierdzeń, iż art. 12 Konwencji przemawia za „otwarciem" art. 6 ust. 1 ustawy zasadniczej na małżeństwa jednopłciowe jest bezzasadne.

47 Taka próba musi bowiem zakładać zmianę podejścia Trybunału w wyroku *Schalk i Kopf p. Austrii* do wykładni art. 12

nio argumentowanie, iż dynamicznie interpretowana Konwencja miałaby uzasadniać „włączenie" w zakres art. 6 ust. 1 ustawy zasadniczej związków jednopłciowych zakłada dopuszczenie ewolucji znaczenia postanowień ustawy zasadniczej.

4. Proces transformacji pojęcia małżeństwa

Warto zwrócić uwagę, że w renomowanej publikacji z zakresu niemieckiego prawa publicznego z 2009 r. *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland* (t. 7) stwierdzono, iż pogląd, jakoby różnica płci nie była istotnym elementem małżeństwa w rozumieniu art. 6 ust. 1 ustawy zasadniczej, nie zasługuje na poważne potraktowanie w ramach nauki prawa, ale stanowi jedynie prowokację w debacie publicznej[48]. Kiedy i w jaki sposób doszło zatem do radykalnej zmiany znaczenia konstytucyjnego pojęcia małżeństwa, której wyrazem jest – żywione przez część niemieckiej doktryny – przekonanie o konstytucyjności ustawy z 20 lipca 2017 r.?[49]

W 1993 r. FTK odmówił rozpatrzenia skargi konstytucyjnej w sprawie odmowy zgody na zawarcie małżeństwa przez jednopłciową parę, uznając, że złożona skarga „nie ma istotnego znaczenia prawno-konstytucyjnego"[50], oraz podkreślając, że w świetle swojego stałego orzecznictwa „małżeństwem w rozumieniu art. 6 ust. 1 [ustawy zasadniczej] jest związek mężczyzny i kobiety". Wydaje się, że na moment wydania tego orzeczenia znaczenie pojęcia małżeństwa pozostawało niezmienione[51].

W dniu 16 lutego 2001 r. została uchwalona przez Bundestag ustawa wprowadzająca instytucję partnerstwa życiowego[52]. Zgodnie z uzasadnieniem projektu ustawy jej celem było zlikwidowanie dyskryminacji

W 1993 r. FTK odmówił rozpatrzenia skargi konstytucyjnej w sprawie odmowy zgody na zawarcie małżeństwa przez jednopłciową parę, uznając, że złożona skarga „nie ma istotnego znaczenia prawno-konstytucyjnego".

w stosunku do wcześniejszego orzecznictwa (por. np. „the right to marry guaranteed by Article 12 refers to the traditional marriage between persons of opposite biological sex", *Wyrok z dnia 17 października 1986 w sprawie Rees v. the United Kingdom*, skarga nr 9532/81, pkt 49).

48 J. Ipsen, *Ehe und Familie* (w:) J. Isensee, P. Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, t. 7: *Freiheitsrechte*, Heidelberg 2009, s. 435.

49 Pytania te rozważane są w perspektywie prawnej. W związku z powyższym pominięte zostaną wskazywane w literaturze zmiany społeczne w Niemczech dotyczące zachowań seksualnych, zawierania i rozwiązywania małżeństw, rozpowszechnienia pożycia w ramach związków faktycznych itp.

50 *Postanowienie z dnia 4 października 1993*, 1 BvR 640/93.

51 Na ten judykat powołują się zwolennicy konstytucyjnej dopuszczalności małżeństw jednopłciowych. Pogląd ten wydaje się jednak nadinterpretacją. Po pierwsze, orzeczenie to nie ma charakteru merytorycznego i nie ma mocy wiążącej (zob. Ch. von Coelln, *Wenn, dann richtig…*, dz. cyt., s. 7). Po drugie, w tym samym orzeczeniu FTK podkreślił reprodukcyjny charakter małżeństwa w rozumieniu ustawy zasadniczej: „zasadniczej zmiany koncepcji małżeństwa w sensie wskazywanym przez skarżących nie uzasadnia to, że zawarcie małżeństwa nie zależy od zdolności reprodukcyjnej partnerów (…). (…) małżeństwo jest przede wszystkim dlatego chronione konstytucyjnie, ponieważ ma na celu umożliwienie prawnego zabezpieczenia dla partnerów w zakładaniu rodziny ze wspólnymi dziećmi".

52 Bundesgesetzblatt z dnia 22 lutego 2001, cz. 1, s. 266.

par jednopłciowych. Projektodawcy nie zdecydowali się przy tym na zrównanie związków jednopłciowych z małżeństwem; jak podkreślono: „projekt ustawy odróżnia zarejestrowane partnerstwo życiowe od małżeństwa, uwzględniając to, że małżeństwo – jako związek mężczyzny i kobiety zawierany dla stworzenia wspólnoty życiowej – znajduje się pod szczególną ochroną Państwa zgodnie z art. 6 ust. 1 ustawy zasadniczej”[53].

FTK badał zgodność tej ustawy z ustawą zasadniczą. Wnioskodawcy inicjujący postępowanie przed FTK argumentowali, iż małżeństwo zostaje pozbawione szczególnej ochrony przewidzianej w konstytucji w przypadku, gdy ustawodawca zwykły tworzy analogiczne instytucje dla innych wspólnot życiowych. Szczególna ochrona małżeństwa przewidziana w art. 6 ust. 1 ustawy zasadniczej wymaga utrzymania wyraźnego dystansu pomiędzy prawną formą małżeństwa i partnerstwa życiowego. Tymczasem ustawodawca zwykły zamierza w ustawie z 16 lutego 2001 r. skopiować małżeństwo[54].

W wyroku z 17 lipca 2002 r., uznającym zgodność ustawy z 16 lutego 2001 r. z art. 6 ust. 1 ustawy zasadniczej, FTK wielokrotnie podkreślił, że wprowadzenie instytucji związków partnerskich nie stanowi zagrożenia dla instytucji małżeństwa. W szczególności FTK podkreślił w tym kontekście istotnościową, a nie jedynie nominalną, różnicę instytucji małżeństwa i partnerstwa życiowego związaną z odmiennością płci, która stanowi strukturalny element małżeństwa: „Zarejestrowane partnerstwo życiowe (…) nie jest małżeństwem z fałszywą etykietką (…) ale czymś innym [*aliud*] w stosunku do małżeństwa. Różnica pomiędzy tymi instytucjami nie opiera się na ich oznaczeniu, ale na okoliczności, że w ramach partnerstwa życiowego wiążą się partnerzy o tej samej płci, a nie mężczyźni i kobiety”[55]. Ta sama płeć partnerów odróżnia partnerstwo życiowe od małżeństwa i powoduje, że „partnerstwo życiowe nie jest małżeństwem w rozumieniu art. 6 ust. 1 ustawy zasadniczej”[56]. W związku z powyższym ustawa wprowadzająca instytucję partnerstwa życiowego nie umniejszy zakresu prawnej ochrony i wspierania małżeństwa ani nie będzie oddziaływać na „strukturalne, konstytucyjne zasady i ukształtowanie”[57] instytucji małżeństwa.

> **FTK wielokrotnie podkreślał, że wprowadzenie instytucji związków partnerskich nie stanowi zagrożenia dla instytucji małżeństwa.**

FTK stwierdził również, że konstytucyjna ochrona małżeństwa nie zakazuje przyznania innym instytucjonalnym formom pożycia mniejszego zakresu uprawnień niż małżeństwu. O ile przyznano, iż konstytucyjna ochrona małżeństwa dopuszcza prawne uprzywilejowanie tej instytucji, jednocześnie podkreślono, że takie uprzywilejowanie nie jest konstytucyjnie nakazane[58]. Co więcej, FTK uznał, że konstytucyjna ochrona małżeństwa nie wymaga tego, by inne instytucjonalne formy pożycia ukształtowane zostały w sposób zachowujący dystans w stosunku do małżeństwa i były opatrzone mniejszym zakresem uprawnień niż małżeństwo. Nadto zasygnalizowano, iż wprowadzenie instytucji związków partnerskich stanowi realizację konstytucyjnej zasady równości

53 Deutscher Bundestag, druk nr 14/3751, s. 1.

54 Zob. streszczenie argumentacji w *Wyroku FTK z dnia 17 lipca 2002*, BVerfGE 105, 313 (321–322).

55 BVerfGE 105, 313 (351).

56 BVerfGE 105, 313 (345 i 348).

57 BVerfGE 105, 313 (346).

58 BVerfGE 105, 313 (348). Zob. też: „W świetle prawa konstytucyjnego nie ma podstaw do przyjmowania, iż szczególna ochrona małżeństwa wymaga, by inne wspólnoty życiowe były ukształtowane z zachowaniem dystansu wobec małżeństwa i by wspólnotom tym przyznano mniej praw” (tamże).

wyrażonej w art. 3 ust. 1 ustawy zasadniczej („Wszyscy są równi wobec prawa")[59].

W dniu 15 grudnia 2004 r. Bundestag uchwalił Ustawę o zmianie prawa dotyczącego partnerstwa życiowego[60]. Ustawa przewidywała istotne upodobnienie prawa związków partnerskich do prawa małżeńskiego[61]. Zgodnie z intencją projektodawców należało „przezwyciężyć sztuczne różnice pomiędzy małżeństwem i związkiem partnerskim"[62]. Co istotne, projektodawcy, przedstawiając taki cel regulacji, powołali się na wyrok FTK z 17 lipca 2002 r. Ich zdaniem wyrok ten „otworzył drzwi dla daleko idącego zrównania zarejestrowanego partnerstwa życiowego (…) z małżeństwem"[63]. Ustawa wprowadzała dla partnerstwa życiowego rozwiązania z prawa małżeńskiego w takich aspektach jak: ustroje majątkowe, kwestie alimentacyjne, rozwiązanie partnerstwa życiowego, przysposobienie pasierba, wyrównanie roszczeń rentowych czy świadczenia na wypadek śmierci partnera.

Po uchwaleniu tej ustawy FTK wydał szereg orzeczeń, w których niejako kontynuował zamierzenie ustawodawcy zwykłego w zakresie zrównania partnerstwa życiowego z małżeństwem[64]. W rozstrzyganych przez siebie sprawach FTK badał, czy odmienna sytuacja małżonków i partnerów w ramach partnerstwa życiowego w różnych obszarach prawa jest usprawiedliwiona w świetle art. 3 ust. 1 ustawy zasadniczej[65]. We wszystkich tych sprawach FTK stwierdzał, że traktowanie związków partnerskich inaczej niż małżeństw narusza zasadę równości.

W wyroku z 7 lipca 2009 r. FTK stwierdził, że jeżeli uprzywilejowaniu małżeństwa towarzyszy gorsze traktowanie innych form pożycia, pomimo tego, że są one porównywalne do małżeństwa pod względem regulowanych stanów faktycznych i celów regulacji, wówczas samo wskazanie na obowiązek ochrony małżeństwa nie może usprawiedliwiać różnego traktowania[66]. W związku z powyższym „bez dodatkowego uzasadnienia art. 6 ust. 1 [ustawy zasadniczej] nie może usprawiedliwiać nierównego traktowania partnerstwa życiowego względem małżeństwa"[67]. O ile zatem w wyroku z 2002 r. FTK stwierdził, iż brak jest *nakazu* uprzywilejowania małżeństwa względem innych form pożycia, to obecnie FTK zakwestionował *dopuszczalność* takiego uprzywilejowania[68].

Powyższe rozumowanie powtarzane było w kolejnych wyrokach kwestionujących uprzywilejowanie małżonków wobec partnerów życiowych w poszczególnych sferach prawa. Odwołując się do tego orzecznictwa, projektodawcy ustawy z 2017 r. zmieniającej definicję małżeństwa podkreślili wiodącą rolę FTK w zakwestionowaniu nierównego traktowania partnerów i małżonków w świetle prawa[69]. Taka ocena orzecznictwa FTK wydaje się trafna. Pomimo afirmowania w orzeczeniach dotyczących partnerstwa życiowego odmienności płci jako strukturalnego elementu małżeństwa w rozumieniu ustawy zasadniczej FTK zaakceptował argumentacyjne przesłanki, które stoją w sprzeczności z taką afirmacją[70]. Konsekwentne eliminowanie różnic pomiędzy małżeństwem a part-

59 BVerfGE 105, 313 (346 i 348).

60 Bundesgesetzblatt, cz. 1, 2004, nr 69, s. 3396 i n.

61 Deutscher Bundestag, druk nr 15/3445, s. 1.

62 Tamże.

63 Tamże, s. 14.

64 Zob. *Wyrok z dnia 7 lipca 2009*, BVerfGE 124, 199 dotyczący świadczeń rentowych na wypadek śmierci pracowników służby publicznej; *Wyrok z dnia 21 lipca 2010*, BVerfGE 126, 400 dotyczący sytuacji partnerów na gruncie podatku od spadków i darowizn; *Wyrok z dnia 19 czerwca 2012*, BVerfGE 131, 239 dotyczący dodatków rodzinnych dla urzędników; *Wyrok z dnia 19 lutego 2013*, BVerfGE 133, 59 dotyczący prawa do następczej adopcji dziecka przysposobionego przez partnera; *Wyrok z dnia 7 maja 2013*, BVerfGE 133, 377 dotyczący wspólnego rozliczenia podatkowego dla małżonków.

65 J. Ipsen, *Der Ehebegriff des Art. 6 Abs. 1 GG*, dz. cyt., s. 5.

66 *Wyrok z dnia 7 lipca 2009*, BVerfGE 124, 199 (226).

67 *Wyrok z dnia 7 lipca 2009*, BVerfGE 124, 199 (211).

68 Por. Ch. Hillgruber, *Anmerkung zu BVerfG, 1 BvR 1164/07 vom 7.7.2009*, „Juristenzeitung" 2010, nr 1, s. 41.

69 „Prawne zrównanie zarejestrowanych związków partnerskich z małżonkami, które było celem ustawy o partnerstwie życiowym, zostało zrealizowane (…) w wielu dziedzinach prawa. Przy czym w wielu wypadkach to Federalny Trybunał Konstytucyjny kwestionowała nadal istniejące nierówne traktowanie". Zob. Deutscher Bundestag, druk nr 18/6665, s. 8.

70 Niespójność stanowiska FTK podkreślana jest w literaturze – por. np. S. Rixen, *Das Ende der Ehe? – Neukonturierung der Bereichsdogmatik von Art. 6 Abs. 1 GG: ein Signal des spanischen Verfassungsgerichts*, „Juristenzeitung" 2013, nr 18, s. 871.

nerstwem życiowym spowodowało, że różnica pomiędzy tymi instytucjami stała się jedynie nominalna, co z kolei doprowadziło do kwestionowania zasadności szczególnej ochrony małżeństwa jako (jedynie) związku mężczyzny i kobiety[71].

W dniu 26 listopada 2015 r. została uchwalona Ustawa o uregulowaniu prawa partnerów życiowych[72], która przewidywała dalsze upodobnienie instytucji partnerstwa życiowego do małżeństwa na gruncie różnego rodzaju przepisów rangi ustawowej i podustawowej[73]. W dniu 1 października 2017 r. weszła w życie Ustawa o wprowadzeniu prawa do zawarcia małżeństwa przez osoby tej samej płci.

5. Uwagi krytyczne

Ustawa z 2017 r. zmieniająca definicję małżeństwa, w oczach projektodawców, ma stanowić dopełnienie realizacji celu zamierzonego ustawą z 2001 r. wprowadzającą partnerstwo życiowe, tj. zniesienie dyskryminacji par jednopłciowych. Uniemożliwienie parom jednopłciowym zawarcia związku małżeńskiego ma bowiem stanowić „konkretną i symboliczną dyskryminację ludzi ze względu na ich tożsamość seksualną"[74].

Konsekwentne eliminowanie różnic pomiędzy małżeństwem a partnerstwem życiowym spowodowało, że różnica między tymi instytucjami stała się jedynie nominalna.

Stwierdzenie to jest oczywiście paradoksalne, jeśli zestawi się je z uwarunkowaniami ustawy wprowadzającej związki partnerskie i twierdzeniami FTK zawartymi w wyroku uznającym jej zgodność z ustawą zasadniczą: projektodawcy ustawy nie zdecydowali się wówczas na zrównanie związków jednopłciowych z małżeństwem, ponieważ nie pozwalała na to konstytucyjna ochrona małżeństwa[75]; z kolei FTK w wyroku z 17 lipca 2002 r. zastrzegł, że wprowadzenie partnerstwa życiowego nie będzie oddziaływać na elementy strukturalne małżeństwa, powołując się

71 Por. pogląd, iż wyciągając wnioski z orzecznictwa FTK, „można argumentować, że (…) daleko idące zrównanie małżeństwa i zarejestrowanego związku życiowego oraz relatywizacja racji dla szczególnej ochrony (różnopłciowego) małżeństwa w stosunku do (jednopłciowego) zarejestrowanego partnerstwa życiowego nie może pozostać bez konsekwencji dla rozumienia instytucjonalnej gwarancji małżeństwa. Jeżeli instytucja prawna, taka jak małżeństwo, znajduje się «pod szczególną ochroną porządku państwowego» (…), oznacza to, że szczególnie chroniona instytucja prawna musi odróżniać się od innych instytucji, aby było możliwe uzasadnienia tej ochrony". Zob. F. Wollenschläger, *Rechtsgutachten für die Bayerische Staatsregierung zur Frage der verfassungsrechtlichen…*, dz. cyt., s. 53. Z kolei ewent. stanowisko podkreślające „ścisłe rozdzielenie konstytucyjnej pojęcia małżeństwa i kwestii równego traktowania małżeństwa i zarejestrowanego związku życiowego" (tamże) wydaje się mało przekonujące.

72 Bundesgesetzblatt z dnia 25 listopada 2015, cz. 1, s. 2010. W uzasadnieniu projektu ustawy wskazywano następujący problem, który miała rozwiązać ustawa: „W niektórych przepisach prawa cywilnego i prawa procesowego, a także w innych przepisach prawa publicznego, małżeństwo i partnerstwo życiowe traktowane są w odmienny sposób pomimo tego, że brak ku temu przekonujących racji". Zob. Deutscher Bundestag, druk nr 18/5901, s. 1.

73 M.in. w przepisach procedury administracyjnej, procedury cywilnej, prawie upadłościowym, Kodeksie karnym, Kodeksie cywilnym.

74 Deutscher Bundestag, druk nr 18/6665, s. 1.

75 Niewykluczone, że projektodawcom przyświecało myślenie strategiczne, tj. dążenie do zmiany znaczenia normy konstytucyjnej przy pominięciu właściwej ku temu procedury prawnej; zob. np. J. Braun, *„Ein neues familienrechtliches Institut". Zum Inkrafttreten des Lebenspartnerschaftsgesetzes*, „Juristenzeitung" 2002, nr 1, s. 26–27.

przy tym na istotową różnicę między małżeństwem a partnerstwem życiowym.

Podkreślanie odrębności małżeństwa i partnerstwa życiowego miało miejsce na etapie oceny konstytucyjności ustawy wprowadzającej partnerstwo życiowe. Po udzieleniu jej konstytucyjnego „błogosławieństwa" nastąpił natomiast konsekwentny proces upodobniania partnerstwa życiowego do małżeństwa[76].

uzasadnienia zastąpienie jego pierwotnego znaczenia innym znaczeniem; w konsekwencji doszło do zastąpienia konstytucyjnej aksjologii innymi wartościami. Co istotne, dokonało się to wobec instytucji, która zgodnie z rozstrzygnięciem ustawodawcy konstytucyjnego miała być objęta „szczególną" ochroną.

W świetle argumentacyjnych przesłanek prowadzących do tego rezultatu można rozważać: (i) za-

Poczynania ustawodawcy zwykłego i FTK, można retrospektywnie postrzegać jako swoisty *coup d'état* w odniesieniu do znaczenia ustawy zasadniczej i jej aksjologicznej struktury.

Zakładając, że ustawa z 2017 r. zostanie uznana za konstytucyjną, poczynania ustawodawcy zwykłego i FTK, począwszy od uchwalenia ustawy z 2001 r. i wydania wyroku potwierdzającego jej konstytucyjność, można retrospektywnie postrzegać jako swoisty *coup d'état* w odniesieniu do znaczenia ustawy zasadniczej i jej aksjologicznej struktury[77]. Ustawodawca zwykły, *dążąc do celu, którego realizacji sprzeciwiała się* ustawa zasadnicza (w świetle jej powszechnie akceptowanego znaczenia), przy kluczowym współdziałaniu FTK doprowadził, krok po kroku, do zmiany tego znaczenia, tak aby możliwe było osiągnięcie zamierzonego celu. W tym świetle dynamiczna wykładnia konstytucji jawi się nie jako harmonijny rozwój znaczenia aktu prawnego, ale jako arbitralne i pozbawione prawnego kwestionowanie nie tylko *nakazu* uprzywilejowania małżeństwa, ale również *dopuszczalności* takiego uprzywilejowania i powiązaną z tym (ii) zmianę postrzegania relacji art. 3 ust. 1 (zasady równości) do art. 6 ust. 1 (ochrony małżeństwa).

W doktrynie niemieckiej wyrażono pogląd, iż proces zainicjowany przez ustawodawcę zwykłego i FTK, który doprowadził do zmiany znaczenia pojęcia małżeństwa, oparty był na uznaniu priorytetu zasady równości wobec ochrony małżeństwa, a zatem na zakwestionowaniu tego, iż art. 6 ust. 1 stanowi *lex specialis* wobec art. 3 ust. 1. Doprowadziło to – w sposób nieuchronny – do przekonania, iż nie ma podstaw, by w jakimkolwiek zakresie małżeństwo było prawnie uprzywilejowane w stosunku do związku partnerskiego. To z kolei doprowadziło do uznania, iż nie ma podstaw do utrzymywania różnych instytucji prawnych[78].

76 Por. Ch. Hillgruber, *Anmerkung zu BVerfG,* 1 *BvR 1164/07 vom 7.7.2009*, dz. cyt., s. 42.

77 Por. „W swoim dziesięcioletnim orzecznictwie dotyczącym zarejestrowanego partnerstwa życiowego Federalny Trybunał Konstytucyjny przekroczył granice interpretacji postanowień konstytucyjnych. (…) Doszło do zmiany pojęcia małżeństwa w samym jego rdzeniu". Zob. G. Gade, Ch. Thiele, *Ehe und eingetragene Lebenspartnerschaft. Zwei namensverschiedene Rechtsinstitute gleichen Inhalts? – 10 Jahre Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur eingetragenen Lebenspartnerschaft*, „Die Öffentliche Verwaltung" 2013, nr 4, s. 151.

78 Por.: „Zmiana nastąpiła w momencie, gdy Federalny Trybunał Konstytucyjny postawił art. 3 UZ ponad art. 6 UZ i stwierdził: Artykuł 6 UZ nie wystarcza nam już jako argument uzasadniający odmienne traktowanie. (…) W ten sposób został uruchomiony *Slippery Slope*, tak, że obecnie (…) nie widać w ogóle powodów, które mogłyby uzasadnić to, że małżeństwo może być w jakikolwiek sposób traktowane

Można pokusić się o dwa uzupełnienia powyższej diagnozy[79]. Po pierwsze, wydaje się, że istotne przesunięcie w postrzeganiu relacji art. 3 ust. 1 i art. 6 ust. 1 dokonuje się już wówczas, gdy – zgodnie z intencją ustawodawcy zwykłego – brak prawnego uregulowania związków jednopłciowych uznaje się za ich dyskryminację w sensie konstytucyjnym (odpowiednio – wprowadzenie instytucji związków partnerskich uznaje się za realizację wymogu zasady równości[80]). Już w tym momencie, w sensie teoretycznym, dochodzi do uruchomienia dynamiki *nieuchronnie* prowadzącej do zmiany pojęcia małżeństwa[81]. Wprowadzenie instytucji partnerstwa życiowego będzie bowiem uznane jedynie za początek wyeliminowania dyskryminacji – zwieńczeniem tego celu może być wyłącznie zrównanie prawnego statusu instytucji partnerstwa życiowego z małżeństwem; przy czym nie wystarczy samo zrównanie uprawnień partnerów i małżonków; niezbędne będzie usunięcie „symbolicznej dyskryminacji"[82] przejawiającej się w utrzymaniu różnych instytucji. Stąd też trudno odmówić racji stanowisku upatrującemu „transformacji konstytucji dokonanej w ramach sądownictwa konstytucyjnego" już w kontekście wyroku FTK z 17 lipca2002 r.[83]

Po drugie, uznanie dyskryminacji związków jednopłciowych w stosunku do małżeństwa (związków opartych na różnicy płci) uzależnione jest od określonego sposobu zidentyfikowania racji dla uprzywilejowania przez ustawodawcę małżeństwa i pojmowania jego istoty. U podstaw bowiem stosowania – wydawałoby się formalnej – zasady równości zawsze znajdują się oceny o charakterze substancjalno-aksjologicznym: „przy każdym stosowaniu zasady równości należy mieć na uwadze, że pojęcie «równość» w sposób nieunikniony zawiera światopoglądowe (…) przedsądy i kryteria"[84].

Jeżeli przyjmie się, że racją uprzywilejowania małżeństwa jest uznanie, i*ż w ramach tego związku, o* charakterze intymnym, *dwie osoby* podejmują decyzję o wzięciu *za siebie* odpowiedzialności i zobowiązują się do partnerskiego wsparcia – wówczas nasuwa się wniosek o braku uzasadnienia dla *różnicowania* prawnego statusu związków jednopłciowych i opartych na różnicy płci. Natomiast jeżeli uzna się, przykładowo, że prawna ochrona małżeństwa istotowo oparta jest na wartościującym uchwyceniu pewnego – mówiąc językiem Herberta L.A. Harta – fundamentalnego antropologicznego truizmu i jego konsekwencji dla ludzkiej koegzystencji w ramach społeczeństwa[85], jeżeli ochronę tę ujmie się w świetle społecznego celu, jakim jest maksymalizacja szans na to, by dzieci były wychowywane przez ich biologicznych rodziców złączonych trwałym węzłem[86], wówczas nie ma podstaw

lepiej lub inaczej niż jednopłciowe partnerstwo. (…) Kiedy dojdzie się już do tej zasady równości, nie ma już żadnych granic". Zob. J. Benedict (w:) *Protokół 68. posiedzenia Komisji prawnej i ochrony konsumentów z 28.09.2015*, dz. cyt., s. 29.

79 Należy przy tym pamiętać, iż opisywany proces zmiany znaczenia konstytucji nie ma uzasadnienia prawnego, jako że nie jest motywowany aksjologią wyrażoną w postanowieniach ustawy zasadniczej, tj. hierarchicznie najwyższego aktu normatywnego.

80 Por.: „Zarejestrowane partnerstwo życiowe (…) przyznaje prawa parom jednopłciowym. Ustawodawca uwzględnia (…) art. 3 ust. 1 (…) UZ przez to, że (…) znosi dyskryminację". Zob. *Wyrok FTK z dnia 17 lipca 2002*, BVerfGE 105, 313 (346).

81 W postępowaniu o zbadanie konstytucyjności *Ustawy o zakończeniu dyskryminacji jednopłciowych wspólnot: partnerstw życiowych z 16 lutego 2001*, wnioskodawcy argumentowali: „Już sam tytuł ustawy wskazuje, że ma ona doprowadzić do zrównania związku partnerskiego z małżeństwem". Zob. *Wyrok FTK z dnia 17 lipca 2002*, BVerfGE 105, 313 (321). Natomiast projektodawcy *Ustawy o wprowadzeniu małżeństw jednopłciowych* podkreślali: „(…) pomimo wprowadzenia instytucji zarejestrowanego partnerstwa życiowego w 2001 roku, sytuacja par jednopłciowych w wielu aspektach prawnych nadal jest gorszej niż sytuacja małżeństwa". Zob. Deutscher Bundestag, druk nr 18/6665, s. 1.

82 Tamże.

83 K. Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, t. 4/1, München 2006, s. 490.

84 B. Rüthers, *Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat*, Tübingen 2016, s. 116 (z powołaniem się na G. Radbrucha).

85 Por. H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford 1994, s. 193–200; sam H.L.A. Hart, pozostając na płaszczyźnie opisowej, zwrócił uwagę na truizmy wyjaśniające – inne niż prawo rodzinne – uniwersalne aspekty porządku prawnego.

86 Por. J. Roberts, zdanie odrębne do *Wyroku Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych z dnia 26 czerwca 2015 w sprawie Obergefell v. Hodges*, 576 U. S. __ (2015), s. 5.

dla dopatrywania się dyskryminacji w odmiennym potraktowaniu par jednopłciowych i małżeństwa[87].

W konsekwencji u źródeł procesu, który doprowadził do transformacji pojęcia małżeństwa w Niemczech, można nie tyle upatrywać przyjęcia priorytetu konstytucyjnej zasady równości wobec konstytucyjnej ochrony małżeństwa, co raczej zmiany pojmowania istoty małżeństwa i racji dla jego prawnej ochrony. Zilustrować to może zestawienie opisywanego procesu w Niemczech z podobną sytuacją, która miała miejsce w Austrii – co istotne, w konstytucji austriackiej brak jest postanowienia o szczególnej ochronie małżeństwa.

U źródeł procesu, który doprowadził do transformacji pojęcia małżeństwa w Niemczech, można nie tyle upatrywać przyjęcia priorytetu zasady równości wobec konstytucyjnej ochrony małżeństwa, co raczej zmiany pojmowania istoty małżeństwa i racji dla jego prawnej ochrony.

W wyroku z 12 grudnia 2003 r. austriacki Trybunał Konstytucyjny uznał, że zasada równości nie nakazuje tego, by małżeństwo – które co do zasady ukierunkowane jest na możliwość rodzicielstwa – było rozszerzone na związki innego rodzaju[88]. Tymczasem w wyroku z 4 grudnia 2017 r. Trybunał uznał, że prawne uregulowanie małżeństwa jako związku opartego na różnicy płci i nierozszerzenie go na związki jednopłciowe, nie jest „dzisiaj" dopuszczalne w świetle zasady równości[89]. Trybunał uznał, że związki jednopłciowe (których dotyczy instytucja zarejestrowanego partnerstwa) oraz związki różnopłciowe (których dotyczy instytucja małżeństwa) „w swojej *istocie* (…) są zasadniczo równe" i „opierają się na tych samych *wartościach*"[90]. Mimo że austriacki trybunał konstytucyjny nie wyjaśnia szerzej, na czym polega ta istota i te wartości, niewątpliwie wyjaśnieniem odmiennych rozstrzygnięć w 2003 i 2017 r. musi być zmiana stanowiska dotycząca tej płaszczyzny. Osobną kwestią jest to, co stanowi dla Trybunału kryterium czy źródło poznania istoty małżeństwa i racji jego ochrony. Wydaje się, że rozstrzygnięcia w tym zakresie mają charakter pozaprawny, jako że należą one do płaszczyzny etycznej czy antropologicznej – ta z kolei powinna raczej stanowić domenę ustawodawcy konstytucyjnego, a nie Trybunału Konstytucyjnego.

87 *A minori ad maius*: tym bardziej jeśliby przyjąć rozbudowaną koncepcję prawnonaturalną w rodzaju tej zaproponowanej przez J. Finnisa. Por. J. Finnis, *Human Rights and Common Good. Collected Essays*, t. 3, Oxford–New York 2011, s. 317–333.

88 *Wyrok Trybunału Konstytucyjnego (Verfassungsgerichtshof) z dnia 12 grudnia 2003*, sygn. akt B777/03.

89 *Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 4 grudnia 2017*, sygn. akt G258/2017.

90 Trybunał, w zakresie rodzicielstwa par jednopłciowych, powołał się na możliwość adopcji i korzystania ze wspomaganej prokreacji. Należy jednak zauważyć, że prawna dopuszczalność adopcji i korzystania ze wspomaganej prokreacji nie powoduje, że związki jednopłciowe są równe związkom różnopłciowym jeśli chodzi o „możliwość rodzicielstwa". Por.: „W swojej zdolności do bycia źródłem następstwa pokoleń, małżeństwo zasadniczo odróżnia się od partnerstwa życiowego. Ponieważ partnerstwo życiowe jest ograniczone do par tej samej płci, z takiego związku nie mogą zrodzić się wspólne dzieci". Zob. *Wyrok FTK z dnia 21 lipca 2010*, BVerfGE 126, 400 (427).

* * *

Jakie wnioski płyną z analizy ewolucji pojęcia małżeństwa na gruncie niemieckiej ustawy zasadniczej i sposobu, w jaki się ta ewolucja dokonała? Wprowadzenie w Niemczech instytucji partnerstwa życiowego, motywowane wyeliminowaniem dyskryminacji par jednopłciowych, doprowadziło do głębokiej, strukturalnej zmiany konstytucyjnego pojęcia małżeństwa. Zmiana ta została przeprowadzona w stosunkowo krótkim czasie, poprzez działania ustawodawcy zwykłego i Federalnego Trybunału Konstytucyjnego. Doświadczenia niemieckie stawiają pod znakiem zapytania tezę, zgodnie z którą zarejestrowany związek partnerski może być samodzielną instytucją prawną, współistniejącą obok małżeństwa i niestanowiącą dla niego zagrożenia. Dla niektórych, z racji utożsamiania się z celami przyświecającymi niemieckiemu ustawodawcy zwykłemu, proces, jaki dokonał się w Niemczech, może stanowić przykład do naśladowania. Z kolei dla tych, którzy przywiązują wagę do rozstrzygnięć aksjologicznych ustawodawcy konstytucyjnego, koherencji myślenia prawniczego oraz służebnej roli Trybunału Konstytucyjnego wobec konstytucji, doświadczenia niemieckie powinny być przestrogą.

Bibliografia

Borysiak W., [Komentarz do art. 18] (w:) M. Safjan, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP*, t. 1: *Komentarz do art. 1–86*, Warszawa 2016.

Braun J., *„Ein neues familienrechtliches Institut": Zum Inkrafttreten des Lebenspartnerschaftsgesetzes,* „Juristenzeitung" 2002, nr 1, s. 23–31.

Brosius-Gersdorf F., *Die Ehe für alle durch Änderung des BGB*, „Neue Juristische Wochenschrift" 2015, nr 49, s. 3557–3561.

Coelln Ch. von, *Wenn, dann richtig: „Ehe für alle" nur per Verfassungsänderung*, „Neue Justiz" 2018, nr 1, s. 1–7.

Dzehtsiarou K., O'Mahony C., *Evolutive Interpretation of Rights Provisions: A Comparison of the European Court of Human Rights and the U.S. Supreme Court,* „Columbia Human Rights Law Review" 2013, nr 44, s. 309–365.

Finnis J., *Human Rights and Common Good. Collected Essays*, t. 3, Oxford–New York 2011.

Gade G., Thiele Ch., *Ehe und eingetragene Lebenspartnerschaft: Zwei namensverschiedene Rechtsinstitute gleichen Inhalts? – 10 Jahre Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur eingetragenen Lebenspartnerschaft*, „Die Öffentliche Verwaltung", 2013, nr 4, s. 142–151.

Hart H.L.A., *The Concept of Law*, Oxford 1994.

Hecker W., *„Ehe für alle" – Zur aktuellen Entscheidung des österreichischen Verfassungsgerichtshofs und der Rechtslage in Deutschland*, „Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht" 2018, nr 9, s. 621–624.

Hecker W., *Ehe für alle – Ende des Streits über die Verfassungsmäßigkeit der Neuregelung*, „Neue Juristische Online-Zeitschrift", 2018, nr 18, s. 641–643.

Hillgruber Ch., *Anmerkung zu BVerfG,* 1 BvR 1164/07 vom 7.7.2009, „Juristenzeitung", 2010, nr 1, s. 37–44.

Hofmann H., [Art. 6 GG] (w:) B. Schmidt-Bleibtreu, H. Hofmann, H.-G. Henneke (red.), *Kommentar zum Grundgesetz*, Köln 2017.

Ipsen J., *Ehe und Familie* (w:) J. Isensee, P. Kirchhof (wyd.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland,* t. 7: *Freiheitsrechte*, Heidelberg 2009, s. 431–476.

Rixen S., *Das Ende der Ehe? – Neukonturierung der Bereichsdogmatik von Art. 6 Abs. 1 GG: ein Signal des spanischen Verfassungsgerichts*, „Juristenzeitung" 2013, nr 18, s. 864–873.

Rüthers B., *Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat*, Tübingen 2016.

Safjan M., *Wprowadzenie* (w:) M. Safjan, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP*, t. 1: *Komentarz do art. 1–86*, Warszawa 2016, nb. 1–113.

Schmidt Ch., *„Ehe für alle" – Ende der Diskriminierung oder Verfassungsbruch?* „Neue Juristische Wochenschrift" 2017, nr 31, s. 2225–2228.

Seiler Ch., [Art. 6 Abs. 1] (w:) W. Kahl, Ch. Waldhoff, Ch. Walter (red.), *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, aktualizacja lipiec 2014, s. 1–162.

Stern K., *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, t. 4/1, München 2006.

Walter T., *Das Grundgesetz ist nicht homophob*, Spiegel Online, 4 lipca 2017, http://www.spiegel.de/politik/deutschland/ehe-fuer-alle-das-grundgesetz-ist-nicht-homophob-gastbeitrag-a-1155700.html (dostęp: 15 lipca 2018 r.).

Wasmuth J., *Ende einer langen staatlichen Diskriminierung: Die Erweiterung des Ehebegriffs auf gleichgeschlechtlich orientierte Personen*, „Neue Justiz" 2017, nr 19, s. 353–360.

Wollenschläger F., *Rechtsgutachten für die Bayerische Staatsregierung zur Frage der verfassungsrechtlichen Bewertung des Gesetzes zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts*, 22 stycznia 2018 r., https://www.bayern.de/wp-content/uploads/2018/03/gutachten-ehe-fuer-alle-prof.-wollenschlaeger-1.pdf (dostęp: 15 lipca 2018 r.).

Akty normatywne oraz materiały z prac legislacyjnych (chronologicznie)

Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949, Bundesgesetzblatt z 23 maja 1949 r., cz. 1, s. 1.

Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z dnia 4 listopada 1950 (Dz.U. 1993, nr 61, poz. 284 ze zm.).

Entwurf eines Gesetzes zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften: Lebenspartnerschaften (Lebenspartnerschaftsgesetz – LPartG), Deutscher Bundestag, druk nr 14/3751 z 4 lipca 2000 r.

Gesetz zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften: Lebenspartnerschaften. Vom 16. Februar 2001, Bundesgesetzblatt z 22 lutego 2001 r., cz. 1, s. 266.

Entwurf eines Gesetzes zur Überarbeitung des Lebenspartnerschaftsrechts, Deutscher Bundestag, druk nr 15/3445 z 29 czerwca 2004 r.

Gesetz zur Überarbeitung des Lebenspartnerschaftsrechts. Vom 15. Dezember 2004, Bundesgesetzblatt z 20 grudnia 2004 r., cz. I, s. 3396.

Ipsen J., *Der Ehebegriff des Art. 6 Abs. 1 GG. Gutachtliche Stellungnahme zur Anhörung vor dem Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages am 28. September 2015*, 17 września 2015 r., s. 1–10, https://www.bundestag.de/blob/388314/658b499551362c677fd070f340529ed9/ipsen-data.pdf, (dostęp: 15 lipca 2018 r.).

Brosius-Gersdorf F., *Schriftliche Stellungnahme zu der öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucher-schutz des Deutschen Bundestages am 28. September 2015*, 24 września 2015, s. 1–13, https://www.bundestag.de/blob/389170/0f4dca827f7a9226ec0419093c33dd8c/brosius_gersdorf-data.pdf (dostęp: 15 lipca 2018 r.).

Wortprotokoll der 68. Sitzung. Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz. Berlin, den 28. September 2015 [Protokół 68. posiedzenia Komisji prawnej i ochrony konsumentów z 28 września 2015 r.], https://www.bundestag.de/blob/401100/2abf98cc60216588674f75e52d8aa4e0/wortprotokoll-data.pdf (dostęp: 15 lipca 2018 r.).

Bruns M., [Stanowisko przed komisją prawną *Bundestag*], 28 września 2015 r., s. 1–26, https://www.bundestag.de/blob/385490/75e885af41b4aa8f1b9ed84c44275840/bruns-data.pdf (dostęp: 15 lipca 2018 r.).

Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz (6. Ausschuss), Deutscher Bundestag, druk nr 18/5901 z 1 października 2015 r.

Gesetzentwurf des Bundesrates. Entwurf eines Gesetzes zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts, Deutscher Bundestag, druk nr 18/6665 z 11 listopada 2015 r.

Gesetz zur Bereinigung des Rechts der Lebenspartner. Vom 20. November 2015, Bundesgesetzblatt z 25 listopada 2015 r., cz. 1, s. 2010.

Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts. Vom 20. Juli 2017, Bundesgesetzblatt z 28 lipca 2017 r., cz. 1, s. 2787.

Orzecznictwo

Orzeczenia niemieckiego Federalnego Trybunału Konstytucyjnego (*das Bundesverfassungsgericht*)

Wyrok z dnia 17 stycznia 1957 r., BVerfGE 6, 55.

Wyrok z dnia 29 stycznia 1969 r., BVerfGE 25, 167.

Postanowienie z dnia 4 października 1993 r., 1 BvR 640/93.

Wyrok z dnia 17 lipca 2002 r., BVerfGE 105, 313.

Wyrok z dnia 7 lipca 2009 r., BVerfGE 124, 199.

Wyrok z dnia 21 lipca 2010 r., BVerfGE 126, 400.

Wyrok z dnia 19 czerwca 2012 r., BVerfGE 131, 239.

Wyrok z dnia 19 lutego 2013 r., BVerfGE 133, 59.

Wyrok z dnia 7 maja 2013 r., BVerfGE 133, 377.

Orzeczenia austriackiego Trybunału Konstytucyjnego (*der Verfassungsgerichtshof*)

Wyrok z dnia 12 grudnia 2003 r., sygn. akt B777/03.

Wyrok z dnia 4 grudnia 2017 r., sygn. akt G258/2017.

Orzeczenia Europejskiego Trybunału Praw Człowieka

Wyrok z dnia 17 października 1986 r. w sprawie *Rees v. the United Kingdom*, skarga nr 9532/81.

Wyrok z dnia 24 czerwca 2010 r. w sprawie *Schalk i Kopf p. Austrii*, skarga nr 30141/04.

Wyrok Wielkiej Izby z dnia 16 lipca 2014 r. w sprawie *Hämäläinen p. Finlandii*, skarga nr 37359/09.

Orzeczenia Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych (*the Supreme Court of the United States*)

Wyrok z dnia 9 lutego 1953 r., w sprawie *Brown v. Allen*, 344 U.S. 443.

Wyrok z dnia 26 czerwca 2015 r. w sprawie *Obergefell v. Hodges* 576 U.S. _____ (2015).

Filip Ciepły

Oryginalizm interpretacyjny czy żyjące źródła prawa? Polityczny wymiar aktywizmu sędziowskiego

Filip Ciepły

Doktor habilitowany nauk prawnych, Wydział Prawa, Prawa Kanonicznego i Administracji Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego Jana Pawła II.

fcieply@kul.lublin.pl

https://orcid.org/0000-0002-1124-7389

Originalism or Living Sources of Law? The Political Side of Judicial Activism

The aim of this article is to guide the Justice Antonin Scalia's originalism concept of the interpretaion of the Constitution of the United States, in contrast to the views on the interpretation of constitutional provisions, in particular the concept of judicial activism and a living (breathing) constitution. The author points out the danger of increasing the significance of the political dimension of judges' activism on the level of interpreting constitutional and international law.

Słowa kluczowe: prawo konstytucyjne, wymiar sprawiedliwości, wykładnia prawa, aktywizm sędziowski, oryginalizm

Key words: constitutional law, justice system, legal interpretation, judicial activism, originalism

1. Wprowadzenie

Dnia 13 lutego 2016 r. zmarł Antonin Gregory Scalia, amerykański prawnik, absolwent Uniwersytetu Harvarda, profesor kilku wyższych uczelni, w 1986 r. mianowany na sędziego Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych przez prezydenta Ronalda Reagana z poparciem Partii Republikańskiej, laureat wielu nagród, w tym także polskiej Nagrody im. Pawła Włodkowica. Antonin Scalia w amerykańskiej doktrynie prawa konstytucyjnego i judykaturze Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych zapisał się jako przedstawiciel tekstualizmu (*textualism*), jednej z istotnych koncepcji interpretacji ustawy zasadniczej, a w szczególności jako twórca jej odmiany zwanej oryginalizmem (*originalism*).

Celem niniejszego artykułu jest wskazanie najważniejszych tez oryginalizmu Antonina Scalii w zestawieniu z przeciwnymi poglądami na wykładnię przepisów konstytucyjnych, w szczególności w odniesieniu do otwartej na polityczne zaangażowanie reprezentantów trzeciej władzy koncepcji aktywizmu sędziowskiego (*judicial activism*) oraz związanej

z nią idei żyjących (oddychających) aktów normatywnych (*living constitution*, *living instrument*). Aktywizm sędziowski w kontekście orzecznictwa Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych jest promowany i realizowany przez część sędziów tego Sądu, na czele z sędzią Stephenem Breyerem, nominowanym przez prezydenta Billa Clintona ze wsparciem polityków Partii Demokratycznej[1].

ludzkiego itd. Daleko upraszczając kwestię, roboczo, modelowo można założyć, że zwolennicy rozwiązań liberalnych w polityce społecznej dążą do odrzucenia, relatywizowania czy też tzw. dekonstrukcji klasycznych wartości i instytucji, które uznają za wsteczne, dyskryminujące, „przemocowe", włączając rewolucję moralną w ideę postępu cywilizacyjnego. Z kolei konserwatyści chcą klasyczne wartości i instytucje

Koncepcje wykładnicze przepisów konstytucyjnych warto ulokować w kontekście sporów politycznych charakterystycznych dla współczesnych demokracji liberalnych.

2. Polityczny kontekst wykładni konstytucji

Wskazane w tytule artykułu koncepcje wykładnicze przepisów konstytucyjnych warto ulokować w kontekście sporów politycznych charakterystycznych dla współczesnych demokracji liberalnych. Chodzi o uwidaczniające się od lat w państwach Zachodu, także w Polsce, głębokie pęknięcie kulturowe i polityczne, wynikające z istotnych różnic w zakresie preferencji aksjologicznych, które mają znaczący wpływ na postrzeganie i rozumienie fundamentalnych instytucji społecznych, politycznych i prawnych. W najbardziej znanym i najprostszym ujęciu w języku socjologii i nauk politycznych mówi się o podziale na zwolenników rozwiązań konserwatywnych (prawica) i liberalnych (lewica).

Ważnym punktem spornym w powyższym rozróżnieniu jest stosunek do fundamentalnych społecznych i prawnych instytucji cywilizacji zachodniej wyrosłych na gruncie filozofii klasycznej i etyki chrześcijańskiej. U podstaw tak klasyfikowanych instytucji znajdują się określone koncepcje człowieka, małżeństwa, rodziny, płci, narodu, państwa, społeczeństwa, wolności, własności, religii, zakresu ochrony życia chronić na niwie kulturalnej, edukacyjnej i prawnej, twierdząc, że stanowią one kluczowe dla konserwacji życia społecznego spoiwo kulturowe.

Na tle tak zarysowanych założeń aksjologicznych obie strony sporu odmiennie postrzegają cel prawa. I tak według przedstawicieli myśli konserwatywnej system prawny powinien bronić utrwalonych tradycją wartości, rozpoznanych przez poprzednie pokolenia jako fundament i zwornik wspólnoty społecznej, narodowej, zbudowanej na wartościach chrześcijańskich. Z kolei zwolennicy idei liberalno-lewicowych, odwołujący się do tradycji rewolucyjnych, zogniskowani wokół idei postępu, traktują prawo jako istotny instrument polityczny dokonywania przemian, realizacji koncepcji inżynierii społecznej, dekonstrukcji tradycyjnej moralności w duchu tolerancji wyzwalającej (represywnej) i dyskryminacji pozytywnej w celu tworzenia podstaw pod budowę nowoczesnego, lepszego, multikulturowego, otwartego, liberalnego społeczeństwa, odciętego od przeszłości, a w szczególności od zasad etyki chrześcijańskiej implementowanych do porządku prawnego[2].

1 Zob. S. Breyer, *Active Liberty. Interpreting Our Democratic Constitution*, Alfred A. Knopf 2005.

2 Warto zauważyć, że analogiczne cele, jak prawu na płaszczyźnie normatywnej, obie strony przypisują sztuce i naukom humanistycznym na płaszczyźnie perswazyjnej i propagandowej.

O ile zarysowany spór jest łatwo dostrzegalny w procesie stanowienia prawa, wyraża się on bowiem w gorących, niekiedy nieprzejednanych debatach parlamentarnych, będących konsekwencją wyboru do organów legislatywy reprezentantów danych partii politycznych, które z kolei są instytucjonalną emanacją określonych społecznych preferencji aksjologicznych i ideologicznych, o tyle trudniej go dostrzec w procesie dokonywanej przez przedstawicieli władzy sądowniczej wykładni konstytucji i innych wysokich rangą aktów normatywnych. Dzieje się tak, dlatego że, po pierwsze, na gruncie zasady rządów prawa apriorycznie zakłada się neutralność polityczną i światopoglądową władzy sądowniczej, która modelowo działa na podstawie i w granicach prawa, a po drugie, jeżeli taki spór się już uwidacznia, to jest on zdecydowanie bardziej zawoalowany, zniuansowany, ukryty za specjalistyczną terminologią właściwą jurydyczym uzasadnieniom, a przez to niedostrzegalny dla przeciętnie wykształconego odbiorcy.

Spór jest łatwo dostrzegalny w procesie stanowienia prawa. Trudniej go dostrzec w procesie dokonywanej przez przedstawicieli władzy sądowniczej wykładni.

Wydaje się, że w większości państw Europy Zachodniej zarysowany konflikt kulturowy toczył się w minionych dekadach głównie na płaszczyźnie stanowienia prawa. Ze względu na specyfikę ustrojową, na skutek dominacji parlamentarnej partii liberalno-lewicowych, założony program dekonstrukcji klasycznych wartości i instytucji społecznych był i jest sukcesywnie realizowany przede wszystkim na drodze ustawodawczej. Nieco inaczej idea postępu realizowana jest w Stanach Zjednoczonych, gdzie fundamentalnych instytucji społecznych i prawnych nie da się łatwo modyfikować na obszarze całej federacji, ponieważ istnieje tam 51 porządków prawnych stanowych, a poszczególne stany różnią się od siebie dość istotnie w zakresie preferencji aksjologicznych i politycznych, wyróżnia się bowiem stany o zdecydowanie konserwatywnej czy liberalnej proweniencji. Ponadto na poziomie federalnym istotnym hamulcem nazbyt radykalnych przemian społecznych dokonywanych na płaszczyźnie legislacyjnej jest Konstytucja Stanów Zjednoczonych z 1787 r., która jest aktem normatywnym stabilnym, sztywnym, posiadającym znaczące obostrzenia formalne w zakresie możliwości jej nowelizacji (art. V). Z tego względu kulturowy i polityczny spór przenosi się w istotnej mierze na płaszczyznę interpretacji amerykańskiej konstytucji, co implikuje burzliwe spory polityczne dotyczące kolejnych nominacji sędziowskich do Sądu Najwyższego. Powszechnie uważa się, że wybór sędziów Sądu Najwyższego, pełniących swój urząd dożywotnio, należy do najbardziej doniosłych politycznie decyzji każdego prezydenta USA. Rozognione debaty polityczne miały miejsce także po zawakowaniu stanowiska sędziego Sądu Najwyższego po zmarłym Antoninie Scalii. Tego rodzaju debaty odbywały się zarówno przy okazji bezskutecznego wskazania przez prezydenta Baracka Obamę sędziego Merricka Garlanda (zablokowanego przez Senat), jak i skutecznej nominacji kandydata prezydenta Donalda Trumpa – Neila Gorsucha, uznawanego za kontynuatora myśli Antonina Scalii[3]. Spór rozgorzał na nowo w związku z nominacją sędziego Bretta Kavanaugha.

3. Oryginalizm Antonina Scalii

Oryginalizm, mający swoje zakorzenienie w tekstualizmie, jest promowaną i stosowaną przez sędziego Scalię teorią interpretacji, sprowadzającą proces wykładni prawa do ustalenia jego pierwotnego znaczenia w oparciu o powszechne rozumienie wyrazów składa-

3 Zob. M. Alderman, D. Pickard, *Justice Scalia's Heir Apparent? Judge Gorsuch's Approach to Textualism and Originalism*, „Stanford Law Review" 2017, nr 69, s. 185–192.

jących się na tekst aktu normatywnego. Tekstualizm w czystej postaci polega na tym, że sędzia jest związany literą i tekstem konstytucji. Przykładowo, skoro w konstytucji nie ma prawa do aborcji lub zakazu cenzury prewencyjnej Internetu, to ustawodawca ma swobodę wyboru kierunków rozwiązań legislacyjnych w tym zakresie, ponieważ konstytucja nie stawia mu przeszkód (swoboda legislacyjna). Tym samym, im akt konstytucyjny jest bardziej skromny w warstwie słownej, tym większa przestrzeń swobody legislatywy. Oryginalizm zaś idzie dalej niż tekstualizm, bowiem w tym ujęciu sędzia powinien wykazać pewną aktywność, to jest poszukiwać w tekście ustawy zasadniczej intencji Ojców Konstytucji Stanów Zjednoczonych i adaptować je do dzisiejszych czasów. I tak przykładowo, skoro dla Ojców Konstytucji wolność słowa była istotna, to swobodę tę należy odnosić także do Internetu, mimo że nie był on im z oczywistych powodów znany. Oryginalizm postuluje zatem odwoływanie się do tradycji, historii, wspólnych wartości narodu w warunkach amerykańskich, takich jak na przykład umiłowanie wolności czy sprawiedliwości[4].

Jak wskazuje Grzegorz Maroń, szczegółowo referując poglądy wykładnicze sędziego Scalii[5], podstawowym założeniem oryginalizmu jest teza, że słowa mają ograniczony zakres znaczeniowy i co do zasady niedopuszczalna jest interpretacja aktu normatywnego wychodząca poza ten zakres. Według Scalii to tekst jest źródłem prawa i tekst musi być zachowany. Zwykłe znaczenie tekstu, jako punkt wyjścia określania treści normy prawnej, ma najlepiej służyć przewidywalności, pewności i stabilności prawa. W szczególności najważniejsze normy ustrojowe powinny być dostępne poznawczo dla zwykłych adresatów aktu normatywnego, którzy nie posiadają specjalistycznego przygotowania. Konstytucja jest napisana tak, aby była zrozumiała dla przeciętnych obywateli. Z tego względu zastosowane w niej wyrazy i zwroty należy odczytywać jako użyte w ich normalnym i zwykłym, w odróżnieniu od technicznego, znaczeniu[6].

Normalne znaczenie terminów konstytucyjnych wyklucza znaczenie ukryte czy techniczne, które nie byłoby znane zwykłym obywatelom pokolenia, które przyjęło ustawę zasadniczą. W procesie wykładni sąd powinien założyć, że prawodawca mówi w tekście normatywnym to, co on znaczy. Kiedy pojęcia tekstu normatywnego są jednoznaczne, wówczas ten pierwszy kanon jest kanonem ostatnim, a sądowe dociekanie powinno być zakończone. W przypadku zaś, gdy tekst znamionuje językowa niejednoznaczność, wyznacznikiem treści prawa powinna być tradycja. Nie chodzi jednak o skrajnie formalistyczną, restrykcyjną dosłowność w trzymaniu się tekstu, nie chodzi także o jego swobodną interpretację, ale o uczciwą i rozsądną wykładnię, uczciwie uwzględniającą rzeczywiste

4 Zob. A. Scalia, *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*, Princeton 1997, s. 24, 37; A. Scalia, B.A. Garner, *Reading Law. The Interpretation of Legal Texts*, St. Paul, MN 2012, s. 69; A. Scalia, J.F. Manning, *A Dialogue on Statutory and Constitutional Interpretation*, „The George Washington Law Review" 2012, nr 80; J.E. Rytter, *Constitutional Interpretation – Between Legalism and Law-Making*, „Scandinavian Studies in Law" 2007, nr 52, s. 259; S.J. Macias, *Survey of Illinois Law. Statutory Interpretation*, „Southern Illinois University Law Journal" 2013, nr 37, s. 847; H. Philipse, *Antonin Scalia's Textualism in philosophy, theology, and judicial interpretation of the Constitution*, „Utrecht Law Review" 2007, nr 3, 2, s. 169–191; K.E. Whittington, *The New Originalism*, „Georgetown Journal of Law and Public Policy" 2004, nr 22, s. 599–613; R. Turner, *A Critique of Justice Antonin Scalia's Originalist Defense of Brown v. Board of Education*, „Ucla Law Review Discourse" 2014, nr 62, s. 174–175; G. Bhatia, *The Politics of Statutory Interpretation. The Hayekian Foundations of Justice Antonin Scalia's Jurisprudence*, „Hastings Constitutional Law Quarterly" 2015, nr 42 (3); J.F. Manning, *Justice Scalia and the Legislative Process*, „NYU Annual Survey of American Law" 2005, nr 62 (33); D.M. Zlotnick, *Justice Scalia and His Critics. An Exploration of Scalila's Fidelity to His Constitutional Methodology*, „Emory Law Journal" 1999, nr 48, s. 1382–1403; K.M. Manuel, B.J. Murrill, A. Nolan, *Justice Antonin Scalia. His Jurisprudence and His Impact on the Court*, Conressional Research Service 2016, s. 4–7; T. Smith, *Why Originalism Won't Die – Common Mistakes in Competing Theories of Judicial Interpretation*, „Duke Journal of Constitutional Law & Public Policy" 2007, nr 2.

5 G. Maroń, *Oryginalizm Antonina Scalii jako teoria wykładni prawa*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego" 2010, nr 4, s. 23–52.

6 Tamże, s. 24–31; A. Scalia, *A Matter...*, dz. cyt., s. 23; A.C. Pritchard, T.J. Zywicki, *Finding the Constitution. An Economic Analysis of Tradition's Role in Constitutional Interpretation*, „North Carolina Law Review" 1999, nr 77.

znaczenie słów zawartych w akcie normatywnym, z uwzględnieniem historycznego kontekstu ich użycia[7].

Antonin Scalia zaznaczał, że sędziowie, podlegając przede wszystkim tekstowi i tradycji konstytucji, powinni powściągać swoje intelektualne, moralne, osobiste poglądy. Organ interpretujący prawo nie posiada kompetencji, aby własne, autorskie pojmowanie prawa, sprawiedliwości, słuszności, praw człowieka przeciwstawiać narodowej tradycji, która jest głęboka, rozległa i ciągła. Scalia konsekwentnie sprzeciwiał się aktywizmowi sędziowskiemu i koncepcji „żyjącej konstytucji", zakładającej, iż ustawa zasadnicza jest prawem ewoluującym, rozwijającym się, ulegającym samoczynnej modyfikacji z upływem wieków celem sprostania potrzebom przeobrażającego się społeczeństwa. Według Scalii praktyka niektórych sędziów (tzw. aktywistów, ewolucjonistów) najpierw określających współczesne potrzeby społeczne, a następnie znajdujących dla nich odpowiednie prawo w procesie wykładni jest niedopuszczalnym uzurpatorstwem[8].

Tym samym sędzia Scalia szedł na przekór koncepcji tzw. realizmu amerykańskiego, ogniskującego metodę nauki prawa na działalności sędziów. Amerykańscy realiści dokonali podziału na prawo w księgach (*law in books*) oraz prawo w działaniu (*law in action*) i twierdzili, że rzeczywistym prawem jest to drugie. Zdaniem prominentnego przedstawiciela tego kierunku Karla Llewellyna prawo powinno być pojmowane jako nieustannie zmieniający się twór będący dziełem sądów i instrumentem osiągania określonych celów społecznych, który stale musi być oceniany z punktu widzenia jego skuteczności i adekwatności. Ze względu na to, że społeczeństwo zmienia się szybciej niż prawo stanowione, to ostatnie musi być nieustannie zmieniane i modyfikowane w procesie jego wykładni[9].

> **Organ interpretujący prawo nie posiada kompetencji, aby własne, autorskie pojmowanie prawa, sprawiedliwości, słuszności, praw człowieka przeciwstawiać narodowej tradycji.**

Scalia wyraźnie twierdził, że znaczenie prawa nie może zmieniać się przez fakt, że w opinii sędziego nie jest ono adekwatne do nowych czasów. Jeżeli prawo rzeczywiście przejawia tego rodzaju niekoherencję, to można i należy je zmienić w przewidzianym w państwie demokratycznym trybie, a nie modyfikować tradycyjne znaczenie użytych przez prawodawcę pojęć, rekonstruując na bazie tego samego tekstu odmienne konkluzje normatywne. Według Scalii podejście oryginalistyczne jest zgodne z naturą i celem demokracji. Demokratyczne społeczeństwo nie po to określa w szczególności sztywne ramy ustrojowe, aby sądy określały je jako odzwierciedlenie aktualnych wartości, mód i preferencji. O aktualizację aksjologii ustroju najlepiej troszczy się bowiem mechanizm wyborczy[10].

Sędzia Scalia podkreślał, że u genezy stanowienia konstytucji leży ochrona przyszłego społeczeństwa przed swobodnym czynieniem tego, czego ono chce. Ustawa zasadnicza ze swojej natury zmusza do prowadzenia długich i skomplikowanych rozważań poprze-

7 Zob. A. Scalia (opinion), *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008); *Smith v. United States*, 508 U.S. 223 (1993); *Minnesota v. Dickerson*, 508 U.S. 366, 379 (1993); *Zedner v. United States*, 547 U.S. 489 (2006); *Green v. Bock Laundry Mach. Co.*, 490 U.S. 504 (1989). Za: G. Maroń, *Oryginalizm Antonina…*, dz. cyt., s. 25.

8 A. Scalia, *A Matter…*, dz. cyt., s. 17; G. Maroń, *Oryginalizm Antonina…*, dz. cyt., s. 32–34.

9 K.N. Llewellyn, *Bramble Bush*, New York 1969, s. 12; J. Stelmach, B. Brożek, *Metody prawnicze*, Zakamycze 2004, s. 18.

10 G. Maroń, *Oryginalizm Antonina…*, dz. cyt., s. 34.

dzających jej ewentualną zmianę. Dopiero wówczas pierwotny katalog i hierarchia wartości konstytucyjnych mogą ulec rewizji. Ustawa zasadnicza nie jest żywym organizmem, lecz statycznym dokumentem prawnym, który pewne rzeczy wysłowia, a o innych nie mówi. Sędzia konstytucyjny ma władzę bronić praw wyraźnie wymienionych w konstytucji i tylko tych. Jeżeli społeczeństwo uzna, iż ustawa zasadnicza nie spełnia już dłużej jego oczekiwań, to może ją zmienić w trybie wskazanym w niej samej. Tam, gdzie konstytucja milczy, środkiem osiągania elastyczności prawa nie może być sądowe prawotwórstwo, lecz decyzja demokratycznie umocowanych parlamentarzystów urzeczywistniających wolę obywateli. Kongres może ustanowić zarówno głupie, jak i mądre ustawy, ale nie do sędziów należy rozstrzygać które są które i pisać na nowo te pierwsze. Pozostaje poza kompetencją władzy sądowniczej ratować Kongres z jego błędów i arbitralnie rozstrzygać o preferowanym rezultacie[11].

Sędziom realizującym koncepcję „żyjącej konstytucji" Scalia zarzucał, że są w stanie przekształcić pierwotny nakaz w prawny zakaz i *vice versa*, a klucz do tych zmian jest obiektywnie nieznany i niepoznawalny. Skoro sędziego nie wiąże paradygmat pierwotnego znaczenia tekstu, to co jest tym standardem? Skąd wywieść „fundamentalne wartości", na które powołują się sędziowie „ewolucjoniści", ukierunkowujące odbiegającą od tekstu interpretację aktu normatywnego? Scalia ironicznie pyta, czy sędzia powinien ustalać wolę większości obywateli, analizując łamy gazet, radiowe *talk shows* czy badania opinii publicznej. Którą filozofię powinien wybrać sędzia: Platona, Arystotelesa, Locke'a, Hume'a, Milla, a może Rawlsa?[12]

Sędzia Scalia ostrzegał, że prawdziwym, ukrytym celem sędziów dokonujących normatywnej aktualizacji treści konstytucji może być autorytarne narzucanie własnych poglądów na poszczególne sprawy całemu społeczeństwu poprzez wątpliwą metodologię wykładni. Praca sędziego powinna bardziej przypominać pracę archeologa, a nie architekta. Chodzi o odkrywanie znaczenia prawa, nie jego tworzenie czy projektowanie pod pozorem wykładni funkcjonalnej i celowościowej (*purposivism*). Naród ustanowił konstytucję i nominowani sędziowie nie posiadają mandatu, aby ją w ramach wykładni nowelizować. Wyłącznie zmiana ustawy zasadniczej przez przyjęcie poprawki do niej może uchodzić za zmianę demokratyczną. Sądowa, wykładnicza „korekta" tego kryterium nie spełnia[13].

Antonin Scalia uważał za dokonane bez podstawy prawnej wywiedzenie przez sędziów Sądu Najwyższego z Konstytucji Stanów Zjednoczonych między innymi: 1) „prawa do aborcji", podczas gdy ustawa zasadnicza takiego prawa wprost nie formułuje, a należy zauważyć, że w czasie uchwalania konstytucji aborcja stanowiła przestępstwo; 2) „prawa do wspomaganego samobójstwa", podczas gdy w konstytucji nie tylko nie ma takiej konstrukcji, a pod koniec XVII w. obowiązywały przepisy wymierzone przeciwko samobójcom; 3) „prawa do zawierania małżeństw homoseksualnych", co – biorąc pod uwagę uwarunkowania historyczne – twórcom konstytucji nie mogło nawet przyjść do głowy. Scalia krytykował też stanowiska tych sędziów, którzy wyrażają pogląd, że Konstytucja Stanów Zjednoczonych wyklucza stosowanie kary śmierci, podczas gdy w czasach Ojców Założycieli kara główna nie budziła żadnych zastrzeżeń i kontrowersji, a przecież nie było nowelizacji ustawy zasadniczej w tym względzie[14].

Interesujący jest także sprzeciw Scalii wobec praktyki uwzględniania prawa innych państw oraz prawa i sądownictwa międzynarodowego w procesie wykładni prawa amerykańskiego. W szczególności całkowicie negował on doniosłość współczesnych zagranicznych aktów prawnych, jak i praktyk orzeczniczych poszczególnych państw przy ustalaniu znaczenia Konstytucji Stanów Zjednoczonych. Twierdził, że Sąd Najwyższy nie powinien nakładać obcych nastrojów, nowinek czy

11 Tamże, s. 38–41.

12 Tamże, s. 37; A. Scalia, *A Matter…*, dz. cyt., s. 17–18; R.H. Fallon, *Three Symmetries Between Textualist and Purposivist Theories of Statutory Interpretation – and the Irreducible Roles of Values and Judgement Within Both*, „Cornel Law Review" 2014, nr 99, s. 687.

13 G. Maroń, *Oryginalizm Antonina…*, dz. cyt., s. 38.

14 Zob. A. Scalia, *A Matter…*, dz. cyt., s. 24–25; R. Dworkin, *The Arduous Virtue of Fidelity. Originalism, Scalia, Tribe, and Nerve*, „Fordham Law Review" 1997, nr 65, s. 1257; F. Longchamps de Bérier, *Sądowa instytucjonalizacja małżeństwa osób tej samej płci w Stanach Zjednoczonych*, „Forum Prawnicze" 2016, nr 6; P. Łącki, *Konstytucja a małżeństwo. Prawa podstawowe i demokracja*, „Przegląd Sejmowy" 2016, nr 1.

mód na Amerykanów, lecz odnajdywać prawa zakorzenione w historii i tradycji Stanów Zjednoczonych. Standardy przyzwoitości przyjęte w innych państwach są całkowicie niewłaściwe jako środki ustanawiania podstawowych przekonań Narodu Amerykańskiego[15].

4. Oryginalizm a sprawa polska

Poglądy Antonina Scalii mają pewien walor uniwersalny i mogą być przydatne również w polskiej judykatywie i doktrynie prawa. W Polsce zabierają głos komentatorzy, którzy w duchu sędziowskiego aktywizmu próbują wyprowadzać z Konstytucji RP z 1997 r. wolności i prawa konstytucyjne, których w ustawie zasadniczej wyraźnie nie sformułowano. nie nowe. W tej perspektywie sędzia mógł i powinien był angażować się politycznie w obronę niezbyt ostro określonych i niekiedy dość swobodnie, a nawet arbitralnie interpretowanych wolności, praw i wartości konstytucyjnych. Polski Trybunał Konstytucyjny był w tym kontekście określany niekiedy jako jeden z bardziej aktywistycznych sądów na świecie[16].

Po zmianach personalnych w polskim Trybunale Konstytucyjnym w doktrynie zaczęto akcentować możliwość, a wręcz powinność stosowania przez sądy powszechne rozproszonej kontroli konstytucyjności prawa, co wydaje się zagrożeniem dla zasad praworządności, demokratycznego państwa prawa, bezpieczeństwa prawnego i pewności prawa w Polsce. Z per-

Po zmianach personalnych w polskim Trybunale Konstytucyjnym w doktrynie zaczęto akcentować możliwość, a wręcz powinność stosowania przez sądy powszechne rozproszonej kontroli konstytucyjności prawa.

Patrząc na problem od strony politologicznej i nawiązując do wspomnianego we wstępie sporu kulturowego i cywilizacyjnego, wydaje się, że to bardziej reprezentanci poglądów lewicowo-liberalnych chcieli w minionych latach umocnienia pozycji sądu konstytucyjnego, w którym dostrzegali gwaranta nowoczesnego i europejskiego państwa prawa oraz swobód obywatelskich skorelowanych z ideologią demokracji liberalnej. W tym ujęciu sędzia wykładający konstytucję nie musiał ściśle trzymać się litery prawa, mógł natomiast odwoływać się bezpośrednio do zasad ogólnych i ducha konstytucji, jeśli uznawał, że jest to konieczne dla ochrony formułowanych, nawet wbrew opinii większości społeczeństwa, wolności i swobód liberalnej demokracji. Sędzia mógł korygować w tym celu istniejące reguły, a nawet tworzyć reguły zupełspektywy odmiennych koncepcji wykładni konstytucji i zaangażowanego politycznie aktywizmu sędziowskiego istnieje realne zagrożenie, że mogą pojawić się nieodosobnione przypadki, w których kontrola konstytucyjności przepisu ustawowego przez sąd powszechny, ze względu na preferencje aksjologiczne i polityczne konkretnego sędziego lub określonej grupy sędziów, przekreśli założenie, że to ustawodawca zwykły i Trybunał Konstytucyjny, legitymowani demokratycznie i konstytucyjnie, mają prymarną kompetencję identyfikacji, konkretyzacji i realizacji wartości, zasad i norm konstytucyjnych. Należy mieć

15 G. Maroń, *Oryginalizm Antonina…*, dz. cyt., s. 45.

16 L. Morawski, *Aktywizm sędziowski a sprawy polskie*, „Prawo i Więź" 2017, nr 2, s. 138–139; H. Dębska, *Pozytywistyczna teoria prawa. Utopia założeń a konieczność „pozytywizacji wartości"*, „Acta Universitatis Wratislaviensis" 2011, nr 312, s. 112.

na uwadze, że jeśli sądy powszechne zbyt swobodnie, aktywnie, teleologicznie zaczną odczytywać intencje ustrojodawcy oraz współczesne potrzeby w zakresie kształtowania treści norm ustawowych, patrząc na czeń sądów europejskich. Mówi się coraz częściej nie tylko o rządach prawa, ale także o rządach sędziów. Sądy w Europie stają się ostateczną instancją prawdy, ostateczną wyrocznią we wszelkich sprawach[18].

W szczególności ETPCz oraz TSUE wykazują się sędziowskim aktywizmem w znacznie większym stopniu, niż ma to miejsce w tradycji większości europejskich państw.

Konstytucję RP jako na żywy instrument (źródło prawa oddychające dominującą w określonych kręgach społecznych ideologią) i na tej podstawie będą korygować ustawodawcę, to w istocie może to być subtelne przechodzenie z pozycji zasad demokratycznego państwa prawnego na realne pozycje arystokracji bądź oligarchii sędziowskiej. W takich przypadkach o treści norm prawnych faktycznie może decydować nie tyle efekt ścierania się poglądów wszystkich obywateli i wskazanych przez nich w wyborach powszechnych reprezentantów, według reguł demokratycznej rywalizacji politycznej, co efekt ścierania się preferencji aksjologicznych i poglądów politycznych w łonie środowiska sędziowskiego.

Antonin Scalia przestrzegał przed coraz dalej idącą polityzacją europejskiego sądownictwa. Wskazywał przy tym, że o ile w Stanach Zjednoczonych nominowanie sędziów odbywa się w sposób wysoce polityczny, ale i wyraźnie widoczny, o tyle w Europie ta polityczność orzekania sądowego jest bardziej ukryta, co w konsekwencji powoduje, że polityczny sprzeciw wobec ustrojowo chronionej, wyposażonej w gwarancje niezależności i niezawisłości, ale w gruncie rzeczy dość anonimowej władzy sądowniczej trudniej spersonalizować[17]. Zwraca się przy tym uwagę na coraz większą moc prawotwórczych (prawodawczych) orze-

W szczególności Europejski Trybunał Praw Człowieka (ETPCz) oraz Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE) wykazują się sędziowskim aktywizmem w znacznie większym stopniu, niż ma to miejsce w tradycji większości europejskich państw[19]. Z orzecznictwa ETPCz wyraźnie wynika, że Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z 1950 r. ma być traktowana jako „żywy instrument" (*living instrument*), który „musi być interpretowany z uwzględnieniem dzisiejszych warunków"[20]. Traktowanie przez ETPCz Konwencji jako żyjącego instrumentu zakłada, że w ramach tego samego tekstu

17 A. Scalia, *Mullahs of the West. Judges as Moral Arbiters. Mułłowie Zachodu. Sędziowie jako arbitrzy moralni*, Warszawa 2009, s. 36–37.

18 M. Safjan, *Wyzwania dla państwa prawa*, Warszawa 2007, s. 66; H. Dębska, *Pozytywistyczna teoria…*, dz. cyt., s. 107.

19 T. Koopmans, *Sources of Law – the New Pluralism* (w:) J. Rosenlov, K. Thurop (red.), *Festskrift Til Ole Due*, *Liber Amicorum*, Copenhagen 1994, s. 194; G. Conway, *Historical Interpretation of Constitutions – the EU and US Compared*, „Quest" 2008, nr 6.

20 Zob. wyroki ETPCz z: 7 czerwca 2001 r. (Wielka Izba) w sprawie *Kress v. Francja*, skarga nr 39594/98, § 70; 12 lipca 2001 r. (Wielka Izba) w sprawie *Ferrazzini v. Włochy*, skarga nr 44759/98, § 26; 8 lipca 2004 r. (Wielka Izba) w sprawie *Vo v. Francja*, skarga nr 53924/00, § 82; 10 listopada 2005 r. (Wielka Izba) w sprawie *Leyla Şahin v. Turcja*, skarga nr 44774/98, § 136; 10 lutego 2009 r. (Wielka Izba) w sprawie *Sergey Zolotukhin v. Rosja*, skarga nr 14939/03, § 80. Za: P. Łącki, *Uzasadnienie dynamicznej wykładni Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności – pytania krytyczne*, „Przegląd Sejmowy" 2017, nr 2, s. 8.

pisanego następuje stała ewolucja zawartych w nim treści, co rzutuje na pojmowanie roli orzecznictwa, które przybiera kreatywny charakter. Przez taką filozofię wykładni doszło do znaczącego rozszerzenia zakresu i treści szeregu praw zawartych w samej Konwencji. Ujęcie Konwencji jako „żyjącego instrumentu" wiąże się z rozszerzeniem zakresu szeregu praw w niej gwarantowanych i akceptacją sytuacji, że wykładnia teleologiczna postanowień konwencyjnych może „przełamywać" wykładnię językową, a także uzasadnieniem, że wraz z upływem czasu dochodzi do zmiany znaczenia tekstu Konwencji pomimo braku jej nowelizacji. Tekst Konwencji ujmowany jest jako zawierający „zmieniające się pojęcia", a w konsekwencji orzecznictwo ETPCz wywodzi i nakłada nowe obowiązki wobec państw członkowskich[21]. Z kolei TSUE rozbudowuje katalog pryncypiów wywodzonych z ogólnikowo sformułowanej zasady praworządności oraz wykazuje się nieschematyczną dynamiką orzeczniczą w sprawach związanych z konkretnymi wewnętrznymi sporami politycznymi.

5. Podsumowanie

Konkludując, można stwierdzić, że w demokratycznym państwie prawnym należy szczególnie ostrożnie podchodzić do koncepcji aktywizmu sędziowskiego i idei aktów normatywnych jako żyjących źródeł prawa. Jeśli prawo sformułowano i spisano po to, aby zapobiegać arbitralności rozstrzygnięć organów orzekających o tym, co jest prawem w konkretnych sprawach, to w procesie wykładni prawa, w szczególności konstytucji oraz aktów prawa międzynarodowego, zasadniczo należy być wiernym temu, co napisano w akcie normatywnym. W szczególności należy przeciwdziałać próbom aplikacji do prawoznawstwa nośnej ideologicznie filozoficznej metody dekonstrukcji klasycznych pojęć i wartości, jak również kreowania w wykładni prawa kontrowersyjnych instytucji, niewynikających z tekstu prawnego i nieakceptowanych przez społeczeństwo w jego dominującej większości.

Należy podkreślać, że zwłaszcza w systemie prawa kontynentalnego wykładnia prawa, jako rekonstrukcja norm prawnych z treści przepisów aktów normatywnych, opiera się na założeniu, że stosowane przez prawodawcę pojęcia języka prawnego, jako „nośniki" zawartych w nich zobiektywizowanych i powszechnie wiążących znaczeń, mają swój zakodowany i określony zakres treściowy. Zasady podziału władzy, demokratycznego państwa prawnego, praworządności, zaufania obywatela do państwa i tworzonego przez nie prawa, bezpieczeństwa prawnego i pewności prawa wymagają tego, aby treść normy prawnej na etapie wykładni była przez sąd i inne organy ustalana, rekonstruowana, odczytywana z tekstu aktu normatywnego, a nie kreowana w duchu dominującej w określonych kręgach ideologii. Normatywizacja nowych idei w systemie demokratycznym opartym na rządach prawa powinna realizować się w nowelizacji przepisów prawa, a nie ich aktywnej, prawotwórczej sądowej interpretacji.

To stworzony w danym języku tekst aktu normatywnego jest środkiem komunikowania przez prawodawcę adresatom norm prawnych treści tych norm. Istotnym elementem demokratycznej procedury stanowienia prawa jest głosowanie nad konkretnym tekstem, który finalnie dzięki promulgacji i po upływie *vacatio legis* nabiera normatywnej mocy. Tekst aktu normatywnego nie jest przy tym wyrazem subiektywnych przekonań i preferencji poszczególnych członków parlamentu, ale przez zinstytucjonalizowany akt prawotwórczy uzyskuje on charakter autonomiczny[22]. Sędzia powinien zatem w procesie wykładniczym być wierny tekstowi aktu normatywnego, rodzimej semantyce i kulturze prawnej, a nie podążać za aktualnie preferowaną w danych kręgach ideologią lub subiektywnymi przekonaniami aksjologicznymi czy politycznymi.

System prawny powinien ewoluować razem z kulturą, ale dzięki nowelizacji prawa, a nie dekonstrukcji znaczeń i aktywnej, prawotwórczej interpretacji pojęć języka prawnego w procesie sądowej wykładni. Interpretator aktu normatywnego, określając paradygmat prowadzonej wykładni, nie powinien odwoływać się ani do własnych ocen, ani do zmiennych i uzależnionych od bieżącej mody trendów ideowych, ale do fundamentalnych wartości zakodowanych w tekście aktu prawnego, w szczególności uwzględniając wartości wyrażone w preambule oraz treści normatywnej ustawy zasadniczej. Sądy w orzekaniu nie powinny dokonywać

21 P. Łącki, *Uzasadnienie dynamicznej…*, dz. cyt., s. 8–10.

22 A. Marmor, *Textualism in Context*, „Legal Studies Research. Paper Series" 2012, nr 12–13, s. 5–6.

„transgresji tekstu"[23] aktu normatywnego, kierując się w szczególności wytycznymi idei poprawności politycznej. O treści praw podstawowych powinna decydować głęboka treść normatywna aktu prawnego i wartości leżące u podstaw redakcji tekstu[24]. Sędziowie nie powinni przez swój aktywizm korygować ustawodawcy przez arbitralne rozstrzygnięcia w sferze aksjologii i rewidować wyrażonych w przeszłości w akcie normatywnym dominujących ocen w zakresie moralności publicznej, gdyż nie tylko nie mają ku temu politycznego mandatu, ale także dlatego, że nie ponoszą w tym zakresie żadnej odpowiedzialności – ani politycznej, ani prawnej[25].

europejskiego na tyle aktywnie i twórczo, że faktycznie, bez podstaw traktatowych, narzucają ideologię i system wartości obce polskiej tradycji prawnej oraz rozwiązania polityczne idące na przekór wyrażonej w Konstytucji RP woli suwerena – Narodu Polskiego. Widząc pewne przyspieszenie działań prominentnych polityków europejskich w kierunku politycznej federalizacji i ideologicznej homogenizacji europejskich państw narodowych, należy przyglądać się, czy sędziowie europejscy nie ulegają pokusie dublowania rozwiązań amerykańskich na Starym Kontynencie. Model aktywizmu sędziowskiego, nieraz stosowany

Sądowa wykładnia konstytucji, traktatów międzynarodowych czy ustaw nie powinna być traktowana jako polityczne narzędzie wdrażania zmian społecznych pozwalające na obejście demokratycznych, krajowych procedur legislacyjnych.

Sądowa wykładnia konstytucji, traktatów międzynarodowych czy ustaw nie powinna być traktowana jako polityczne narzędzie wdrażania zmian społecznych pozwalające na obejście demokratycznych, krajowych procedur legislacyjnych, wymagających uzyskania dla realizacji określonych kontrowersyjnych rozwiązań szerszego poparcia wśród adresatów norm prawnych. Wydaje się, że polska jurysprudencja powinna w szczególności poddawać szczegółowej analizie kwestię, czy sądy europejskie nie interpretują aktów prawa w Sądzie Najwyższym Stanów Zjednoczonych w celu uniwersalizacji kontrowersyjnych ideologicznie rozstrzygnięć, pomimo oporu legislatyw stanowych, nie powinien być wdrażany na gruncie orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka czy Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Czyniłoby to iluzoryczne na płaszczyźnie wykładni prawa europejskiego fundamentalne w polskim porządku prawnym zasady suwerenności Narodu, praworządności, podziału władz, demokratycznego państwa prawnego.

23 J.E. Rytter, *Constitutional Interpretation…*, dz. cyt., s. 264–266, 272.

24 J.P. Müller, *Zur sog. Subjektiv- und objektivrechtliche Bedeutung der Grundrechte*, „Der Staat" 1990, nr 29, s. 33–48.

25 J.P. van Koppen, *Judicial Policy Making In the Netherland. The Case-by-Case Metod* (w:) M.L. Volcansek (red.), *Judicial Politics and Policy-Making in Western Europe*, London–New York 1993, s. 80–92. Za: L. Morawski, *Aktywizm sędziowski…*, dz. cyt., s. 142–143.

Bibliografia

Alderman M., Pickard D., *Justice Scalia's Heir Apparent? Judge Gorsuch's Approach to Textualism and Originalism*, „Stanford Law Review" 2017, nr 69, s. 185–192.

Bhatia G., *The Politics of Statutory Interpretation. The Hayekian Foundations of Justice Antonin Scalia's Jurisprudence*, „Hastings Constitutional Law Quarterly" 2015, nr 42 (3), s. 525–555.

Breyer S., *Active Liberty. Interpreting Our Democratic Constitution*, Alfred A. Knopf 2005.

Conway G., *Historical Interpretation of Constitutions – the EU and US Compared*, „Quest" 2008, nr 6, s. 97–119.

Dębska H., *Pozytywistyczna teoria prawa: utopia założeń a konieczność „pozytywizacji wartości"*, „Acta Universitatis Wratislaviensis" 2011, nr 312, s. 105–116.

Dworkin R., *The Arduous Virtue of Fidelity. Originalism, Scalia, Tribe, and Nerve*, „Fordham Law Review" 1997, nr 65, s. 1249–1268.

Fallon R.H., *Three Symmetries Between Textualist and Purposivist Theories of Statutory Interpretation – and the Irreducible Roles of Values and Judgement Within Both*, „Cornel Law Review" 2014, nr 99, s. 685–734.

Koopmans T., *Sources of Law – the New Pluralism* (w:) J. Rosenlov, K. Thurop (red.), *Festskrift Til Ole Due*, *Liber Amicorum*, Copenhagen 1994, s. 188–205.

Koppen J.P. van, *Judicial Policy Making In the Netherland. The Case-by-Case Metod* (w:) M.L. Volcansek (red.), *Judicial Politics and Policy-Making in Western Europe*, London–New York 1993, s. 80–92.

Llewellyn K.N., *Bramble Bush*, New York 1969.

Longchamps de Bérier F., *Sądowa instytucjonalizacja małżeństwa osób tej samej płci w Stanach Zjednoczonych*, „Forum Prawnicze" 2016, nr 6, s. 3–15.

Łącki P., *Konstytucja a małżeństwo. Prawa podstawowe i demokracja*, „Przegląd Sejmowy" 2016, nr 1, s. 169–183.

Łącki P., *Uzasadnienie dynamicznej wykładni Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności – pytania krytyczne*, „Przegląd Sejmowy" 2017, nr 2, s. 7–26.

Macias S.J., *Survey of Illinois Law: Statutory Interpretation*, „Southern Illinois University Law Journal" 2013, nr 37, s. 845–874.

Manning J.F., *Justice Scalia and the Legislative Process*, „NYU Annual Survey of American Law" 2005, nr 62 (33), s. 33–43.

Manuel K.M., Murrill B.J., Nolan A., *Justice Antonin Scalia: His Jurisprudence and His Impact on the Court*, Conressional Research Service 2016.

Marmor A., *Textualism in Context*, „Legal Studies Research. Paper Series" 2012, nr 12–13, s. 1–18.

Maroń G., *Oryginalizm Antonina Scalii jako teoria wykładni prawa*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego" 2010, nr 4, s. 23–52.

Morawski L., *Aktywizm sędziowski a sprawy polskie*, „Prawo i Więź" 2017, nr 2, s. 137–144.

Müller J.P., *Zur sog. Subjektiv- und objektivrechtliche Bedeutung der Grundrechte*, „Der Staat" 1990, nr 29, s. 33–48.

Philipse H., *Antonin Scalia's Textualism in philosophy, theology, and judicial interpretation of the Constitution*, „Utrecht Law Review" 2007, nr 3, s. 169–192.

Pritchard A.C., Zywicki T.J., *Finding the Constitution: An Economic Analysis of Tradition's Role in Constitutional Interpretation*, „North Carolina Law Review" 1999, nr 77, s. 409–521.

Rytter J.E., *Constitutional Interpretation – Between Legalism and Law-Making*, „Scandinavian Studies in Law" 2007, nr 52, s. 256–272.

Safjan M., *Wyzwania dla państwa prawa*, Warszawa 2007.

Scalia A., *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*, Princeton 1997.

Scalia A., *Mullahs of the West. Judges as Moral Arbiters. Mułłowie Zachodu. Sędziowie jako arbitrzy moralni*, Warszawa 2009.

Scalia A., Garner B.A., *Reading Law. The Interpretation of Legal Texts*, St. Paul, MN 2012.

Scalia A., Manning J.F., *A Dialogue on Statutory and Constitutional Interpretation*, „The George Washington Law Review" 2012, nr 80, s. 1610–1619.

Smith T., *Why Originalism Won't Die – Common Mistakes in Competing Theories of Judicial Interpretation*, „Duke Journal of Constitutional Law & Public Policy" 2007, nr 2, 159–216.

Turner R., *A Critique of Justice Antonin Scalia's Originalist Defense of Brown v. Board of Education*, „Ucla Law Review Discourse" 2014, nr 62, s. 170–184.

Whittington K.E., *The New Originalism*, „Georgetown Journal of Law and Public Policy" 2004, nr 22, s. 599–613.

Zlotnick D.M., *Justice Scalia and His Critics. An Exploration of Scalila's Fidelity to His Constitutional Methodology*, „Emory Law Journal" 1999, nr 48, s. 1377–1429.

Jakub M. Łukasiewicz

Problemy praktyczne związane z instytucją pieczy naprzemiennej

Jakub M. Łukasiewicz

Doktor nauk prawnych, adiunkt w Zakładzie Prawa Cywilnego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Rzeszowskiego. Autor publikacji z zakresu prawa rodzinnego.

jmlukasiewicz@ur.edu.pl

https://orcid.org/0000-0002-8818-9885

Practical Problems Related to the Institution of Alternate Custody

The aim of this article is to explain a new institution of Polish family law, being the so called alternate custody. In the article, the relation of alternate custody towards notions such as: parental authority, contact with a child, alimony etc. have been presented. The author has tried to indicate the practical aspects of the utilization of alternate custody.

Słowa kluczowe: transplantacje, ksenotransplantacje, odpowiedzialność karna, okoliczności wyłączające bezprawność czynu, ochrona zwierząt

Key words: transplantations, xenotransplantation, criminal liability, circumstances excluding the unlawfulness of an act, protection of animals

1. Zagadnienia wprowadzające

Instytucja pieczy naprzemiennej została wprowadzona do polskiego porządku prawnego niespełna trzy lata temu[1], a jej sens sprowadza się do sprawowania bieżącej pieczy nad dzieckiem, przez rodziców posiadających pełnię władzy rodzicielskiej, w naprzemiennych okresach czasu[2]. Przyjęte rozwiązanie jest efektem zapoczątkowanego w latach 60. procesu przemian związanego z odejściem od modelu *sole custody*, polegającego na dominującej pozycji jednego z rodziców w procesie wychowawczym dziecka, do modelu *joint custody*, przewidu-

1 Ustawa z dnia 29 sierpnia 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego, Dz.U. 2015, poz. 1062.

2 Na temat pieczy naprzemiennej w poprzednim stanie prawnym por. m.in.: J. Gajda (w:) K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 962 i n., T. Justyński, *Prawo do kontaktów z dzieckiem w prawie polskim i obcym*, Warszawa 2011, s. 241; R. Zegadło (w:) J. Ignaczewski (red.), *Władza rodzicielska i kontakty z dzieckiem*, Warszawa 2010, s. 51 i n.

jącego symetryczną równowagę rodziców w zakresie bieżącej pieczy nad osobą i majątkiem dziecka.

Zarówno przepis art. 31 § 1 pr.małż. z 1945 r.[3], jak też przepis art. 437 k.p.c. z 1950 r.[4] w zw. z art. 32 k.r. z 1950 r.[5] zobowiązywały sąd prowadzący postępowanie rozwodowe do obligatoryjnego pozostawienia władzy rodzicielskiej wyłącznie jednemu z rodziców dziecka, ograniczając drugiego do funkcji kontrolnych. Kodeks rodzinny z 1964 r.[6] zapoczątkował przełamywanie obowiązującego wówczas paradygmatu, zgodnie z którym tylko jeden z rodziców może być podstawowym opiekunem prawnym dziecka. W treści art. 58 zd. 2 k.r.o. znalazło się bowiem sformułowanie, że „sąd może" powierzyć władzę rodzicielską jednemu z rodziców dziecka, ograniczając drugiego do określonych praw i obowiązków. Otworzyło to drogę do pozostawiania obojgu rodzicom pełnej władzy rodzicielskiej[7], choć w zapadłej cztery lata później uchwale Sąd Najwyższy zauważył, że rozstrzygnięcia tego rodzaju należy podejmować wyjątkowo[8]. Stąd też ustawa z 6 listopada 2008 r. przyniosła kolejną zmianę[9]. Chodziło o modyfikację treści art. 58 i 107 k.r.o. w taki sposób, aby sąd rodzinny był umocowany do utrzymania władzy rodzicielskiej u obojga rodziców dziecka na ich zgodny wniosek wyrażony w przedłożonym wcześniej porozumieniu rodzicielskim. W piśmiennictwie podkreślono jednak, że literalna wykładnia wskazanych przepisów skłaniać mogła do konkluzji, iż brak porozumienia determinować musiał ograniczenie władzy rodzicielskiej jednego z rodziców dziecka[10]. W konsekwencji 25 czerwca 2015 r. nastąpiła kolejna nowelizacja analizowanych regulacji. Zgodnie bowiem z obecnie obowiązującym stanem prawnym, sąd jedynie „uwzględnia pisemne porozumienie" rodzicielskie, zaś w przypadku braku porozumienia utrzymuje pełną władzę rodzicielską u obojga rodziców dziecka, ponieważ ograniczenie następuje wyjątkowo, tj. tylko wtedy, gdy przemawia za tym „dobro dziecka". Równocześnie postanowieniami tej samej ustawy znowelizowano przepisy Kodeksu postępowania cywilnego, wprowadzając wspomnianą instytucję pieczy naprzemiennej, która stanowić będzie przedmiot analizy w niniejszej publikacji.

2. Aksjologiczne podstawy pieczy naprzemiennej

Jedną z kluczowych zalet pieczy naprzemiennej jest zdecydowanie bardziej dogodna realizacja przysługującego rodzicom prawa do kontaktów z dzieckiem w przeciwieństwie do sztucznie wyznaczanych spotkań w ramach ustalanych tradycyjnie kontaktów. Małoletni zamiast poświęcać czas rodzicowi w określonych przez sąd granicach czasu, spotyka się z rodzicami podczas zamieszkiwania u każdego z nich[11]. Pomimo tego instytucja pieczy naprzemiennej zdaje się sprzeczna z zasadą

3 S. Grzybowski (w:) S. Grzybowski, I. Różański (red.), *Prawo małżeńskie. Komentarz*, Kraków 1946, s. 189.

4 Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 29 listopada 1930 r. Kodeks postępowania cywilnego, t.j. Dz.U. 1950, nr 43, poz. 394 (obowiązujące od 2 października 1950 r. do 31 grudnia 1964 r.).

5 Ustawa z dnia 27 czerwca 1950 r. – Kodeks rodzinny, Dz.U. 1950, nr 34, poz. 308.

6 Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r., Dz.U. 1964, nr 9, poz. 59; dalej: k.r.o.

7 Uchwała SN z dnia 18 marca 1968 r., III CZP 70/66, OSNCP 1968, nr 5, poz. 77; M. Domański, Orzekanie o pieczy naprzemiennej w wyrokach rozwodowych, Warszawa 2015, s. 2 i n.

8 Wytyczne wymiaru sprawiedliwości i praktyki sądowej w zakresie stosowania przepisów art. 56 oraz art. 58 k.r.o., III CZP 70/66, OSNC 1968/5/77; M. Domański, *Orzekanie o pieczy naprzemiennej…*, dz. cyt., s. 5.

9 Ustawa z dnia 6 listopada 2008 r. o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. 2008, nr 220, poz. 1431, która weszła w życie z dniem 13 czerwca 2009 r.

10 J. Ignatowicz (w:) J. Ignatowicz (red.), *Komentarz do spraw rodzinnych*, Warszawa 2012, s. 197 i n.

11 Por. Sprawozdanie z konferencji „Prawa rodziców drugiej kategorii" (M. Domański, *Matka też musi respektować wyrok*, „Rzeczpospolita" 2008, 4 kwietnia), przedruk w: „Rodzina i Prawo" 2008, nr 9–10, s. 160 i n., a także informację o spotkaniu organizacji działających na rzecz praw ojców z przedstawicielami Ministerstwa Sprawiedliwości w dniu 10 września 2009 r., „Rodzina i Prawo" 2009, nr 13, s. 109, oraz zamieszczone tamże (s. 110–116): List otwarty Organizacji Broniących Praw Dzieci i Rodziców i stanowisko Stowarzyszenia Centrum Praw Ojca i Dziecka, cyt. za: E. Holewińska-Łapińska, *Pozostawienie władzy rodzicielskiej nad wspólnymi małoletnimi dziećmi obojgu rozwiedzionym rodzicom oraz rozstrzygnięcia o kontaktach z dziećmi w wyrokach rozwodowych*, Warszawa 2012, s. 753.

dobra dziecka. Jak bowiem podkreśla się w literaturze, warunkiem prawidłowego wykonywania władzy rodzicielskiej jest stabilność[12] polegająca na ustaleniu jednego kierunku wychowania[13], podczas gdy stworzenie dwóch centrów życiowych determinuje zwykle powstanie dwóch odmiennych pod względem wartości i przekonań środowisk wychowawczych dziecka[14]. W konsekwencji dochodzi do maksymalnego faworyzowania praw rodzicielskich kosztem fundamentalnej zasady dobra dziecka[15]. Oczywiście pytanie o wpływ pieczy naprzemiennej na kruchą emocjonalnie osobę dziecka nie jest jednoznaczne. O złożoności problemu świadczą rozbieżne wypowiedzi formułowane przez pedagogów oraz psychologów[16], które jedynie pokazują, że niezależnie od zajmowanego stanowiska w dyskusji nad problemem dopuszczalności pieczy naprzemiennej trzeba uwzględniać przede wszystkim osobę dziecka, zaś interes rodziców traktować należy marginalnie. Tylko w takim ujęciu można uniknąć wątpliwych i niebezpiecznych postulatów *de lege ferenda*, jakie zgłaszają niektóre środowiska opowiadające sie za ochroną ojców dzieci, aby do polskiego porządku prawnego wprowadzić obowiązkową (i przymusową) pieczę naprzemienną[17].

Dochodzi do maksymalnego faworyzowania praw rodzicielskich kosztem fundamentalnej zasady dobra dziecka.

Reasumując, trzeba podkreślić, że bezwzględnym warunkiem pieczy naprzemiennej jest wzorcowa współpraca rodziców dziecka[18]. Mając jednak na względzie obserwację, że znaczna część orzeczeń

12 T. Sokołowski, *Prawo rodzinne. Zarys wykładu*, Poznań 2010, s. 140. Por. także R. Kucharski, *Wspólna opieka rodzicielska nad małoletnim dzieckiem w USA w świetle prawodawstwa i badań specjalistycznych*, „Rodzina i Prawo" 2012, nr 23, s. 35 i n.; R. Boch, *Mediacja rodzinna – profesjonalne wsparcie w planowaniu przyszłości. Co można zrobić, by zadbać o rodziców i dzieci podczas rozwodu*, „Rodzina i Prawo" 2012, nr 23, s. 29 i n., cyt. za: W. Stojanowska, *„Porozumienie" rodziców jako przesłanka pozostawienia im obojgu władzy rodzicielskiej po rozwodzie. Wybrane zagadnienia*, „Acta Iuris Stetinensis" 2014, nr 6, s. 309 i n.

13 W. Stojanowska, *„Porozumienie" rodziców…*, dz. cyt., s. 307 i n.; W. Stojanowska (w:) T. Smyczyński (red.), *System prawa prywatnego*, t. 11: *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, Warszawa 2014, s. 778.

14 A. Czerederecka, *Rodzinne ośrodki diagnostyczno-konsultacyjne na cenzurowanym*, „Rodzina i Prawo" 2013, nr 24, s. 25–26.

15 T. Sokołowski (w:) H. Dolecki, T. Sokołowski (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 455. Por. także K. Jagielski, *Istota i treść władzy rodzicielskiej*, „Studia Cywilistyczne" 1963, t. 3, s. 111. Por. szerzej M. Domański, *Orzekanie o pieczy naprzemiennej…*, dz. cyt., s. 2; *Uchwała SN z dnia 18 marca 1968 r.*, III CZP 70/66, OSNC 1968/5/77, a także zasada 3.20 *Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities*.

16 Por. E. Kruk, *Arguments for an Equal Parental Responsibility Presumption in Contested Child Custody*, „The American Journal of Family Therapy" 2012, nr 40, s. 33–55; R. Bauserman, *Child Adjustment in Joint-Custody Versus Sole-Custody Arrangements. A Meta-Analytic Review*, „Journal of Family Psychology" 2002, nr 1, s. 91–102; S.B. Laftman i in., *Joint Physical Custody, Turning to Parents for Emotional Support, and Subjective Health. A Study of Adolescents in Stockholm, Sweden*, „Scandinavian Journal of Public Health" 2017, nr 5, s. 456–462; L. Nielsen, *Shared Physical Custody. Summary of 40 Studies on Outcomes for Children*, „Journal of Divorce & Remarriage" 2014, nr 8, s. 614–636.

17 http://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/agent.xsp?symbol=POSIEDZENIAZESP&Zesp=362 (dostęp: 2.01.2017).

18 Według M. Andrzejewskiego wymagana przy pieczy naprzemiennej zgodność brzmi w przypadku postępowania rozwodowego jak oksymoron. Głos w dyskusji na konferencji naukowej pt. „Wokół problematyki małżeństwa w aspekcie materialnym i procesowym" organizowanej przez Zakład Prawa Cywilnego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Rzeszowskiego w dniach 7–8 listopada 2016 r.

dotyczących pieczy naprzemiennej zapada w warunkach silnych nieporozumień rodzicielskich[19], warto *expressis verbis* uzależnić powstanie pieczy naprzemiennej od przedłożenia porozumienia rodzicielskiego oraz wyznaczyć próg wiekowy dziecka, poniżej którego orzeczenie pieczy naprzemiennej byłoby niedopuszczalne.

3. Pojęcie pieczy naprzemiennej

Ustawodawca, wprowadzając omawianą instytucję, nie posłużył się terminem „pieczy naprzemiennej", lecz instytucję tę określił w sposób opisowy[20]. W znowelizowanych przepisach k.p.c. mowa jest wyłącznie o przypadku, kiedy „dziecko będzie mieszkać z każdym z rodziców w powtarzających się okresach [czasu]"[21]. Natomiast na gruncie przepisów materialnoprawnych ustawodawca w ogóle zrezygnował ze wskazania, choćby opisowego, pieczy naprzemiennej. Instytucja ta daje się jednak wyinterpretować z treści art. 58 i 107 k.r.o., ze sformułowania odnoszącego się do „sposobu wykonywania władzy rodzicielskiej"[22]. Dodać przy tym trzeba, że piecza naprzemienna nie stanowi naprzemiennej władzy rodzicielskiej[23]. O tym, że tak nie jest, świadczy dorozumiane rozróżnienie tzw. „zakresu wykonywania władzy rodzicielskiej" od „sposobu wykonywania władzy rodzicielskiej". Analiza przepisów k.r.o. pokazuje bowiem, że gdy mowa o ingerencji we władzę rodzicielską, wówczas ustawodawca posługuje się takimi sformułowaniami, jak: sąd rodzinny „rozstrzyga o władzy rodzicielskiej" (art. 58 § 1 zd. 1 k.r.o.) albo sąd rodzinny „może powierzyć" władzę rodzicielską jednemu z rodziców dziecka, „ograniczając" drugiego do określonych praw i obowiązków (art. 58 § 1a zd. 1 i 107 § 2 zd. 1 k.r.o.), czy też: sąd „może orzec jej zawieszenie" (art. 110 k.r.o.), a w skrajnych przypadkach sąd „pozbawi rodziców władzy rodzicielskiej" (art. 111 k.r.o.). Natomiast wszędzie tam, gdzie mowa o „sposobie wykonywania władzy rodzicielskiej", chodzi o przypadek, w którym władza rodzicielska przez oboje rodziców zostaje utrzymana[24]. W tym kontek-

Ustawodawca, wprowadzając instytucję pieczy naprzemiennej, nie posłużył się terminem „pieczy naprzemiennej", lecz instytucję tę określił w sposób opisowy.

19 M. Domański, *Orzekanie o pieczy naprzemiennej…*, dz. cyt., s. 52 i n.

20 Por. J.M. Łukasiewicz, *Uwagi na temat pieczy naprzemiennej* (w:) J.M. Łukasiewicz, A.M. Arkuszewska, A. Kościółek (red.), *Wokół problematyki małżeństwa w aspekcie materialnym i procesowym*, Toruń 2017, s. 375.

21 Por. art. 582^1 § 4 k.p.c., 598^{22} k.p.c., a także w treści art. 756^2 k.p.c.

22 Nie można przy tym przyjąć, że termin „pieczy naprzemiennej" stanowi termin pozaustawowy. W regulacjach art. 2 pkt 16, art. 5 pkt 2a, a także w art. 8 pkt 1 ust. 5 ustawy zwanej potocznie „pięćset plus" ustawodawca posłużył się terminem „opieki naprzemiennej". *Ustawa z dnia 11 lutego 2016 r. o pomocy państwa w wychowaniu dzieci*, Dz.U. 2016, poz. 195. Por. także odpowiedź na interpelację nr 1870 w sprawie wypłaty świadczeń wychowawczych z programu „Rodzina 500 plus", odpowiadający: podsekretarz stanu w Ministerstwie Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej Bartosz Marczuk, źródło: http://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/interpelacja.xsp?typ=INT&nr=1870 (dostęp: 6.11.2016).

23 Por. *Orzeczenie SN z dnia 22 kwietnia 1952 r.*, C414/52, OSN 1952, nr 2, poz. 47; W. Stojanowska (w:) W. Stojanowska (red.), *Nowelizacja prawa rodzinnego na podstawie ustaw z 6 listopada 2008 r. i 10 czerwca 2010 r. Analiza – Wykładnia – Komentarz*, Warszawa 2011, s. 46, wraz ze wskazaną tam literaturą.

24 Por. art. 107 § 1, 58 § 1 zd. 2 k.r.o.; J.M. Łukasiewicz, *Uwagi na temat pieczy naprzemiennej*, dz. cyt., s. 375. Wprawdzie „sposób

ście należy odróżniać ustalenie „zakresu wykonywania władzy rodzicielskiej", które wiąże się z ograniczeniem, zawieszeniem lub pozbawieniem władzy rodzicielskiej, od ustalenia „sposobu wykonywania władzy rodzicielskiej", które wiąże się z rozstrzygnięciami konkretyzującymi pewne elementy pełnej władzy rodzicielskiej, jak np. ustalenie miejsca pobytu dziecka, ustalenie pieczy naprzemiennej czy też ustalenie miejsca zamieszkania[25]. W konsekwencji przyjąć trzeba, że pełna władza rodzicielska obojga rodziców stanowi warunek *sine qua non* pieczy naprzemiennej (co nie znaczy wcale, że w przypadku pełnej władzy rodzicielskiej piecza naprzemienna jest zawsze orzekana)[26].

Przyjęcie założenia, że piecza naprzemienna modyfikuje zakres władzy rodzicielskiej, prowadząc do naprzemiennej władzy rodzicielskiej, musiałoby oznaczać, że władza rodzicielska nie jest już pełna, lecz ograniczona. Tymczasem piecza rodzicielska pozostaje niewzruszona – oboje rodzice posiadają pełną władzę rodzicielską[27], a to, co się zmienia, to jedynie „sposób jej wykonywania". Następuje więc określenie miejsca pobytu dziecka, które wiąże się z konkretyzacją stosunku władzy rodzicielskiej w zakresie bieżącej pieczy nad osobą i majątkiem dziecka[28]. Samo użycie terminu „pieczy naprzemiennej" jest w tym znaczeniu o tyle uzasadnione, że podkreśla rzeczywistą rolę, jaką pełnić ma ta instytucja prawa[29]. Chodzi bowiem o to, że dla niezorientowanego z prawem rodzica, u którego w danej chwili dziecko przebywa, formalnie pełna władza rodzicielska urzeczywistnia się w pełni poprzez możliwość jej bezpośredniego wykonania[30].

4. Rola porozumienia rodzicielskiego przy ustalaniu pieczy naprzemiennej

Z dotychczasowych rozważań wynika, że jednym ze „sposobów wykonywania władzy rodzicielskiej" jest piecza naprzemienna. Wskazana konkluzja nie znaczy jednak wcale, że zawsze w przypadkach, w których przepis odnosi się do „sposobu wykonywania władzy rodzicielskiej" możliwe jest orzeczenie pieczy naprzemiennej.

Z treści art. 58 § 1 i 1a k.r.o., a także z treści art. 107 k.r.o. wynika, że sąd opiekuńczy lub sąd rozwodowy pełniący funkcję sądu opiekuńczego może pozosta-

wykonywania władzy rodzicielskiej" można ujmować szeroko na gruncie przepisów materialnoprawnych, niemniej jednak w relacji do art. 570^2 k.p.c. dotyczącego ugód mediacyjnych w kontekście art. 10 k.p.c. odnoszącego się do zdolności ugodowej uzasadnione wydaje się już tylko wąskie rozumienie „sposobu wykonywania władzy rodzicielskiej". Jak można sądzić, tylko ugody mediacyjne odnoszące się do „sposobu wykonywania władzy rodzicielskiej" w ujęciu wąskim mogą być zatwierdzane przez sąd, gdy tymczasem ugody mediacyjne odnoszące się do „zakresu wykonywania władzy rodzicielskiej" czy też „sposobu" jej wykonywania w ujęciu potocznym (jak np. ograniczenie władzy rodzicielskiej) powinny być włączane do treści merytorycznej rozstrzygnięcia sądu. Por. J.M. Łukasiewicz, *Kompleksowe ujęcie sprawy rodzinnej w ugodzie mediacyjnej*, „ADR Arbitraż i Mediacja" 2014, nr 4 (28), s. 37–47. W kontekście pieczy naprzemiennej właściwe wydaje się wąskie rozumienie „sposobu wykonywania władzy rodzicielskiej".

25 Por. uwagi M. Niełaczna, *Mediacje rodzinne. Podsumowanie programu poradnictwa prawnego dla mediatorów*, „Analizy, Raporty, Ekspertyzy" 2005, nr 3, s. 11. Na podstawie art. 107 k.r.o. rodzice żądają określenia każdorazowego miejsca pobytu dziecka, gdy tymczasem na podstawie art. 97 § 2 k.r.o. jest to konkretny adres. Por. R. Zegadło, *Miejsce zamieszkania, miejsce pobytu, miejsce zwykłego (stałego) pobytu dziecka oraz piecza naprzemienna*, „Rodzina i Prawo" 2011, nr 17–18, s. 8. Por. także *Rodzicielski plan wychowawczy Centrum Mediacji Partners Polska z 2009 r.*, który został zamieszczony w formie aneksu w opracowaniu H. Ciepła, *Nowelizacje kodeksu rodzinnego i opiekuńczego z komentarzem*, Warszawa 2010, s. 89–96.

26 T. Justyński, *W sprawie tzw. opieki naprzemiennej*, „Rodzina i Prawo" 2011, nr 19, s. 5 i n.

27 Niemożliwe jest rozłożenie władzy rodzicielskiej w czasie. B. Czech, *Art. 58 k.r.o. w związku z problematyką ustawy nowelizującej z dnia 6 listopada 2008 r.*, „Rodzina i Prawo" 2009, nr 12, s. 26.

28 W tym kontekście rację miał T. Justyński, głosząc, że piecza naprzemienna to sprawa dotycząca władzy rodzicielskiej. T. Justyński, *W sprawie tzw. opieki*, dz. cyt., s. 6.

29 Miejsce pobytu to miejsce, w którym dana osoba faktycznie przebywa, co oznacza, że jest to fakt niewymagający przesłanki trwałości. Nie ulega przy tym wątpliwości, że ten rodzic, u którego dziecko faktycznie przebywa, wykonuje jednocześnie bieżącą pieczę. R. Zegadło, *Miejsce zamieszkania…*, dz. cyt., s. 5.

30 Podzielone w czasie jest jedynie sprawowanie bezpośredniej pieczy nad dzieckiem, a więc podział następuje wyłącznie w kontekście jednego z atrybutów władzy rodzicielskiej. M. Domański, *Orzekanie o pieczy naprzemiennej…*, dz. cyt., s. 16.

wić pełną władzę rodzicielską obojgu rodzicom pod warunkiem przedstawienia przez nich wypracowanego wcześniej porozumienia[31]. W tego rodzaju porozumieniu rodzice określają „sposób wykonywania władzy rodzicielskiej" (a wiec mogą ustalić pieczę naprzemienną) oraz zamieszczają ustalenia odnoszące się do prawa do „kontaktów". W przypadku braku porozumienia sąd opiekuńczy, zamiast ograniczać automatycznie jednego z rodziców we władzy rodzicielskiej, może z urzędu samodzielnie zdecydować o pozostawieniu pełnej władzy rodzicielskiej po stronie obojga rodziców, dokonując przy tym ustaleń o „sposobie wykonywania władzy rodzicielskiej" oraz ustaleń w zakresie prawa do „kontaktów"[32]. Nie znaczy to jednak wcale, że w sytuacji braku porozumienia sąd mógłby w ramach ustalania „sposobu wykonywania władzy rodzicielskiej" samodzielnie ustalić pieczę naprzemienną. Trzeba bowiem podkreślić, że treść pieczy naprzemiennej rodzice określają w porozumieniu rodzicielskim, natomiast w przypadku braku porozumienia przepis art. 58 § 1a oraz przepis art. 107 § 2 k.r.o. nie zakreślają, choćby w minimalny sposób, treści pieczy naprzemiennej. Przesądzać to może o braku możliwości ustalenia z urzędu przez sąd rodzinny pieczy naprzemiennej, co dodatkowo można wesprzeć argumentem, że piecza naprzemienna stanowi wyjątek od ogólnie przyjętej zasady, iż dziecko posiada jedno ognisko domowe. Jest to swoistego rodzaju przywilej rodzicielski (np. w przeciwieństwie do kontaktów z dzieckiem, które stanowią obowiązek rodzicielski), któremu moc nadać można wyłącznie na podstawie zgodnego konsensusu rodzicielskiego. Warto również odnotować, że posiadający pełną władzę rodzicielską rodzice dziecka mogą poza pieczą naprzemienną rzeczywiście wykonywać faktyczną naprzemienną pieczę w zakresie bieżącej pieczy nad osobą i majątkiem dziecka, niemniej jednak taka forma wykonywania władzy rodzicielskiej sprowadza się do sfery faktycznej i należy ją odróżniać od regulowanej przepisami prawa pieczy naprzemiennej ujmowanej w kategoriach instytucji prawnej.

5. Rola mediacji przy ustalaniu pieczy naprzemiennej

W piśmiennictwie wskazuje się, że ugoda mediacyjna może dotyczyć spraw rodzinnych w zakresie ustalenia miejsca pobytu dziecka, jak również obowiązku alimentacyjnego[33] czy też prawa do kontaktów. Z uwagi na fakt, że sądem właściwym rzeczowo do

31 W poprzednim stanie prawnym dopuszczalność pozostawienia rodzicom pełnej władzy rodzicielskiej, por. *Uchwała SN (7) z dnia 18 marca 1968 r.*, III CZP 70/66, OSNCP 1968, nr 5, poz. 77.

32 W poprzednim stanie prawnym por. J. Wierciński, *Kilka uwag o władzy rodzicielskiej nad małoletnim dzieckiem w razie rozwodu rodziców w ujęciu porównawczym*, „Studia Prawa Prywatnego" 2012, nr 1 (24), s. 26. Przy braku porozumienia praktyka kierowała się „automatyzmem" w ograniczaniu jednego z rodziców we władzy rodzicielskiej. J. Ignaczewski (w:) J. Ignaczewski (red.), *Komentarz do spraw rodzinnych*, Warszawa 2012, s. 197 i n. Por. także L. Stecki, *Władza rodzicielska po rozwodzie*, „Państwo i Prawo" 1992, nr 5, s. 47 i n. W konsekwencji takiego unormowania małżonek posiadający przekonanie o tym, że sąd w przypadku braku porozumienia przyzna mu władzę rodzicielską, skłonny był odmawiać zawarcia porozumienia bądź też uzależniać jego zawarcie od innych korzyści, m.in. określonego podziału majątku. A. Szczekala, *Sposoby kształtowania władzy rodzicielskiej nad wspólnym dzieckiem rozwodzących się małżonków (zagadnienia wybrane)* (w:) M. Nazar (red.), *Prawo cywilne. Stanowienie, wykładnia i stosowanie. Księga pamiątkowa dla uczczenia setnej rocznicy urodzin Profesora Jerzego Ignatowicza*, Lublin 2015, s. 433. W literaturze także podkreślono brak sprecyzowania koniecznych elementów porozumienia. E. Holewińska-Łapińska, *Pozostawienie władzy rodzicielskiej…*, dz. cyt., s. 9; W. Stojanowska (w:) W. Stojanowska (red.), *Nowelizacja prawa rodzinnego na podstawie ustawy z 6 listopada 2008 r. i 10 czerwca 2010 r. Analiza. Wykładnia. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 79 i n.; taż, *„Porozumienie" rodziców jako przesłanka…*, dz. cyt.; *Kodeks rodzinny i opiekuńczy po wielkich nowelizacjach*, Szczecin 2014, s. 303 i n. W literaturze zgłasza się także propozycje odmiennej redakcji obecnie obowiązującego przepisu art. 58 i 107 k.r.o. A. Szczekala, *Sposoby kształtowania…*, dz. cyt., s. 435 i n.

33 Zasadą jest brak tzw. konstytutywnych umów rodzinno-prawnych. Por. J.M. Łukasiewicz, *Uwagi na temat umowy alimentacyjnej i kontraktów quasi-alimentacyjnych* (w:) Z. Kuniewicz, D. Sokołowska (red.), *Prawo kontraktów*, Warszawa 2017, s. 260–269; A. Oleszko, *Umowa alimentacyjna* (w:) M. Sawczuk (red.), *Księga pamiątkowa ku czci Profesora Jerzego Ignatowicza*, Lublin 1988, s. 201, 206 i 208.

zatwierdzenia ugody mediacyjnej jest w każdej z tych spraw z osobna ten sam sąd rodzinny (art. 183^{13} § 1 i 183^{14} § 1 k.p.c.), stąd też brak przeszkód ku temu, aby wszystkie te sprawy rodzinne ujmować kompleksowo w jednej ugodzie mediacyjnej. Praktyczny walor takiego rozwiązania przejawia się w tym, że tradycyjne postępowanie sądowe (poza postępowaniem odnoszącym się do rozwiązania małżeństwa) nie pozwala łączyć m.in. sprawy alimentacyjnej, która odbywa się w procesie, np. ze sprawą o ustalenie prawa do kontaktów, dla której właściwy jest nieproces. Stąd też mediacja pozwala łączyć niektóre sprawy rodzinne[34]. Problem w tym, że większość spraw rodzinnych uregulowana jest przepisami bezwzględnie obowiązującymi, w konsekwencji czego sprawy te nie posiadają w myśl art. 10 k.p.c. tzw. zdolności ugodowej[35]. Oznacza to, że np. ograniczenie, zawieszczenie czy pozbawienie władzy rodzicielskiej nie może być przedmiotem ugody mediacyjnej. Nie należy przez to twierdzić, że przedmiotem postępowania mediacyjnego nie mogą być jakiekolwiek sprawy dotyczące władzy rodzicielskiej[36]. Jak wskazano, należy odróżniać określenie „zakresu władzy rodzicielskiej" od określenia „sposobu" jej wykonywania. Przepis art. 570^{2} zd. 2 k.p.c. potwierdza to rozróżnienie. Jak bowiem wynika z przytoczonej regulacji, przedmiotem mediacji mogą być sprawy dotyczące określenia „sposobu wykonywania władzy rodzicielskiej", co oznacza, że rodzice mogą w ugodzie mediacyjnej określać pieczę naprzemienną. Tak zawarta ugoda podlega w świetle reguł ogólnych Kodeksu postępowania cywilnego zatwierdzeniu przez sąd opiekuńczy[37].

Przesądzać to może o braku szans na ustalenie z urzędu przez sąd rodzinny pieczy naprzemiennej, co dodatkowo da się wesprzeć argumentem, że piecza naprzemienna stanowi wyjątek od ogólnie przyjętej zasady, iż dziecko posiada jedno ognisko domowe.

Odmiennie traktować należy przypadek, kiedy podczas prowadzenia postępowania rozwodowego doszło do zawarcia ugody mediacyjnej w zakresie pieczy naprzemiennej. W obecnym stanie prawnym zawarcie takiego porozumienia nie może przybierać postaci zatwierdzonej przez sąd ugody mediacyjnej, skoro ustawodawca przewidział dla takiego porozumienia odmienną formę „autoryzacji" poprzez uwzględnienie w formie merytorycznego orzeczenia sądu[38]. Podobnie

34 J.M. Łukasiewicz, *Małżeńska współzależność majątkowa w polskim prawie cywilnym*, Warszawa 2018, s. 80.

35 Por. M. Glegoły-Szczap i in., *Mediacje rodzinne w praktyce. Poradnik*, Kraków 2008; M. Niełaczna, *Mediacje rodzinne…*, dz. cyt., s. 11–12; R. Zegadło, *Mediacja w sprawach rodzinnych i opiekuńczych*, „Rodzina i Prawo" 2006, nr 1, s. 51; tenże, *Porozumienia i ugody dotyczące wykonywania władzy rodzicielskiej i kontaktów z dzieckiem*, „Rodzina i Prawo" 2010, nr 16, s. 30 i n. Patrz także G. Nauka, *Sprawozdanie z konferencji „Rodzina a prawo i sąd rodzinny", Warszawa 30 maja – 1 czerwca 2011*, „Palestra" 2011, nr 11–12, s. 262.

36 W praktyce sądy jednak zatwierdzają ugody mediacyjne, w których jeden z rodziców ogranicza swój zakres władzy rodzicielskiej poprzez enumeratywne wyliczenie przysługujących mu praw i obowiązków. Wydaje się, że w takich sytuacjach sąd, zamiast zatwierdzać ugodę mediacyjną, powinien wydawać w takim zakresie orzeczenie.

37 J.M. Łukasiewicz, *Uwagi na temat pieczy naprzemiennej*, dz. cyt., s. 386 i n.

38 W nieco innym kontekście: R. Zegadło, *Porozumienia i ugody dotyczące wykonywania władzy rodzicielskiej i kontaktów z dzieckiem*, „Rodzina i Prawo" 2010, nr 16, s. 31.

traktować należy przypadek, kiedy sąd prowadzi sprawę na podstawie art. 107 k.r.o., choć zastrzec trzeba, że w tego rodzaju sprawie żyjący oddzielnie rodzice niebędący małżonkami dążą do ograniczenia władzy rodzicielskiej jednego z nich bądź też zachowując pełną władzę rodzicielską, zmierzają jedynie do określenia „sposobu wykonywania władzy rodzicielskiej". W tym drugim przypadku rozstrzygnięcie sądu na podstawie art. 107 k.r.o. staje się bezprzedmiotowe, skoro przedmiot jego rozpoznania pokrywa się merytorycznie z ugodą mediacyjną, która przecież dotyczyć może „sposobu wykonywania władzy rodzicielskiej".

6. Piecza naprzemienna a prawo do kontaktów z dzieckiem

Choć piecza naprzemienna zbliża się funkcjonalnie do przysługującego rodzicowi prawa do kontaktów, to jednak przyjąć należy, iż obie instytucje nie są wzajemnie równoważne[39]. Przede wszystkim ustawodawca wyraźnie odróżnia „kontakty" od „sposobu wykonywania władzy rodzicielskiej", czemu daje wyraz w treści art. 58 i 107 k.r.o. Dodatkowym argumentem przemawiającym za brakiem tożsamości wskazanych instytucji prawnych jest przepis art. 113 § 1 k.r.o., który ujmuje prawo do kontaktów z dzieckiem jako element zupełnie niezależny od przysługującej rodzicom władzy rodzicielskiej. Wreszcie w myśl art. 58 § 1b sąd może na zgodny wniosek stron odstąpić od orzekania o kontaktach z dzieckiem, co jak się zdaje, wcale nie wyklucza zawarcia porozumienia w zakresie pieczy naprzemiennej. Niewykluczone wydaje się też przyjęcie sytuacji odwrotnej, kiedy pomimo ustalenia pieczy naprzemiennej sąd określa w myśl zawartego porozumienia rodzicielskiego kontakty każdego z rodziców dziecka na czas przebywania dziecka u drugiego z rodziców[40].

Ze względu na fakt, że piecza naprzemienna może polegać na nierównym podziale czasu pomiędzy rodzicami[41], można sformułować wątpliwość, czym piecza naprzemienna różni się od tradycyjnie rozumianego prawa do kontaktów. Możliwe jest przecież takie uregulowanie pieczy naprzemiennej, że dziecko przebywa u jednego z rodziców wyłącznie w okresie szkolnym, zaś u drugiego z rodziców w okresie wakacyjnym oraz weekendowym. Niewątpliwie zbliżony skutek daje się osiągnąć poprzez ustalenie prawa do kontaktów. Granica jest rzeczywiście płynna, co nie znaczy, że nie istnieje[42]. Przede wszystkim trzeba zauważyć, że piecza naprzemienna kładzie główny nacisk na miejsce pobytu dziecka. Prawo do kontaktów zaś skupia się na tym, co jest pochodną wobec miejsca pobytu dziecka i ma do niego charakter pochodny[43]. Zauważyć też należy, że przy pieczy naprzemiennej rodzice zawsze posiadają pełnię władzy rodzicielskiej, czego nie można powiedzieć o sytuacji, kiedy określane jest prawo do kon-

Piecza naprzemienna kładzie główny nacisk na miejsce pobytu dziecka. Prawo do kontaktów zaś skupia się na tym, co jest pochodną do miejsca pobytu dziecka i ma wobec niego charakter wtórny.

39 Por. J.M. Łukasiewicz, *Uwagi na temat pieczy naprzemiennej*, dz. cyt., s. 379 i n.

40 Tenże, *Obowiązek alimentacyjny przy pieczy naprzemiennej*, MP 2018, nr 7, s. 348.

41 Zamiast proporcji 1:1 możliwe więc byłoby ukształtowanie pieczy naprzemiennej bez symetryczności. E. Holewińska-Łapińska, *Pozostawienie władzy rodzicielskiej…*, dz. cyt., s. 17.

42 Por. J.M. Łukasiewicz, *Uwagi na temat pieczy naprzemiennej*, dz. cyt., s. 380.

43 Por. R. Zegadło, *Miejsce zamieszkania…*, dz. cyt., s. 5.

taktów z dzieckiem[44]. I wreszcie piecza naprzemienna, jak zostało już wcześniej podkreślone, może wymagać jednoczesnego uregulowania prawa do kontaktów.

Piecza naprzemienna dotyczy wyłącznie unormowanego prawnie faktycznego miejsca pobytu dziecka, a nie miejsca zamieszkania. O tym drugim mowa jest w treści art. 26 k.c. i oznacza ono wyłącznie miejscowość osoby fizycznej, w tym przypadku dziecka[45]. Zgodnie z treścią art. 26 § 2 zd. 2 k.c. w przypadkach, kiedy dziecko nie przebywa stale u żadnego z rodziców, jego miejsce zamieszkania zostaje określone przez sąd rodzinny[46]. W konsekwencji sąd powinien przy pieczy naprzemiennej określać miejsce zamieszkania dziecka jako każdorazowe miejsce zamieszkania jednego z rodziców dziecka, zakładając oczywiście, że rodzice nie mieszkają w jednej miejscowości[47]. Można też zastanawiać się, czy rozstrzygnięcie takie nie mogłoby zostać wydane niejako na przyszłość, gdyż i tak mieści się ono w kategorii „sposobu wykonywania władzy rodzicielskiej", choć stanowisko takie nie jest pozbawione niedoskonałości[48]. Warta odnotowania jest także uwaga, że w przypadku pieczy naprzemiennej zgodnie z poglądami części doktryny sąd może w ramach określania „sposobu wykonywania władzy rodzicielskiej" ustalać formalne miejsce stałego pobytu dziecka przy jednym z rodziców dziecka[49]. Jak się jednak zdaje, ustalenie takie miałoby wyłącznie charakter fakultatywny, z dwóch powodów. Po pierwsze, przy pieczy naprzemiennej rodzice nadal posiadają pełną władzę rodzicielską, więc w każdej chwili mogą podjąć decyzję o zmianie formalnego miejsca pobytu dziecka, a poza tym wydaje się, iż miejsce to zdeterminowane jest przez wykonany przez rodziców w zakresie dziecka obowiązek meldunkowy. Stąd też określenie miejsca faktycznego pobytu dziecka następuje wskutek wykonania skonkretyzowanego obowiązku pieczy naprzemiennej, zaś formalne ustalenie miejsca pobytu dziecka pozostaje niewiążącym rozstrzygnięciem sądu[50].

7. Wysokość alimentów przy pieczy naprzemiennej

W przypadku pieczy naprzemiennej szczególnego znaczenia nabiera sposób kształtowania obowiązku alimentacyjnego rodziców wobec ich wspólnego dziecka. Problem nie ma większego znaczenia w sytuacjach, gdy ustalone naprzemiennie okresy pobytu dziecka u każdego z rodziców są równe, a zarobki rodziców podobne. Sytuacja komplikuje się jednak, kiedy zarobki rodziców pozostają w dużej dysproporcji[51], a wyznaczone okresy naprzemienne nie są równe. Niejasne jest też, do czyich rąk powinny być wypłacone alimenty, skoro oboje rodzice zachowują przedstawicielstwo ustawowe.

Dla rozstrzygnięcia wskazanych wątpliwości zaproponować można następujące metody obliczeniowe. Na wstępie należałoby ustalić kwotę odzwierciedlającą miesięczne utrzymanie dziecka (np. 1000 zł), a także procentowy udział sprawowania pieczy naprzemiennej przez każdego z rodziców dziecka. Najbardziej optymalnym sposobem wydaje się przy tym określenie liczby dni, przez które rodzic sprawuje pieczę naprze-

44 H. Ciepła, *Zarząd majątkiem dziecka, utrzymywanie z nim kontaktów oraz piecza naprzemienna rodziców – przepisy obowiązujące od 29.08.2015 r.* (opracowanie na potrzeby szkolenia), Warszawa 2015, s. 24.

45 O nieprzydatności tej regulacji prawnej wedle literalnego brzmienia por. M. Domański, *Orzekanie o pieczy naprzemiennej…*, dz. cyt., s. 82 wraz z cytowaną tam literaturą.

46 Przepis ten dotyczy sytuacji, kiedy dziecko nie przebywa u żadnego z rodziców, gdyż np. znajduje się w rodzinnej pieczy zastępczej, jak też sytuacji, kiedy dziecko naprzemiennie przebywa u każdego z rodziców. Por. R. Zegadło, *Miejsce zamieszkania…*, dz. cyt., s. 12; E. Michniewicz-Broda (w:) M. Pyziak-Szafnicka (red.), *Kodeks cywilny. Część ogólna – komentarz*, Warszawa 2009, s. 352 i n.

47 T. Sokołowski, *Władza rodzicielska nad dorastającym dzieckiem*, Poznań 1987, s. 81.

48 Por. odmiennie M. Domański, *Orzekanie o pieczy naprzemiennej…*, dz. cyt., s. 86.

49 Por. uwagi T. Justyński, *W sprawie tzw. opieki*, dz. cyt., s. 10; W. Stojanowska, *Władza rodzicielska pozamałżeńskiego i rozwiedzionego ojca. Studium socjologiczno-prawne*, Warszawa 2000, s. 62; J.M. Łukasiewicz, *Uwagi na temat pieczy naprzemiennej*, dz. cyt., s. 382.

50 J.M. Łukasiewicz, *Uwagi na temat pieczy naprzemiennej*, dz. cyt., s. 381 i n.

51 Warto odnotować, że piecza naprzemienna w wyrokach rozwodowych dotyczy często specyficznej grupy rozwodzących się małżonków: mieszkańców wielkich miast posiadających wyższe wykształcenie oraz wysoki status finansowy. M. Domański, *Orzekanie o pieczy naprzemiennej…*, dz. cyt., s. 28.

mienną w roku, którą to liczbę dni należy podzielić przez trzysta sześćdziesiąt pięć. Jeżeli przykładowo ojciec dziecka sprawuje pieczę naprzemienną wyłącznie przez 50 dni w roku, natomiast matka dziecka przez 315 dni, wówczas należałoby przeprowadzić następująca operację matematyczną:

a) 50 dni : 365 dni ≈ 0,14, co oznacza, że procentowy udział ojca w pieczy naprzemiennej wynosi 14%;
b) 315 dni : 365 dni ≈ 0,86, co oznacza, że procentowy udział matki w pieczy naprzemiennej wynosi 86%.

Następnie należy ustalić, ile wynoszą koszty utrzymania dziecka podczas pobytu u każdego z rodziców:

a) 1000 × 14% = 140 zł, co stanowi konieczny dla ojca koszt utrzymania dziecka,
b) 1000 × 86% = 860 zł, co stanowi konieczny dla matki koszt utrzymania dziecka.

Kolejnym etapem jest ustalenie, ile każdy z rodziców rzeczywiście może łożyć na dziecko znajdujące się w pieczy naprzemiennej. W tym celu należy określić łączny dochód obu rodziców dziecka, a następnie na podobnej jak powyżej zasadzie trzeba ustalić procentowo możliwości zarobkowe i majątkowe każdego z rodziców dziecka[52]. Jeżeli więc łączny dochód rodziców wynosić będzie 5500 zł, z czego ojciec osiągać będzie 2000 zł dochodu, zaś matka 3500 zł dochodu, wówczas ojciec dziecka zobowiązany będzie pokrywać potrzeby dziecka w kwocie 360 zł (2000 : 5500 ≈ 0,36 × 100% = 36%, 1000 × 36% = 360 zł), zaś matka dziecka – w kwocie 640 zł (3500 : 5500 ≈ 0,64 × 100% = 64%, 1000 × 64% = 640 zł).

Wskazać wreszcie trzeba rodzica, który będzie uprawniony do obioru alimentów na rzecz dziecka, oraz określić należy wysokość konkretnej raty alimentacyjnej. Oczywiście w pewnej liczbie przypadków rodzic posiadający niższy dochód będzie rodzicem uprawnionym do odbioru alimentów[53]. Nie zawsze jednak taka sytuacja wystąpi. Dlatego też ustalić należy wysokość raty alimentacyjnej z określeniem, który z rodziców uprawniony będzie do odbioru świadczeń alimentacyjnych.

W opisywanym przykładzie będzie to matka dziecka, która uzyska alimenty w kwocie 220 zł, co wynikać będzie z następującej operacji:

a) 140 – 360 = -220 zł
b) 860 – 640 = 220 zł

Przedstawione wyliczenie nie jest rozwiązaniem idealnym. W przeprowadzonym wyliczeniu nie uwzględniono m.in. lat przestępnych, w których rok liczy 366 dni. Poza tym trudno oczekiwać, aby rodzic wykonujący pieczę naprzemienną np. nieprzerwanie przez dwa kolejne miesiące płacił uśrednione alimenty wyrównawcze rodzicowi, który w tym czasie akurat pieczy naprzemiennej nad dzieckiem nie sprawowałby. Do tego należy uwzględnić przepisy odnoszące się do relacji obowiązku alimentacyjnego w stosunku do tzw. płacy minimalnej. Stąd też przyjęte rozwiązanie stanowić ma jedynie niewiążącą wytyczną o charakterze pomocniczym przy orzekaniu alimentów przez sądy. Zresztą wszelkie nieścisłości korygować ma bezsporne rozliczanie się wzajemne rodziców dziecka bez uciekania się do wzajemnych roszczeń regresowych. Wprawdzie spór o alimenty nie jest formalnie sporem dotyczącym samej pieczy naprzemiennej, niemniej jednak istotą pieczy naprzemiennej jest zgodna współpraca rodziców w zakresie pieczy nad osobą i majątkiem dziecka, która możliwa jest wyłącznie przy zachowaniu współpracy we wszystkich innych aspektach rodzicielskich.

8. Wnioski

O zasadności wprowadzenia bądź utrzymania pieczy naprzemiennej w określonym porządku prawnym decydować powinny kryteria wyznaczane przez badaczy z zakresu psychologii oraz pedagogiki. Jak trafnie dostrzega Marek Andrzejewski, wiedza prawnicza jest dalece niewystarczająca dla dogłębnego zrozumienia spornych problemów o podłożu aksjologicznym. Problemy, z jakimi wiąże się piecza naprzemienna, powinny być merytorycznie rozwiązywane przy użyciu kryteriów właściwych dla dziedzin wiedzy spoza obszaru prawa[54].

52 Podobny sposób, ale w przypadku tradycyjnych alimentów por. J. Wierciński (w:) J. Wierciński (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 909.

53 Takie uproszczenie przyjąłem w publikacji J.M. Łukasiewicz, *Uwagi na temat pieczy naprzemiennej*, dz. cyt., s. 386 i n. Por. J.M. Łukasiewicz, *Obowiązek alimentacyjny przy pieczy naprzemiennej*, dz. cyt., s. 353.

54 M. Andrzejewski, *O roli nauk pomocniczych prawoznawstwa w orzekaniu w sprawach rodzinnych* (w:) J.M. Łukasiewicz,

Tymczasem prawo dostarczać ma jedynie właściwych instrumentów osadzających określone rozwiązania prawne w obowiązującym systemie prawa. Analiza pieczy naprzemiennej *de lege lata* skłania niestety do konkluzji, że piecza naprzemienna została wprowadzona do polskiego porządku prawnego bez uwzględnienia rzetelnej analizy psychologiczno-pedagogicznej (brak kryterium wieku dziecka, brak wyraźnego wymogu przedłożenia porozumienia rodzicielskiego w zakresie pieczy naprzemiennej), a także bez prawidłowej nadbudowy instytucjonalnej w obszarze prawa (nieokreślony został jej wpływ na miejsce zamieszkania dziecka, prawa do kontaktów z dzieckiem oraz uprawnień alimentacyjnych dziecka). Taki stan rzeczy należy oceniać krytycznie, podejmując szeroką dyskusję w zakresie poznania omawianej problematyki oraz formułowania wniosków pozwalających pogodzić fundamentalną zasadę dobra dziecka z analizowaną instytucją prawa.

Bibliografia

Andrzejewski M., *O roli nauk pomocniczych prawoznawstwa w orzekaniu w sprawach rodzinnych* (w:) J.M. Łukasiewicz, A.M. Arkuszewska, A. Kościółek (red.), *Wokół problematyki małżeństwa w aspekcie materialnym i procesowym*, Toruń 2017.

Bauserman R., *Child Adjustment in Joint-Custody Versus Sole--Custody Arrangements. A Meta-Analytic Review*, „Journal of Family Psychology" 2002, nr 1, s. 91–102.

Ciepła H., *Nowelizacje kodeksu rodzinnego i opiekuńczego z komentarzem*, Warszawa 2010.

Ciepła H., *Zarząd majątkiem dziecka, utrzymywanie z nim kontaktów oraz piecza naprzemienna rodziców – przepisy obowiązujące od 29.08.2015 r.* (opracowanie na potrzeby szkolenia), Warszawa 2015.

Czech B., *Art. 58 k.r.o. w związku z problematyką ustawy nowelizującej z dnia 6 listopada 2008 r.*, „Rodzina i Prawo" 2009, nr 12.

Czerederecka A., *Rodzinne ośrodki diagnostyczno-konsultacyjne na cenzurowanym*, „Rodzina i Prawo" 2013, nr 24, s. 17–27.

Domański M., *Orzekanie o pieczy naprzemiennej w wyrokach rozwodowych*, Warszawa 2015.

Gajda J. (w:) K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Warszawa 2010

Glegoły-Szczap M. i in., *Mediacje rodzinne w praktyce. Poradnik*, Kraków 2008.

Grzybowski S. (w:) S. Grzybowski, I. Różański (red.), *Prawo małżeńskie. Komentarz*, Kraków 1946.

Holewińska-Łapińska E., *Pozostawienie władzy rodzicielskiej nad wspólnymi małoletnimi dziećmi obojgu rozwiedzionym rodzicom oraz rozstrzygnięcia o kontaktach z dziećmi w wyrokach rozwodowych*, Warszawa 2012.

Ignaczewski J. (w:) J. Ignaczewski (red.), *Komentarz do spraw rodzinnych*, Warszawa 2012.

Ignatowicz J. (w:) J. Ignatowicz (red.), *Komentarz do spraw rodzinnych*, Warszawa 2012.

Jagielski K., *Istota i treść władzy rodzicielskiej*, „Studia Cywilistyczne" 1963, t. 3, s. 97–161.

Justyński T., *W sprawie tzw. opieki naprzemiennej*, „Rodzina i Prawo" 2011, nr 19.

Justyński T., *Prawo do kontaktów z dzieckiem w prawie polskim i obcym*, Warszawa 2011.

Kodeks rodzinny i opiekuńczy po wielkich nowelizacjach, Szczecin 2014.

Kruk E., *Arguments for an Equal Parental Responsibility Presumption in Contested Child Custody*, „The American Journal of Family Therapy" 2012, nr 40, s. 33–55.

Kucharski R., *Wspólna opieka rodzicielska nad małoletnim dzieckiem w USA w świetle prawodawstwa i badań specjalistycznych*, „Rodzina i Prawo" 2012, nr 23, s. 300–310.

Laftman S.B. i in., *Joint Physical Custody, Turning to Parents for Emotional Support, and Subjective Health. A Study of Adolescents in Stockholm, Sweden*, „Scandinavian Journal of Public Health" 2017, nr 5, s. 456–462.

Łukasiewicz J.M., *Kompleksowe ujęcie sprawy rodzinnej w ugodzie mediacyjnej*, „ADR Arbitraż i Mediacja" 2014, nr 4 (28), s. 37–47.

Łukasiewicz J.M., *Małżeńska współzależność majątkowa w polskim prawie cywilnym*, Warszawa 2018.

Łukasiewicz J.M., *Obowiązek alimentacyjny przy pieczy naprzemiennej*, MP 2018, nr 7.

Łukasiewicz J.M., *Uwagi na temat pieczy naprzemiennej* (w:) J.M. Łukasiewicz, A.M. Arkuszewska, A. Kościółek (red.), *Wokół problematyki małżeństwa w aspekcie materialnym i procesowym*, Toruń 2017.

Łukasiewicz J.M., *Uwagi na temat umowy alimentacyjnej i kontraktów quasi-alimentacyjnych* (w:) Z. Kuniewicz, D. Sokołowska (red.), *Prawo kontraktów*, Warszawa 2017.

Michniewicz-Broda E. (w:) M. Pyziak-Szafnicka (red.), *Kodeks cywilny. Część ogólna – komentarz*, Warszawa 2009.

Nauka G., *Sprawozdanie z konferencji „Rodzina a prawo i sąd rodzinny", Warszawa 30 maja – 1 czerwca 2011*, „Palestra" 2011, nr 11–12.

A.M. Arkuszewska, A. Kościółek (red.), *Wokół problematyki małżeństwa…*, dz. cyt., s. 83.

Nielsen L., *Shared Physical Custody. Summary of 40 Studies on Outcomes for Children*, „Journal of Divorce & Remarriage" 2014, nr 8, s. 614–636.

Niełaczna M., *Mediacje rodzinne. Podsumowanie programu poradnictwa prawnego dla mediatorów*, „Analizy, Raporty, Ekspertyzy" 2005, nr 3, s. 1–14.

Oleszko A., *Umowa alimentacyjna* (w:) M. Sawczuk (red.), *Księga pamiątkowa ku czci Profesora Jerzego Ignatowicza*, Lublin 1988.

Sokołowski T. (w:) H. Dolecki, T. Sokołowski (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Warszawa 2013.

Sokołowski T., *Prawo rodzinne. Zarys wykładu*, Poznań 2010.

Sokołowski T., *Władza rodzicielska nad dorastającym dzieckiem*, Poznań 1987.

Stecki L., *Władza rodzicielska po rozwodzie*, „Państwo i Prawo" 1992, nr 5, s. 46–50.

Stojanowska W. (w:) T. Smyczyński (red.), *System prawa prywatnego*, t. 11: *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, Warszawa 2014.

Stojanowska W. (w:) W. Stojanowska (red.), *Nowelizacja prawa rodzinnego na podstawie ustaw z 6 listopada 2008 r. i 10 czerwca 2010 r. Analiza – Wykładnia – Komentarz*, Warszawa 2011.

Stojanowska W. (w:) W. Stojanowska (red.), *Nowelizacja prawa rodzinnego na podstawie ustawy z 6 listopada 2008 r. i 10 czerwca 2010 r. Analiza. Wykładnia. Komentarz*, Warszawa 2011.

Stojanowska W., *„Porozumienie" rodziców jako przesłanka pozostawienia im obojgu władzy rodzicielskiej po rozwodzie. Wybrane zagadnienia*, „Acta Iuris Stetinensis" 2014, nr 6, s. 300–310.

Stojanowska W., *Władza rodzicielska pozamałżeńskiego i rozwiedzionego ojca. Studium socjologiczno-prawne*, Warszawa 2000.

Szczekala A., *Sposoby kształtowania władzy rodzicielskiej nad wspólnym dzieckiem rozwodzących się małżonków (zagadnienia wybrane)* (w:) M. Nazar (red.), *Prawo cywilne. Stanowienie, wykładnia i stosowanie. Księga pamiątkowa dla uczczenia setnej rocznicy urodzin Profesora Jerzego Ignatowicza*, Lublin 2015.

Wierciński J. (w:) J. Wierciński (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Warszawa 2014.

Wierciński J., *Kilka uwag o władzy rodzicielskiej nad małoletnim dzieckiem w razie rozwodu rodziców w ujęciu porównawczym*, „Studia Prawa Prywatnego" 2012, nr 1 (24).

Zegadło R. (w:) J. Ignaczewski (red.), *Władza rodzicielska i kontakty z dzieckiem*, Warszawa 2010.

Zegadło R., *Mediacja w sprawach rodzinnych i opiekuńczych*, „Rodzina i Prawo" 2006, nr 1.

Zegadło R., *Miejsce zamieszkania, miejsce pobytu, miejsce zwykłego (stałego) pobytu dziecka oraz piecza naprzemienna*, „Rodzina i Prawo" 2011, nr 17–18.

Zegadło R., *Porozumienia i ugody dotyczące wykonywania władzy rodzicielskiej i kontaktów z dzieckiem*, „Rodzina i Prawo" 2010, nr 16.

Zegadło R., *Porozumienia i ugody dotyczące wykonywania władzy rodzicielskiej i kontaktów z dzieckiem*, „Rodzina i Prawo" 2010, nr 16.

Akty prawne

Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 29 listopada 1930 r. Kodeks postępowania cywilnego, t.j. Dz.U. 1950, nr 43, poz. 394.

Ustawa z dnia 11 lutego 2016 r. o pomocy państwa w wychowaniu dzieci, Dz.U. 2016, poz. 195.

Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r., Dz.U. 1964, nr 9, poz. 59.

Ustawa z dnia 27 czerwca 1950 r. – Kodeks rodzinny, Dz.U. 1950, nr 34, poz. 308.

Ustawa z dnia 29 sierpnia 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego, Dz.U. 2015, poz. 1062.

Ustawa z dnia 6 listopada 2008 r. o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. 2008, nr 220, poz. 1431.

Orzecznictwo

Orzeczenie SN z dnia 22 kwietnia 1952 r., C414/52, OSN 1952, nr 2, poz. 47.

Uchwała SN (7) z dnia 18 marca 1968 r., III CZP 70/66, OSNCP 1968, nr 5, poz. 77.

Uchwała SN z dnia 18 marca 1968 r., III CZP 70/66, OSNC 1968/5/77.

Uchwała SN z dnia 18 marca 1968 r., III CZP 70/66, OSNCP 1968, nr 5, poz. 77.

Wytyczne wymiaru sprawiedliwości i praktyki sądowej w zakresie stosowania przepisów art. 56 oraz art. 58 k.r.o., III CZP 70/66, OSNC 1968/5/77.

Inne

http://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/agent.xsp?symbol=POSIEDZENIAZESP&Zesp=362 (dostęp: 2.01.2017).

http://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/interpelacja.xsp?typ=INT&nr=1870 (dostęp: 6.11.2016).

Łukasz Mirocha

Polskie orzecznictwo w perspektywie wyroku w sprawie *Masterpiece Cakeshop*

Łukasz Mirocha

Doktor nauk prawnych (UMK), adwokat. Jego zainteresowania naukowe koncentrują się wokół współczesnej filozofii politycznej, relacji państwo–Kościół oraz zagadnień bioetycznych.

adwokat.mirocha@gmail.com

https://orcid.org/0000-0002-1498-2960

A Recent Polish Case Law in the Masterpiece Cakeshop *Case Perspective*

The article delivers some critical remarks on recent judgements of Polish courts concerning the so called Lodz printer case. The author attempts to apply ratio decidendi *form the US Supreme Court holding in the case of the Masterpiece Cake shop in the circumstances of the Polish case, and evaluate the approach of Polish courts from this perspective. The reasoning provided by Justice Kennedy in the Masterpiece Cakeshop opinion seems convincing and universal in the field of equality v. religious freedom controversies, which makes it a proper guidepost in the examination of disputes such as the Lodz printer case. From the presented point of view, Polish judgements occur as justified in not a very elegant manner, however they seem to be correct eventually. Detailed remarks raised against those judgements concern among others the issue of the interpretation of applied regulations of the Polish Code of Petty Offences and the Polish Civil Code. The Polish Supreme Court's approach to the interpretation of demands ostensibly stemming from relevant human rights provisions is also questioned.*

Słowa kluczowe: prywatna dyskryminacja, prawa mniejszości seksualnych, wolność religijna, klauzula sumienia, wolność kontra równość, sprawa łódzkiego drukarza

Key words: private discrimination, gay rights, religious freedom, conscience clause, liberty v. equality, case of the Lodz printer

Zaledwie 10 dni dzieli daty wydania przez Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych wyroku w sprawie *Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission* (4 czerwca 2018 r., sygn. akt 584 U.S. ___ [2018])[1] i postanowienia polskiego Sądu Najwyższego w tzw. sprawie łódzkiego drukarza (14 czerwca 2018 r., sygn. akt II KK 333/17)[2]. Rozstrzygnięcia dotyczą tego samego problemu – dopuszczalności

1 Dostępne na stronie internetowej: https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/16-111_j4el.pdf (dostęp: 4.08.2018).

2 Dostępne na stronie internetowej: http://www.sn.pl/sites/orzecznictwo/orzeczenia3/ii%20kk%20333-17.pdf (dostęp: 4.08.2018).

odmowy wykonania usług świadczonych komercyjnie ze względu na konflikt sumienia. W sprawach zapadły odmienne rozstrzygnięcia. Amerykański Sąd Najwyższy uznał racje pozwanego piekarza, który odmówił wykonania tortu weselnego na rzecz pary homoseksualnej. Z kolei postanowienie polskiego Sądu Najwyższego oddala kasację wymierzoną w wyrok uznający pracownika drukarni za winnego wykroczenia polegającego na nieuzasadnionej odmowie świadczenia usługi na rzecz fundacji promującej prawa członków społeczności LGBT.

Okoliczności faktyczne i prawne obydwu orzeczeń są na tyle odmienne, że nie byłoby zasadne ich porównywanie. W amerykańskiej sprawie odmawiający był właścicielem sklepu-cukierni, a zwróciły się do niego osoby fizyczne. W stanie Kolorado obowiązywał wówczas przepis wprost zakazujący dyskryminacji w świadczeniu usług powszechnie dostępnych m.in. ze względu na orientację seksualną klienta[3]. W czasie gdy doszło do odmowy wykonania usługi, prawo stanowe nie przewidywało możliwości zawarcia małżeństwa homoseksualnego, niedoszli klienci cukierni zamierzali zawrzeć związek w innym stanie. W czasie rozstrzygania sprawy przez Sąd Najwyższy małżeństwa jednopłciowe były już jednak legalne w całych Stanach Zjednoczonych od blisko trzech lat.

Stan faktyczny polskiej sprawy przedstawiał się następująco. Pracownik drukarni, po uzgodnieniu z wolontariuszką fundacji wspierającej społeczność LGBT w drodze mailowej, technicznych aspektów wykonania tzw. roll-upu, otrzymawszy projekt konkretnego zamówienia, skierował do rozmówczyni wiadomość o treści: „Witam, Odmawiam wykonania roll-upu z otrzymanej grafiki, Nie przyczyniamy się do promocji ruchów L. naszą pracą". Konflikt rozgrywał się więc między osobą fizyczną (pracownikiem drukarni) a osobą prawną (fundacją, która występuje w sprawie jako pokrzywdzona). Podstawą oskarżenia był art. 138 Kodeksu wykroczeń (dalej: k.w.) stanowiący, że „Kto, zajmując się zawodowo świadczeniem usług, żąda i pobiera za świadczenie zapłatę wyższą od obowiązującej albo umyślnie bez uzasadnionej przyczyny odmawia świadczenia, do którego jest obowiązany, podlega karze grzywny".

Postanowienie w sprawie łódzkiego drukarza stanowi w polskim kontekście precedens – polski Sąd Najwyższy nie rozstrzygał dotychczas sprawy o zbliżonych okolicznościach faktycznych[4]. Z kolei orzecznictwo organów administracyjnych (komisji ochrony praw obywatelskich) i sądów stanowych w Stanach Zjednoczonych, jest w tego typu sprawach niezwykle rozbudowane. Amerykański Sąd Najwyższy, rozstrzygając sprawę *Masterpiece Cakeshop*, dysponował szerokim materiałem porównawczym, mógł śledzić argumenty pojawiające się w publicznej dyskusji w latach poprzedzających wyrok. To doświadczenie zaowocowało rozstrzygnięciem, z którego perspektywy warto ocenić orzeczenia polskich sądów. Tekst stanowi próbę analizy motywów rozstrzygnięć polskiego Sądu Najwyższego i Sądu Okręgowego w Łodzi (wyrok II instancji w sprawie z 26 maja 2017 r., sygn. akt V Ka 557/17) przy wykorzystaniu niezwykle uniwersalnego *ratio decidendi* amerykańskiego orzeczenia. Streścić je można słowami, że spory między religijnie motywowanymi przedsiębiorcami a osobami homoseksualnymi powinny być rozstrzygane w tolerancyjny sposób, bez nieuzasadnionego braku szacunku do autentycznych wierzeń religijnych czy bez narażania osób homoseksualnych na poniżenie w korzystaniu z dóbr i usług oferowanych na rynku[5].

3 „It is a discriminatory practice and unlawful for a person, directly or indirectly, to refuse, withhold from, or deny to an individual or a group, because of disability, race, creed, color, sex, sexual orientation, marital status, national origin, or ancestry, the full and equal enjoyment of the goods, services, facilities, privileges, advantages, or accommodations of a place of public accommodation". Colo. Rev. Stat. § 24-34-601(2)(a) (2017).

4 Co nie oznacza, że nie zdarzają przypadki odmowy wykonania usług na rzecz osób homoseksualnych. Przykładem może być odmówienie członkom środowiska LGBT prowadzenia zajęć z krav magi, za co instruktor został skazany (https://facet.onet.pl/warto-wiedziec/robert-k-instruktor-sztuk-walki-odmowil-prowadzenia-zajec-krav-magi-dla-gejow-i/5s38j2z; dostęp: 4.08.2018), czy odmowa zindywidualizowania karty płatniczej poprzez nadrukowanie na nią symbolu tęczy (https://www.wirtualnemedia.pl/artykul/mbank-karta-z-tecza-bank-przeprasza; dostęp 4.08.2018).

5 „The outcome of cases like this in other circumstances must await further elaboration in the courts, all in the context of

Zestawienie orzeczeń, a zwłaszcza potraktowanie amerykańskiego wyroku jako probierczego, nie oznacza przypisywania polskim organom „wrogiego nastawienia" do obwinionego czy jego przekonań, co amerykański Sąd Najwyższy dostrzegł u pracowników Komisji Ochrony Praw Obywatelskich Stanu Kolorado. Do rozstrzygnięcia polskiego Sądu Najwyższego należy podejść z aprobatą – jest ono słuszne, aczkolwiek podatne na krytykę. Tej poświęcone są dwie pierwsze części artykułu. W pierwszej kolejności ocenione zostaną dokonane w polskich orzeczeniach rozstrzygnięcia spornych kwestii na poziomie norm-reguł prawnych (art. 138 k.w., przepisów prawa cywilnego). Druga część artykułu dotyczy analizy wchodzących w kolizję zasad prawnych, której w rozstrzygnięciach poświęcono wiele miejsca. Kolejna część służy naświetleniu uchodzących tej klasyfikacji wątpliwości dotyczących orzeczeń oraz publicznego dyskursu wokół problemu. Ostatnia część pracy wyjaśnia, dlaczego postanowienie Sądu Najwyższego mimo podatności na krytykę zasługuje jednak na aprobatę.

Spory między religijnie motywowanymi przedsiębiorcami a osobami homoseksualnymi powinny być rozstrzygane w tolerancyjny sposób, bez nieuzasadnionego braku szacunku do autentycznych wierzeń religijnych czy bez narażania osób homoseksualnych na poniżenie w korzystaniu z dóbr i usług oferowanych na rynku.

1. Wątpliwości dotyczące interpretacji zastosowanych reguł prawnych i stanu faktycznego sprawy

Na płaszczyźnie norm-reguł prawnych zasadniczym problemem w sprawie było ustalenie, czy obwiniony miał obowiązek wykonania usługi. Dopiero twierdząca odpowiedź na to pytanie aktualizowałaby jego odpowiedzialność za wykroczenie. Kwestia ta była przedmiotem wielu zarzutów obrony, a następnie Prokuratora Generalnego. Analizując ją, warto postawić następujące pytania: z czego w rozumieniu art. 138 k.w. wynikać może obowiązek świadczenia? Czy w danym stanie faktycznym obowiązek wynikał z umowy i czy strony skutecznie zawarły umowę? Z jakich powodów nie doszło do zawarcia umowy?

Odpowiadając na pierwsze z pytań, Sąd Najwyższy stwierdza, że „w tym składzie akceptuje pogląd, że źródłem obowiązku wynikającego z treści art. 138 k.w. jest już fakt zawodowego świadczenia usług" (s. 8 postanowienia). Pogląd ten nawiązuje oczywiście do brzmienia przywołanego przepisu, jest jednak kontrowersyjny. Opiera się bowiem wyłącznie na jednej z przesłanek sformułowanych w przepisie, pomijając fakt, że „zawodowe świadczenie usług" i „bycie obowiązanym" to dwie różne przesłanki, które muszą zostać spełnione łącznie, ale niezależnie od siebie, by można było przypisać obwinionemu odpowiedzialność za wykroczenie z art. 138 k.w. Nie można utożsamiać

recognizing that these disputes must be resolved with tolerance, without undue disrespect to sincere religious beliefs, and without subjecting gay persons to indignities when they seek goods and services in an open market".

zawodowego świadczenia usług z obowiązkiem ich świadczenia. Interpretacja ta jest sprzeczna z nakazem ścisłego interpretowania przepisów karnych. Narusza również zakaz wykładni *per non est* i ma się nijak do wykroczeń, artykuł 138 k.w. nie został uchylony, Sąd Najwyższy ocenia w ten sposób, że wolą prawodawcy było jego dalsze obowiązywanie, a jego znamiona należy odczytywać „pod kątem współczesnych ten-

Sąd Najwyższy stwierdza, że „w tym składzie akceptuje pogląd, że źródłem obowiązku wynikającego z treści art. 138 k.w. jest już fakt zawodowego świadczenia usług". Pogląd ten nawiązuje oczywiście do brzmienia przywołanego przepisu, jest jednak kontrowersyjny. Opiera się bowiem wyłącznie na jednej z przesłanek sformułowanych w przepisie, pomijając fakt, że „zawodowe świadczenie usług" i „bycie obowiązanym" to dwie różne przesłanki, które muszą zostać spełnione łącznie, ale niezależnie od siebie, by można było przypisać obwinionemu odpowiedzialność za wykroczenie z art. 138 k.w.

cywilnoprawnego rozumienia obowiązku świadczenia, które powinno być decydujące, jeśli – co potwierdza Sąd Najwyższy – poruszamy się w obszarze gospodarki rynkowej, a nie sterowanej.

Uzasadniając przyjętą wykładnię art. 138 k.w., Sąd Najwyższy określił ją mianem celowościowej i dynamicznej, co ma oznaczać, że aktualna interpretacja przepisu oderwała się od jego pierwotnego celu, którym miało być zwalczanie negatywnych skutków deficytu towarów i usług w realiach gospodarki centralnie sterowanej. Przepis zyskał nowy, antydyskryminacyjny *telos*[6]. To, że mimo wielokrotnych nowelizacji Kodeksu

6 Stanowisko Sądu Najwyższego odnośnie do interpretacji przesłanki „zawodowego świadczenia usług" jako konsumującej „bycie obowiązanym do świadczenia" jest powszechnie podzielane w nauce. Komentarze pod redakcją Tadeusza Bojarskiego, Tomasza Grzegorczyka czy Marka Mozgawy zgodnie wskazują, że obowiązek świadczenia oznacza „pozostawanie do dyspozycji każdego, kto żąda świadczenia za przewidzianą zapłatą", nie ma więc możliwości selekcjonowania klientów. Cytowane komentarze opierają się w tym zakresie na komentarzu pod redakcją Jerzego Bafii, którego pierwsze wydanie miało miejsce w 1974 r., czyli w okresie, gdy rzeczywiście prezentowana definicja obowiązku świadczenia mogła być aktualna. Zaskakujące, że dynamiczną wykładnią objęty jest jedynie cel regulacji z art. 138 k.w., natomiast praktyka prawna nie oderwała się do sprzecznej z literalnym brzmieniem przepisu interpretacji spornej przesłanki „bycia obowiązanym do świadczenia".

dencji cywilizacyjnych i potrzeb społecznych, także w zakresie ochrony interesu konsumentów usług i praw usługodawców" (s. 10). Pytanie, czy takie odczytywanie może wykraczać poza literalne brzmienie przepisu i stawiać sąd w roli ustawodawcy. Sąd Najwyższy podziela zapatrywania Sądu Okręgowego w Łodzi, który w uzasadnieniu wyroku podaje – w oczywisty sposób zasługujące na dezaprobatę – przykłady mieszczącej się w zakresie art. 138 k.w. dyskryminacji: odmowę sprzedaży butów osobie poruszającej się na wózku inwalidzkim czy wyproszenie ze sklepu osoby z wózkiem dziecięcym. Przykłady te mają być ilustracją dominującego obecnie antydyskryminacyjnego znaczenia komentowanego przepisu, mają się jednak nijak do istoty sprawy łódzkiego drukarza. Trudno jest znaleźć przekonujące, zasługujące na uznanie uzasadnienie dla odmiennego traktowania osoby niepełnosprawnej czy osoby z wózkiem dziecięcym, podczas gdy obwiniony w komentowanej sprawie odwołuje się do klarownego i posiadającego znaczenie prawne argumentu konfliktu sumienia.

Mając na uwadze przyjętą wykładnię obowiązku świadczenia, Sąd Najwyższy uznał za irrelewantne badanie kwestii zawarcia umowy przez drukarza (a raczej reprezentowaną przez niego firmę) i pokrzywdzoną fundację. Niemniej w uzasadnieniu postanowienia poświęcono wiele miejsca rozważaniom dotyczącym ważności umowy, dotyczyły ich bowiem zarzuty kasacyjne, a wcześniej apelacyjne. Ta płaszczyzna rozważań Sądu Najwyższego również może być przedmiotem zasadnych wątpliwości i spotkać się z zarzutem asymetrycznego traktowania obwinionego i pokrzywdzonej.

Problem ważności umowy ogniskował się na dwóch kwestiach. Pierwszą z nich był tryb zawarcia umowy i jej charakter. Drugą – umocowanie osób działających w imieniu firmy drukarskiej oraz fundacji. W odniesieniu do pierwszej kwestii Sąd Najwyższy przyjął, że do zawarcia umowy doszło na skutek zaakceptowania oferty firmy drukarskiej. Wsparciem dla tezy na temat zawarcia umowy miała być prowadzona między stronami wymiana maili dotyczących technicznych aspektów zamówienia. Odmowa wykonania usługi pojawiła się dopiero po przesłaniu konkretnego projektu wydruku, z którego wynikał związek działalności zamawiającego ze wspieraniem środowiska LGBT. Rozumowanie Sądu Najwyższego, powielające motywy Sądu Okręgowego w Łodzi, nie jest w tym zakresie przekonujące. Zgodnie z art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego (dalej: k.c.) „Oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy". Sąd uznaje, że między stronami doszło do zawarcia umowy o dzieło, zatem istotne postanowienia tego typu umowy musiałby znajdować się w oświadczeniu drukarni. Na *essentialia negotii* umowy o dzieło składa się m.in. oznaczenie dzieła (art. 627 k.c.), przy czym dzieło musi być oznaczone w zindywidualizowany sposób[7]. Wybór rozmiaru roll-upu, spośród dostępnych w drukarni, nie jest tożsamy z zindywidualizowaniem dzieła. Indywidualizacja następuje dopiero po ustaleniu, co ma być przedmiotem druku. Przedtem dzieło nie jest w żaden sposób zindywidualizowane, oznaczone – sam stojak przeznaczony do zawieszenia wydruku nie jest dziełem, rezultatem pracy drukarni (co nie oznacza, że nie mógł być przedmiotem sprzedaży, wymagałoby to jednak ustalenia ceny – umowę sprzedaży cechują inne niż umowę o dzieło *essentialia negotii*). Nie bez znaczenia jest domniemanie wynikające z art. 71 k.c.: „Ogłoszenia, reklamy, cenniki i inne informacje, skierowane do ogółu lub do poszczególnych osób, poczytuje się w razie wątpliwości nie za ofertę, lecz za zaproszenie do zawarcia umowy". W tym świetle zakwestionować należało dojście do skutku umowy o dzieło, co w połączeniu z wątpliwościami dotyczącymi innej podstawy obowiązku świadczenia mogło prowadzić do zanegowania odpowiedzialności obwinionego za czyn z art. 138 k.w. (oczywiście przy przyjęciu prezentowanej wyżej interpretacji przesłanki „bycia obowiązanym do świadczenia" jako niepokrywającej się z przesłanką „zawodowego świadczenia usług").

Druga kwestia dotyczy umocowania obwinionego i wolontariuszki prowadzącej wymianę maili z drukarnią do działania w imieniu – odpowiednio: drukarni i fundacji. Obrona podnosiła brak umocowania wolontariuszki do działania w imieniu fundacji, co w konsekwencji miało powodować niemożność dojścia do skutku ewentualnej umowy. Sąd Najwyższy

7 Por. P. Drapała (w:) J. Gudowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 4: *Zobowiązania. Część szczególna*, Warszawa 2017, s. 656–658.

skomentował ten zarzut, odwołując się do ustaleń Sądu Okręgowego w Łodzi, które – abstrahując od kwestii irrelewantności zawarcia umowy – opierały się na twierdzeniu, że wolontariuszka fundacji „działała na jej rzecz zgodnie z jej interesem, na polecenie członka zarządu". Sąd Okręgowy argumentował, że „Zarzuty w tym zakresie powstały dopiero na etapie procesu, jako jeden z argumentów formalnych, mających osłabić przekonanie o trafności wyroku sądu I instancji". Odnosząc się do tego twierdzenia, należy zwrócić uwagę na dwie okoliczności. Wolontariuszka nie ujawniała prawdopodobnie w toku korespondencji mailowej, że działa w imieniu osoby prawnej, jako że pisała ze swojego prywatnego adresu e-mail. Gdyby wolontariuszka zdradziła, iż chodzi o usługę dla pokrzywdzonej fundacji, odmowa nastąpiłaby prawdopodobnie wcześniej. Natomiast po oświadczeniu odmowy wykonania usługi nie było potrzeby ze strony obwinionego ani zatrudniającej go firmy badania umocowania osoby, z którą była prowadzona korespondencja, bowiem z perspektywy drukarni nie doszło do zawarcia umowy. W tej sytuacji zadać należy pytanie, kiedy, zdaniem Sądu Okręgowego i powielającego jego stanowisko Sądu Najwyższego, miał pojawić się zarzut braku umocowania wolontariuszki.

Powyższa analiza daje pewien obraz podejścia sądów orzekających w sprawie do zarzutów obrony, niemniej – patrząc obiektywnie – zarzut braku umocowania wolontariuszki był słaby, gdyż o ile w którymkolwiek momencie nie była ona umocowana, brak ten mógł zostać konwalidowany na zasadzie art. 103 k.c.

Kwestia uprawnienia obwinionego pracownika drukarni do odmowy wykonania usług w imieniu spółki cywilnej została z kolei podniesiona samodzielnie przez Sąd Okręgowy. Analiza w tym zakresie wygląda następująco: „obwiniony A. J. (1) był jedynie pracownikiem firmy, zatrudnionym na umowę o pracę i nie był zasadniczo uprawniony do wyrażania stanowiska w imieniu pracodawcy co do zawierania umów, ich rozwiązywania itp. Nawet jeśli proces zawierania umów był niezwykle uproszczony i nie zakładał żadnych wymagań formalnych – co wynika zresztą z rozwoju handlu i usług w Internecie – to z pewnością tego typu poważna decyzja jak zerwanie kontraktu, czy odmowa wykonania świadczenia nie należały do obwinionego, lecz do wspólników spółki cywilnej". Wnioskowanie to jest wadliwe, pomija bowiem treść art. 97 k.c., dotyczącego instytucji tzw. osoby czynnej w lokalu przedsiębiorstwa. Przepis ten nie różnicuje czynności pozytywnych (nawiązywania umów) i czynności negatywnych (wypowiadania, odstępowania od umowy czy odmowy jej zawarcia), mówi o umocowaniu do dokonywania czynności prawnych, które zazwyczaj bywają dokonywane z osobami korzystającymi z usług tego przedsiębiorstwa. Jeśli obwiniony prowadził korespondencję mailową dotyczącą potencjalnych umów w imieniu firmy drukarskiej, to należy przyjąć, że dysponował on umocowaniem do działania w jej imieniu (abstrahując już od kwestii ewentualnego udzielenia jemu przez pracodawcę ustnego pełnomocnictwa do odmawiania wykonania usług). Poza tym należy przyjąć, że skoro na stronie internetowej drukarni był zamieszczony (niezależnie od tego, w którym momencie się pojawił) regulamin świadczenia usług przewidujący możliwość odmowy wykonania usługi z uwagi na ujawnienie zaangażowania zleceniodawcy „w promocję jakichkolwiek ideologii, orientacji, ruchów, partii, grup, związków wyznań czy religii", to obwiniony posiadał umocowanie do wyrażania odmowy wykonania usług i było to zgodne z intencją jego pracodawców. W tym kontekście niezrozumiałe są twierdzenia Sądu Okręgowego, że obwiniony „nie chcąc z przyczyn światopoglądowych realizować zamówienia, winien powiadomić o tym pracodawcę, poprosić go o zwolnienie z tego obowiązku, a gdyby dalej był do tego zmuszany, mógł zwolnić się z pracy. Nie ma bowiem w naszym systemie prawnym pracy przymusowej – z wyjątkiem pracy w ramach prawomocnych wyroków sądowych – i każda osoba, która subiektywnie uważa, że wykonywanie określonej pracy nie daje się pogodzić z wyznawanym przez nią systemem wartości, może z takiej pracy zrezygnować". Obwiniony działał zgodnie z własnym sumieniem, jak też, co należy wnosić po treści regulaminu umieszczonego na stronie internetowej jego pracodawcy, zgodnie z intencjami i sumieniem pracodawcy. Sąd Okręgowy w nieuprawniony sposób próbuje ciężarem za powstanie konfliktu sumienia u obwinionego obarczać jego pracodawcę, w sytuacji gdy jego sprawcą jest pokrzywdzona fundacja.

Sposób rozstrzygania wskazanych wyżej wątpliwości interpretacyjnych – w każdym przypadku na

rzecz pokrzywdzonej fundacji – może być wyjaśniony prokonstytucyjną czy proeuropejską wykładnią stosowanych reguł prawnych. Wydaje się jednak, że ma on niestety niewiele wspólnego z przywołaną na wstępie wskazówką amerykańskiego Sądu Najwyższego, jak również z nakazem rozstrzygania wątpliwości RP, który rzeczywiście mówi o tym, że „Nikt nie może być dyskryminowany w życiu politycznym, społecznym lub gospodarczym z jakiejkolwiek przyczyny". Przepis ten bywa przywoływany przez zwolenników horyzontalnego działania praw człowieka, jako argument *in favorem* tej instytucji. Problem w tym, że nie

Sposób rozstrzygania wątpliwości interpretacyjnych – w każdym przypadku na rzecz pokrzywdzonej fundacji – może być wyjaśniony prokonstytucyjną czy proeuropejską wykładnią stosowanych reguł prawnych. Wydaje się jednak, że ma on niestety niewiele wspólnego z przywołaną na wstępie wskazówką amerykańskiego Sądu Najwyższego, jak również z nakazem rozstrzygania wątpliwości (również prawnych) na rzecz obwinionego.

(również prawnych) na rzecz obwinionego. Niemniej warto przyjrzeć się, obecnym w komentowanych orzeczeniach odwołaniom do praw człowieka, w celu ustalenia, czy rzeczywiście nakazywały one dokonanie przyjętej przez polski Sąd Najwyższy i Sąd Okręgowy w Łodzi interpretacji.

2. Wątpliwości dotyczące zastosowania wchodzących w kolizję zasad prawnych

Wydaje się, że kluczem do właściwego rozstrzygnięcia sprawy na płaszczyźnie zasad – wchodzących w kolizję praw człowieka – jest problem ich horyzontalnego efektu. Sąd Najwyższy w swoim uzasadnieniu nie odwołuje się do tej instytucji wprost, zbywa milczeniem fakt, że pozioma skuteczność praw człowieka jest nadal niezwykle kontrowersyjną kwestią, tak w judykaturze, jak i w nauce.

W uzasadnieniu postanowienia polskiego Sądu Najwyższego przywołany zostaje art. 32 ust. 2 Konstytucji podaje on swojego adresata i równie dobrze można go traktować jako skierowany do państwa i jego organów, a nie do obywateli. Sporu tego nie rozstrzyga samo odniesienie do dyskryminacji w życiu społecznym i gospodarczym, bowiem na tych polach równie dobrze to państwo może dopuszczać się dyskryminacji. W nauce dostrzega się, że w sytuacji gdy ustrojodawca chce nadać przepisowi walor horyzontalnego oddziaływania, czyni to wprost[8].

Zbliżony zarzut postawić można odwołaniu do art. 14 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (Europejskiej Konwencji Praw Człowieka). Odnieść można wrażenie, że stanowi ono rodzaj estetycznego ozdobnika w komentowanym orzeczeniu. Po pierwsze, przywołanie tego przepisu jest proble-

8 Por. L. Garlicki, M. Zubik (w:) L. Garlicki, M. Zubik (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. 2, Warszawa 2016, s. 122–123.

matyczne ze względu na kontrowersje odnośnie do jego horyzontalnego oddziaływania. W uproszczeniu powiedzieć można, że kwestię tę Europejski Trybunał Praw Człowieka wyjaśnia poprzez odwołanie do pozytywnych obowiązków państw-stron EKPC. Aktualizują się one dopiero wówczas, gdy relacje między obywatelami prowadzą do takiego stanu rzeczy, że efektywne korzystanie z uprawnień gwarantowanych Konwencją jest niemożliwe (w tym świetle nie było uprawnione zawarte na ostatniej stronie uzasadnienia stwierdzenie, że „powszechna dostępność tego rodzaju usługi nie mogła usprawiedliwiać odmowy jej wykonania"). Po drugie, art. 14 EKPC, pomimo zachodzących w tym kontekście zmian w jego wykładni, nie ma samodzielnego statusu[9]. Oznacza to, że odwołując się do niego, należy jednocześnie wskazać inny przepis Konwencji, w którego zakresie obowiązywania mieściła się sfera, w której doszło do dyskryminacji. Konwencja nie chroni wolności rynkowych. To twierdzenie pozwoliłoby obalić skuteczność powołania się na art. 14 EKPC. Niemniej proponent tego rozwiązania mógłby przywołać wynikające z art. 8 Konwencji prawo do prywatności, które faktycznie pełni funkcję „worka bez dna", jeśli chodzi o wyinterpretowywane z niego uprawnienia, również na płaszczyźnie ochrony członków społeczności LGBT. Trudno jest jednak wyobrazić sobie, jaki aspekt prawa do prywatności osoby prawnej typu fundacyjnego (substrat majątkowy) – a taka była pokrzywdzoną w sprawie – mógł być naruszony w sprawie łódzkiego drukarza.

Wskazać trzeba, że w komentowanym kontekście trafniejsze byłoby odwołanie się do treści art. 1 Protokołu nr 12 do Konwencji, czego Sąd Najwyższy nie czyni. Przepis ten rozszerza zakaz dyskryminacji na wszelkie prawa gwarantowane przez państwa-strony Konwencji (nie tylko te chronione Konwencją). Niemniej przepis wprost określa swojego adresata – są nim „jakiekolwiek władze publiczne". Nawet jego przywołanie nie rozwiązuje więc kwestii horyzontalnego oddziaływania praw człowieka[10].

Powyższe problemy nie wyczerpują wątpliwości w odniesieniu do interpretacji praw człowieka prezentowanej przez Sądy w sprawie łódzkiego drukarza. Sąd Najwyższy cytuje treść art. 53 ust. 2 Konstytucji RP, czyniąc spostrzeżenie, że „Przepis ten nie wskazuje, aby wolność religii pozwalała na ograniczenia w prowadzeniu działalności gospodarczej" (s. 13). Pomijając już wyjątkowo niefortunną redakcję tego zdania (chodzi przecież o znajdujące w wolności religii wsparcie dla swobody gospodarczej, a nie jej ograniczenie), wskazać trzeba, że przywołany artykuł nie ma charakteru enumeratywnego, a stanowi tylko egzemplifikację uprawnień składających się na wolność religii. Nie sposób zawrzeć w wyczerpujący sposób, w przepisie mającym z natury charakter klauzuli generalnej, wszelkich uprawnień wynikających z wolności religii. Kontynuując wywód (i przechodząc na szerszą płaszczyznę wolności sumienia), Sąd Najwyższy wskazuje, że polski system prawny nie przewiduje nigdzie wprost klauzuli sumienia dla przedsiębiorców: „Możliwości powoływania się na klauzulę sumienia nie przewidziano w całym pakiecie ustaw regulujących działalność gospodarczą" (s. 14). Klauzule sumienia funkcjonują natomiast, jak wskazuje uzasadnienie wyroku, w zawodzie lekarza oraz jako możliwość zwolnienia od służby wojskowej. Przykłady te są istotne, jednak nie wspierają argumentacji Sądu Najwyższego, bowiem obydwie przywołane w uzasadnieniu kategorie osób cechuje obowiązek, od którego przewidziane jest wyłączenie w postaci klauzuli sumienia. (Na marginesie wskazać warto, że klauzula sumienia „dla żołnierzy" odgrywała istotną rolę w okresie funkcjonowania obowiązkowej służby wojskowej, wraz ze zmianami w tym zakresie – polegającymi na „zawieszeniu" egzekwowania obowiązku służby – straciła na znaczeniu). W przypadku przedsiębiorców sprawa wygląda odwrotnie – zasadą jest wolność, o czym świadczył do niedawna tytuł najistotniejszej ustawy „z pakietu ustaw regulujących działalność gospodarczą" – ustawy o swobodzie działalności gospodarczej. To ograniczenia wolności gospodarczej powinny być wyjątkiem.

9 Por. B. Gronowska i in., *Prawa człowieka i ich ochrona*, Toruń 2010, s. 194–195; M. Nowicki, *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Warszawa 2010, s. 742.

10 Szerzej na temat podejścia Europejskiego Trybunału Praw Człowieka do kwestii odmowy wykonywania usług na rzecz osób homoseksualnych: Ł. Mirocha, *Prywatna dyskryminacja ze względu na orientację seksualną w relacjach cywilnoprawnych. Perspektywa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, „Studia Prawnicze KUL" 2017, t. 2 (70), s. 85–105.

Z tej samej perspektywy należy postrzegać przywołany przez Sąd Najwyższy przykład aptekarza, zaczerpnięty z orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Rozróżnić trzeba sytuację, w której aptekarz odmawia zrealizowania recepty osobie fizycznej, co może rzutować na jej stan zdrowia, od sytuacji pracownika, który odmawia wykonania usługi osobie prawnej, która bez większych problemów może skorzystać z pomocy innego usługodawcy. Lekarza, aptekarza czy przedstawicieli innych zawodów medycznych wiążą zdecydowanie odmienne względem przedsiębiorców zobowiązania.

Warto zwrócić uwagę na sposób odwoływania się przez Sądu Najwyższy do innych przykładów ze strasburskiej wokandy. Cytując (nie wprost) wyrok ETPC w sprawie ze skargi Gary'ego McFarlane'a (nr skargi 36516/10, wyrok z 15 stycznia 2013 r.), Sąd Najwyższy mógł dostrzec, że wolność religijna została przez Trybunał potraktowana jako uzasadniona przyczyna odmowy wykonywania określonych czynności zawodowych (wykonywania terapii psychologicznej dla par jednopłciowych), jednak tego nie zrobił. W sprawie tej niekorzystny dla skarżącego wyrok wynikał z ważenia racji (argumenty skarżącego nie zdały testu proporcjonalności), a nie kategorycznej odmowy przyznania, że religia nie może być podstawą wyłączenia z obowiązku świadczenia usług.

Przywołane wątpliwości nakazują podejść z ostrożnością do tezy, że interpretacja art. 138 k.w. przyjęta w komentowanych rozstrzygnięciach wynikała z jego prokonstytucyjnej czy znajdującej oparcie w międzynarodowych aktach praw człowieka wykładni. Uwagi te nie są jednak ostatnimi, które można skierować wobec sposobu motywowania w sprawie łódzkiego drukarza.

3. Inne wątpliwości dotyczące warstwy motywacyjnej rozstrzygnięć oraz obecne w dyskursie wokół problemu

Obrona obwinionego drukarza wnosiła w toku procesu o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu religioznawstwa, m.in. „na okoliczność negatywnego stosunku nauczania Kościoła katolickiego do popierania praktyk homoseksualnych oraz promowania ruchów osób o innej orientacji seksualnej". Wniosek ten został oddalony. Sąd Najwyższy wskazał w tym zakresie, że Katechizm Kościoła katolickiego, stanowiący „oficjalną wykładnię doktryny wiary i zasad moralnych Kościoła katolickiego", w odniesieniu do homoseksualistów „nakazuje traktowanie tych osób przez członków wspólnoty katolickiej z szacunkiem, współczuciem i delikatnością, przy unikaniu wobec nich jakichkolwiek oznak niesłusznej dyskryminacji" (s. 18). W tej sytuacji twierdzenia obwinionego zostały potraktowane jako subiektywne rozumienie wyznawanej religii. Sąd Okręgowy w Łodzi nazwał je wręcz „ortodoksyjnym rozumieniem fragmentów Pisma Świętego" i zarzucał obwinionemu, że nie powstrzymywały one go od drukowania skąpo odzianych kobiet, co mogło być przecież zachętą do grzechu nieczystości.

Takie podejście mocno kontrastuje ze wskazówką amerykańskiego Sądu Najwyższego dotyczącą kierowania się szacunkiem wobec autentycznych przekonań religijnych, poza tym prowokuje wiele istotnych pytań.

Przywołane wątpliwości nakazują podejść z ostrożnością do tezy, że interpretacja art. 138 k.w. przyjęta w komentowanych rozstrzygnięciach wynikała z jego prokonstytucyjnej czy znajdującej oparcie w międzynarodowych aktach praw człowieka wykładni.

W pierwszej kolejności poważne wątpliwości budzi to, czy sądy, jako część władzy publicznej, w świetle zasady bezstronności światopoglądowej państwa, autonomii Kościoła i związków wyznaniowych oraz wolności sumienia i religii, uprawnione są do oceny wierzeń religijnych. Wydaje się, że odpowiedź na to pytanie powinna być negatywna. Odróżnić należy ocenę zachowań motywowanych religijnie, czy szerzej – z powołaniem na względy sumienia, od oceny samych przekonań bądź doktryny wiary. Dokonując ich oceny, sądy rozstrzygające sprawę łódzkiego drukarza zajęły określoną pozycję światopoglądową, co mogło rzutować na rozstrzygnięcie.

Poza tym sądy w selektywny sposób odwoływały się raz do wolności religii, raz do wolności sumienia, nie systematyzując tych kategorii. Linia obrony obwinionego sprowadzała się do wskazywania na konflikt sumienia, przy czym jego przekonania miały znajdować fundament w nauczaniu Kościoła katolickiego. Sumienie jest jednak kategorią szerszą niż religia czy wyznanie[11] i powołanie się na względy sumienia nie musi oznaczać tego, że przekonania pokrywają się całkowicie z „oficjalną wykładnią" Kościoła. Sumienie jest z natury kategorią subiektywną i nie można czynić zarzutu z tego, że składające się nań przekonania różnią się od „oficjalnej wykładni" Kościoła. Taka interpretacja zawężałaby znacznie zakres ochrony wynikający z wolności sumienia. Czyniłaby to w sposób krzywdzący dla osób podzielających teistyczne przekonania zinstytucjonalizowanych religii, bowiem – w przeciwieństwie do ateistów, agnostyków czy teistów spoza kręgu instytucjonalnych religii – mogłyby one odwołać się wyłącznie do „oficjalnej wykładni" nauczania danego wyznania. Prezentowana interpretacja wolności sumienia nie sprawdziłaby się w konfrontacji z niektórymi odłamami protestantyzmu, które opierają się na indywidualnej interpretacji Pisma Świętego, nie zdałaby też egzaminu w kontekście religii katolickiej, w której ramach, pomimo obowiązywania oficjalnego nauczania, mieszczą się bardzo różne nurty, przy czym niektóre z nich kładą nacisk na nowotestamentowe miłosierdzie i tolerancję, inne są zdecydowanie bardziej zachowawcze.

Być może aspekty te zostałyby dostrzeżone przez sądy rozstrzygające sprawę łódzkiego drukarza, gdyby te zdecydowałyby się zasięgnąć opinii biegłego. Niezależnie od tego zauważyć trzeba, że amerykański Sąd Najwyższy nie miał problemu z uznaniem chrześcijańskich przekonań piekarza ze sprawy *Masterpiece Cakeshop* za *sincere religious beliefs*[12]. Nie wysuwał on też hipotetycznych prognoz odnośnie do tego, że „Oddanie prawa poszczególnym ludziom do kierowania się w przestrzeni publicznej czy też w obrocie gospodarczym swoim subiektywnym rozumieniem wyznawanej religii nie może być przez państwo akceptowane i usprawiedliwiane. Mogłoby to doprowadzić do niezwykle groźnych precedensów, a w skrajnych przypadkach do kompletnego chaosu"[13], jak uczynił Sąd Okręgowy w Łodzi[14]. Na marginesie postawić

11 Por. W. Sobczak, *Wolność myśli, sumienia i religii. Poszukiwanie standardu europejskiego*, Toruń 2013, s. 38–57.

12 Wcześniej pojęcie *sincere religious beliefs* odegrało istotną rolę w *Wyroku Sądu Najwyższego Kanady z 30 czerwca 2004 r.*, sygn. akt [2004] 2 SCR 551, 2004 SCC 47, w którym Sąd uznał, że praktyka uznawana przez jednostkę za religijnie motywowaną podlega ochronie ze względu na wolność religijną, nawet jeśli nie jest traktowana jako religijny obowiązek przez władze związku wyznaniowego, do którego jednostka przynależy. Podejście to jest zdecydowanie odmienne od prezentowanego w komentowanych orzeczeniach polskich sądów.

13 Bliźniacze sformułowania członków Komisji Ochrony Praw Obywatelskich Stanu Kolorado piętnował amerykański Sąd Najwyższy jako nieodpowiednie i ujawniające wrogie nastawienie tego organu do pozwanego Jacka Phillipsa: „At several points during its meeting, commissioners endorsed the view that religious beliefs cannot legitimately be carried into the public sphere or commercial domain, implying that religious beliefs and persons are less than fully welcome in Colorado's business community. One commissioner suggested that Phillipscan believe «what he wants to believe», but cannot act on his religious beliefs «if he decides to do business in the state»".

14 Podobne skutki wprowadzenia „handlowej klauzuli sumienia" przewiduje Wojciech Ciszewski, co jego zdaniem przemawia przeciwko temu rozwiązaniu (W. Ciszewski, *Czy wolność uprawnia do dyskryminowania? Rozważania teoretycznoprawne na kanwie sprawy drukarza z Łodzi*, „Forum Prawnicze" 2017, t. 5 (43), s. 51), prognozy te nie są jednak poparte żadnymi danymi empirycznymi. Amerykański Sąd Najwyższy w wyroku *Mastepiece Cakeshop* nie dostrzega tego

można – raczej retoryczne – pytanie o to, czy wypychanie przekonań religijnych ze sfery publicznej nie stoi w sprzeczności z art. 25 ust. 2 Konstytucji RP, gwarantującym swobodę wyrażania m.in. przekonań religijnych w życiu publicznym.

Drugą kwestią sporną ujawniającą się w jaskrawy sposób w dyskursie wokół problemu jest to, czy odmowa wykonania usług nastąpiła ze względu na cechy ewentualnego zleceniodawcy (homoseksualizm), czy ze względu na jego działalność (promowanie praw osób homoseksualnych; chęć zawarcia związku jednopłciowego – w sprawach amerykańskich). Rozróżnienie to stanowiło element linii obrony pozwanych w sprawach amerykańskich, bowiem w tamtejszym kontekście zakaz dyskryminacji formułowany był poprzez wskazanie cech, ze względu na które odmienne traktowanie jest zakazane[15]. Wykazanie, że to nie właściwości danej osoby stały u podstaw odmówienia wykonania usługi, lecz jej czyny, miało być okolicznością ekskulpującą. Dla poparcia twierdzenia, że odmawiającym nie chodzi o cechy osób, które spotkały się z odmową, niektórzy pozwani wskazywali, że wykonywali wielokrotnie usługi na rzecz tych osób, dopóki nie chodziło o usługi związane z zawarciem związku małżeńskiego, co budziło moralny sprzeciw przedsiębiorców[16]. W tym kontekście warto przywołać wydany 10 października 2018 r. wyrok brytyjskiego Sądu Najwyższego w sprawie *Lee v. Ashers Baking Company Ltd. i inni*, sygn. akt [2018] UKSC 49[17]. Orzeczenie to bywa interpretowane jako potwierdzenie prawa do odmowy wykonania usługi na rzecz osoby homoseksualnej, w sytuacji gdy odmowa wynikała z braku zgody autora dzieła na wiązany z jego wykonaniem przekaz, a nie cechy osoby zamawiającej.

Na marginesie postawić można – raczej retoryczne – pytanie o to, czy wypychanie przekonań religijnych ze sfery publicznej nie stoi w sprzeczności z art. 25 ust. 2 Konstytucji RP, gwarantującym swobodę wyrażania m.in. przekonań religijnych w życiu publicznym.

Wydaje się, że w polskim kontekście prawnym rozróżnienia te również mogłoby mieć znaczenie. Rzecznik Praw Obywatelskich wskazywał, że w sprawie łódzkiego drukarza doszło do niedopuszczalnego selekcjonowania klientów ze względu na ich cechy osobiste[18]. Stanowisko to nie wydaje się przekonujące chociażby ze względu na to, że osobie prawnej trudno przypisać cechę w postaci orientacji seksualnej[19]. Poza tym w sprawie nie chodziło o odmowę

typu ryzyka, czym zdaje się milcząco powracać do pierwszego z kryteriów, tzw. Sherbert-test, czyli oceny, czy przeciwko danemu, religijnie motywowanemu, wyłączeniu przemawia *compelling state interest* (por. *Wyrok Sądu Najwyższego USA z 17 czerwca 1963 r.*, sygn. akt 374 U.S. 398 w sprawie *Sherbert v. Verner*).

15 Por. K.R. McStravick, *Gay Rights versus Religious Freedom, and the Influence of Obergefell v. Hodges on Distinguishing the Dividing Line*, „St. Mary's Law Journal" 2016, t. 48, s. 428, 431.

16 A. Uhland, *The Business of Expression. A Commercial, Constitutional, and Historical Evaluation of the Line Between the First Amendment and Antidiscrimination Laws*, „Southern California Interdisciplinary Law Journal" 2017, t. 26, s. 418.

17 Dostępne na stronie internetowej: https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2017-0020-judgment.pdf (dostęp: 22.12.2018).

18 Za: W. Ciszewski, *Czy wolność uprawnia do dyskryminowania?*, dz. cyt., s. 37.

19 Adam Bodnar odpierał ten zarzut, twierdząc, że chodzi o „dyskryminację organizacji pozarządowej w dostępie do

wykonania usługi całkowicie niezwiązanej treściowo z osobami homoseksualnymi, a jedynie zamawianej przez takie osoby, co pozwoliłoby jednoznacznie rozstrzygnąć, że odmowa nastąpiła ze względu na cechy potencjalnego klienta, a nie jego działania czy charakter usługi[20]. Formułując motywy rozstrzygnięcia, polski Sąd Najwyższy w słuszny sposób przeniósł spór z właściwości, które mogą być przypisane pokrzywdzonemu, na właściwości samej usługi. Dlatego teza orzeczenia brzmi: „w pojęciu «uzasadnionej przyczyny» użytym w art. 138 k.w. mieszczą się również przekonania religijne, co oznacza, że gdy pozostają one w oczywistej sprzeczności z cechami i charakterem usługi, wolno odmówić wykonania takiego świadczenia, nawet jeżeli pozostają one w konflikcie z innymi wartościami, w tym także konstytucyjnymi, takimi jak zakaz dyskryminacji. Natomiast odmowy wykonania świadczenia nie mogą uzasadniać indywidualne przymioty osób (np. wyznanie religijne, manifestowane poglądy czy preferencje seksualne), na rzecz których usługę tę określony podmiot zobowiązany jest wykonać" (s. 16).

usług, przez skojarzenie, ze względu na orientację seksualną", za: https://www.ordoiuris.pl/wolnosci-obywatelskie/adam-bodnar-posadza-lodzkiego-drukarza-o-czyn-niedozwolony-ktorego-nie-zna (dostęp: 5.08.2018).

20 Jack Phillips, pozwany w sprawie *Masterpiece Cakeshop*, wyjaśniał osobom, które spotkały się z jego odmową, że może dla nich przygotować tort na urodziny czy jakiekolwiek inne ciasta, odmawia jedynie wykonania tortu weselnego ze względu na to, że sprzeciwia się małżeństwom jednopłciowym, co pozwalało kwestionować, że do odmowy doszło ze względu na orientację seksualną zamawiających.

4. Konkluzje

Richard Rorty w jednej ze swoich prac, polemizując z argumentacją przeciwko zepchnięciu religii do sfery prywatnej, opisał religię mianem *conversation-stopper*. Rorty wskazał, że sytuacja, w której rozmówca motywuje, opierając się na własnym rozumieniu boskiej woli, oznacza prawdopodobnie koniec rzeczywistej dyskusji na dany temat. Taki rozmówca nie jest najczęściej skłonny do zmiany stanowiska, bywa głuchy na inne argumenty[21]. Z takim ujęciem kwestii przez Rorty'ego można dyskutować. Stanowi ono jedną z bardzo wielu wypowiedzi w szerszej dyskusji na temat posługiwania się argumentacją religijną w sferze publicznej, której nie dotyczy artykuł.

Sąd Najwyższy oderwał się od utrwalonej w doktrynie i wcześniejszym orzecznictwie interpretacji „uzasadnionej przyczyny", jako wyłącznie przyczyny obiektywnej lub technicznej.

Wypowiedź Rorty'ego została przywołana w celu ukazania bardzo istotnego aspektu komentowanego orzeczeniu Sądu Najwyższego. Mimo że jest ono niezwykle podatne na krytykę ze względu na styl, w jakim jest uzasadnione, jego ogromną zaletą jest to, że nie traktuje ono ani religii, ani argumentów równościowych jako tego, co amerykański filozof określił mianem *conversation-stopper*. Ten aspekt postanowienia w sprawie łódzkiego drukarza zbliża je do wyroku w sprawie *Masterpiece Cakeshop* – obydwa otwierają dyskusję w bardzo wrażliwej kwestii, nie przesądzają ostatecznie kierunku, w jakim ma rozwinąć się orzecznictwo, ani nawet nie przewidują, że musi ono obrać jakiś konkretny kierunek.

Analizując orzeczenie polskiego Sądu Najwyższego, nie można nie zauważyć, że za rozszerzeniem czy nawet zmianą celu art. 138 k.w. (co na pewno służy inte-

21 R. Rorty, *Religion As Conversation-stopper* (w:) *Philosophy and Social Hope*, New York 1999, s. 171.

resom potencjalnych konsumentów), idzie elastyczna wykładnia kontratypu „uzasadnionej przyczyny odmowy". W tym kontekście, dostrzegając otwarty, niedookreślony charakter tej przesłanki, Sąd Najwyższy oderwał się od utrwalonej w doktrynie i wcześniejszym orzecznictwie interpretacji „uzasadnionej przyczyny", jako wyłącznie przyczyny obiektywnej lub technicznej. Pozwala to zniwelować doniosłość podniesionego w pierwszej części pracy zarzutu asymetrii w ocenie przesłanek art. 138 k.w. Z jednej strony rozszerzająco interpretowana jest przesłanka „bycia obowiązanym", z drugiej odpowiedniemu rozszerzeniu ulega również wykładnia „uzasadnionej przyczyny".

W podobnych sprawach sąd musi pełnić rolę podmiotu, który kontrasygnuje zmiany społecznej świadomości[22] na płaszczyźnie postrzegania społeczności LGBT (co nie oznacza, że ma być w tym zakresie „lodołamaczem"). Pozwala to zapobiegać zaostrzeniu społecznych konfliktów. Jednocześnie sąd musi stać na straży praw osób wierzących, czyniąc to w ten sposób, by chronić religię przed ingerencjami władzy publicznej, ale też chronić władzę publiczną przed zdominowaniem przez religię. Wydaje się, że polski Sąd Najwyższy sprostał tym zadaniom.

Bibliografia

Barut A., *Sąd jako inkarnacja Ludu. Dekonstrukcja idei ludowego konstytucjonalizmu*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej" 2017, t. 2 (15), s. 13–25.

Ciszewski W., *Czy wolność uprawnia do dyskryminowania? Rozważania teoretycznoprawne na kanwie sprawy drukarza z Łodzi*, „Forum Prawnicze" 2017, t. 5 (43), s. 36–53.

Garlicki L., Zubik M. (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. 2, Lex Omega.

Gronowska B. i in., *Prawa człowieka i ich ochrona*, Toruń 2010.

Gudowski J. (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 4: *Zobowiązania. Część szczegółowa*, Lex Omega.

McStravick K.R., *Gay Rights versus Religious Freedom, and the Influence of Obergefell v. Hodges on Distinguishing the Dividing Line*, „St. Mary's Law Journal" 2016, t. 48, s. 409–441.

Mirocha Ł., *Prywatna dyskryminacja ze względu na orientację seksualną w relacjach cywilnoprawnych. Perspektywa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, „Studia Prawnicze KUL" 2017, t. 2 (70), s. 85–105.

Nowicki M., *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Warszawa 2010.

Rorty R., *Religion As Conversation-stopper* (w:) *Philosophy and Social Hope*, New York 1999.

Sobczak W., *Wolność myśli, sumienia i religii. Poszukiwanie standardu europejskiego*, Toruń 2013.

Uhland A., *The Business of Expression. A Commercial, Constitutional, and Historical Evaluation of the Line Between the First Amendment and Antidiscrimination Laws*, „Southern California Interdisciplinary Law Journal" 2017, t. 26, s. 405–426.

Artykuł powstał w ramach realizacji zadania nr 6 pt. „Kształtowanie postaw obywatelskich a działalność związana z zapobieganiem przestępczości i pomocą osobom pokrzywdzonym przestępstwami", projektu współfinansowanego ze środków Funduszu Pomocy Pokrzywdzonym oraz Pomocy Postpenitencjarnej – Funduszu Sprawiedliwości na mocy umowy nr DSRiN-I-7211-394/18.

22 Por. A. Barut, *Sąd jako inkarnacja Ludu. Dekonstrukcja idei ludowego konstytucjonalizmu*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej" 2017, t. 2 (15), s. 21.

Andrzej Paduch

Niezdolność świadków do spostrzegania lub komunikowania spostrzeżeń w postępowaniu administracyjnym i w postępowaniu podatkowym

Andrzej Paduch

Doktor nauk prawnych, adwokat specjalizujący się w sprawach z zakresu prawa administracyjnego. W pracy badawczej koncentruje się na zagadnieniach związanych z jurysdykcyjnym postępowaniem administracyjnym oraz postępowaniem egzekucyjnym w administracji.

✉ nauka@andrzejpaduch.pl

https://orcid.org/0000-0002-0033-011X

The Incapability of Perception and Communication of Observations by Witnesses under Administrative and Tax Proceedings

The study discusses main issues arising from the regulation of witnesses' incapability of perception and communication of observations under Polish administrative and tax proceedings. The proper collecting of evidences is the core matter of administrative and tax proceedings. In cases where hearing witnesses is necessary, identifying a group of persons capable of testifying is a key element in order to guarantee proper factual findings. Polish procedural law, administrative and tax law in detail, defines this circle by establishing groups of people who are incapable of testifying. The key group of persons incapable of testifying consists of those who are unable to perceive or communicate their own observations. That wording, used in the regulation of the Polish Code of Administrative Proceedings and Tax Ordinance, is inexact. In order to specify the group covered by the scope of this provision it is necessary to use not only textual, but also substantive interpretation. It is important to highlight that an interpretation of Polish administrative and tax proceedings in the area of capability to testify includes international treaties and the Universal Declaration of Human Rights, the UN Convention of Rights of Persons With Disabilities, and the UN Convention of Rights of The Child. The interpretation should also include science and medicine results.

Słowa kluczowe: postępowanie administracyjne, postępowanie podatkowe, dowód, świadek, zeznanie

Key words: administrative proceedings, tax proceedings, evidence, witness, testimony

Prawidłowe przeprowadzenie dowodów ma fundamentalne znaczenie dla wyniku każdego postępowania – w szczególności postępowania administracyjnego i podatkowego. Wyczerpujące zgromadzenie materiału dowodowego ma decydujący wpływ na to, czy decyzja w swej treści będzie rzeczywistym odbiciem materialno- i formalnoprawnych przesłanek jej wydania. Na wagę prawidłowego zastosowania norm dotyczących postępowania dowodowego wielokrotnie zwracał uwagę w swoim orzecznictwie Naczelny Sąd Administracyjny[1]. Kwestia ta była również przedmiotem zainteresowania doktryny[2].

W sprawach, w których dla prawidłowych ustaleń faktycznych niezbędne jest posłużenie się osobowymi źródłami dowodowymi, kluczowym elementem gromadzenia materiału dowodowego jest ustalenie kręgu osób zdolnych do wystąpienia w postępowaniu w roli świadka, rozumianego jako osoba trzecia, która była w stanie i miała możliwość spostrzec poza postępowaniem okoliczności dla niego istotne i która ma obowiązek zeznawać[3]. Polskie ustawy procesowe określają ten krąg w sposób negatywny, ustanawiając zakazy dowodowe, to znaczy wskazując, z czyich zeznań dowód przeprowadzony być nie może.

W kontekście procedury administracyjnej podstawowe znaczenie ma przepis art. 82 Ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego[4]. Zgodnie z jego treścią, świadkami nie mogą być:

1) osoby niezdolne do spostrzegania lub komunikowania swych spostrzeżeń;
2) osoby obowiązane do zachowania w tajemnicy informacji niejawnych na okoliczności objęte tajemnicą, jeżeli nie zostały w trybie określonym obowiązującymi przepisami zwolnione od obowiązku zachowania tej tajemnicy;
3) duchowni co do faktów objętych tajemnicą spowiedzi.

Analogicznie, stosownie do art. 195 Ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa[5], świadkami nie mogą być:

1) osoby niezdolne do postrzegania lub komunikowania swych spostrzeżeń;
2) osoby obowiązane do zachowania w tajemnicy informacji niejawnych na okoliczności objęte tajemnicą, jeżeli nie zostały, w trybie określonym obowiązującymi przepisami, zwolnione od obowiązku zachowania tej tajemnicy;
3) duchowni prawnie uznanych wyznań – co do faktów objętych tajemnicą spowiedzi.

Z powyższych przepisów wynika, że w postępowaniu administracyjnym i podatkowym organ, gromadząc dowody, w przypadku każdej osoby mogącej wystąpić w roli świadka ma obowiązek ustalić, czy nie zachodzi jedna z wymienionych powyżej okoliczności, a w przypadku jej stwierdzenia – powinien osobę tę z kręgu świadków wyłączyć. Obowiązek ten ma charakter bezwzględny i obciąża organ z urzędu – bez znaczenia, czy dana osoba wyraża gotowość do zeznawania jako świadek, czy nie[6].

Niewątpliwie najbardziej normatywnie niedookreśloną grupą z art. 82 k.p.a. są osoby niezdolne do spostrzegania lub komunikowania swych spostrzeżeń[7].

1 Zob. np. wyroki NSA: z 19 lutego 1981 r., SA 234/81, ONSA 1981, z. 1, poz. 23; z 16 listopada 1984 r., II SA 1223/84, ONSA 1984, z. 2, poz. 109; z 7 maja 1985 r., II SA 318/85 (podaję za: E. Ochendowski, *Postępowanie administracyjne. Ogólne, egzekucyjne i sądowoadministracyjne*, Toruń 2008, s. 127); z 27 kwietnia 2006 r., II OSK 596/05; z 28 sierpnia 2007 r., I OSK 1208/06; z 12 lipca 2016 r., II OSK 2688/14; z 21 kwietnia 2017 r., II GSK 2111/15; z 5 lipca 2017 r., I OSK 1018/16; z 12 września 2017 r., II GSK 3389/15; z 13 grudnia 2017 r., I OSK 1346/17; z 18 stycznia 2018 r., II OSK 824/16; z 15 lutego 2018 r., II OSK 1787/17; z 20 marca 2018 r., II GSK 1691/16. Orzeczenia, przy których nie został wskazany publikator, pochodzą z Bazy Orzecznictwa NSA na stronie internetowej www.orzeczenia.nsa.gov.pl (dostęp: 14.06.2018).

2 Zob. np. B. Bogomilski, *Postępowanie dowodowe*, „Rada Narodowa, Gospodarka, Administracja" 1974, nr 25; B. Adamiak, *System środków dowodowych w ogólnym postępowaniu administracyjnym*, „Acta Universitatis Wratislaviensis" 1984, nr 665; P. Daniel, *Administracyjne postępowanie dowodowe*, Wrocław 2013.

3 K. Piasecki (w:) K. Piasecki (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 1, Warszawa 1996, s. 838.

4 T.j. Dz.U. 2017, poz. 1257, dalej: k.p.a.

5 T.j. Dz.U. 2018, poz. 800, dalej: o.p.

6 Z. Resich (w:) Z. Resich, W. Siedlecki (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Warszawa 1975, s. 443.

7 Należy jednakże odnotować, że w doktrynie kilkukrotnie zwracano uwagę na podobnie niedookreślony charakter

W wielu bowiem przypadkach ustalenie, że człowiek nie dysponuje możliwością prawidłowego oglądu rzeczywistości – lub zakomunikowania oglądu rzeczywistości – nie jest zadaniem łatwym. Zagadnienie to jest o tyle istotne, że problem ten dotyczy znacznej liczebnie grupy osób[8]. Z tej przyczyny kwestia niezdolności do spostrzegania oraz niezdolności do komunikowania spostrzeżeń niewątpliwie wymaga pogłębionej analizy, przy uwzględnieniu zarówno językowych reguł wykładni, jak i dyrektyw funkcjonalnych oraz systemowych[9].

Prawidłowe ustalenie kręgu osób niezdolnych do bycia świadkiem w rozumieniu art. 82 p. 1 k.p.a. (i bliźniaczego w sformułowaniu art. 195 p. 1 o.p.) wymaga zatem posłużenia się wieloma dyrektywami interpretacyjnymi, musi również uwzględniać stan nauki, w tym w szczególności medycyny oraz techniki. Wykładnia omawianych przepisów musi mieć zatem charakter dynamiczny.

Prawidłowe ustalenie kręgu osób niezdolnych do bycia świadkiem w rozumieniu art. 82 p. 1 k.p.a. (i bliźniaczego w sformułowaniu art. 195 p. 1 o.p.) wymaga posłużenia się wieloma dyrektywami interpretacyjnymi, musi również uwzględniać stan nauki, w tym w szczególności medycyny oraz techniki. Wykładnia przepisów musi mieć charakter dynamiczny.

zakazu dowodowego dotyczącego duchownego, co do faktów, o których dowiedział się on podczas spowiedzi – zob. M. Jurzyk, *Ochrona spowiedzi w postępowaniu dowodowym a prawa penitenta i duchownego*, „Radca Prawny" 2004, nr 2, s. 67; B. Rakoczy, *Tajemnica spowiedzi w polskim postępowaniu cywilnym, karnym i administracyjnym*, „Przegląd Sądowy" 2003, nr 11–12, s. 126.

8 Już sama liczba osób niepełnosprawnych – wśród których najliczniej zapewne wystąpią osoby niezdolne do wystąpienia w roli świadka – w Polsce utrzymuje się na poziomie kilku milionów osób (w roku 2002 – 54 567 tys., w roku 2011 – 46 970 tys.), z czego aż 20 proc. to osoby niepełnosprawne w stopniu znacznym (źródło: *Rocznik Statystyczny RP*, Warszawa 2014, s. 212–213). Zob. także dane zamieszczone na stronie internetowej Biura Rzecznika Rządu ds. Osób Niepełnosprawnych (http://www.niepelnosprawni.gov.pl/p,78,dane-demograficzne, dostęp: 14.06.2018).

9 W doktrynie zwraca się uwagę, że punktem wyjścia przy interpretacji przepisów prawa administracyjnego jest zawsze wykładnia językowa. Dopiero w dalszej kolejności, gdy rezultat tej wykładni nie jest jednoznaczny, należy zastosować wykładnię funkcjonalną (uwzględniającą kontekst społeczny, polityczny, ekonomiczny i aksjologiczny) oraz systemową (koncentrującą się na, najogólniej rzecz ujmując, miejscu przepisu w systemie prawa). Więcej na ten temat Z. Duniewska, *Wybrane aspekty wykładni prawa administracyjnego (racje i właściwości)* (w:) J. Zimmermann (red.), *Koncepcja systemu prawa administracyjnego. Zjazd Katedr Prawa Administracyjnego i Postępowania Administracyjnego. Zakopane 24–27.09.2006*, Kraków 2007, s. 662–665; W. Piątek, *Wykładnia funkcjonalna w orzecznictwie sądów administracyjnych*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny" 2012, z. 1, s. 21 i n. Zob. także S. Wronkowska (w:) S. Wronkowska, Z. Ziembiński (red.), *Zarys teorii prawa*, Poznań 2001, s. 164 i n.

Prezentowane zagadnienie ma istotny wymiar praktyczny. Prowadzi bowiem do odpowiedzi na pytanie, czy i w jakim zakresie odbierać – i jak traktować – oświadczenia składane w toku postępowania administracyjnego lub podatkowego przez osoby niepełnosprawne (w tym w szczególności – niewidome lub niesłyszące), chore psychicznie, po zażyciu substancji psychoaktywnych lub po spożyciu alkoholu czy wreszcie pozostające w trakcie leczenia przy użyciu środków ograniczających świadomość (np. morfina w leczeniu chorób nowotworowych).

Zbadanie omawianego zagadnienia dokonane zostanie przy wykorzystaniu metod dogmatycznoprawnej i komparatystycznej, polegających na analizie przepisów k.p.a., o.p., p.p.s.a., oraz aktów prawa europejskiego. Swoistym uzupełnieniem powyższego jest odwołanie się do orzecznictwa sądowego, przede wszystkim polskich sądów administracyjnych, jak również doktryny.

1. Zdolność spostrzegania i komunikowania spostrzeżeń a prawo międzynarodowe

Omówienie niniejszego zagadnienia rozpocząć należy od prezentacji uregulowań wskazywanej kwestii w prawie międzynarodowym. Problematyka zdolności do bycia świadkiem nie jest oczywiście *per se* przedmiotem regulacji aktów prawa międzynarodowego – tym bardziej że problem badawczy zalicza się do sfery objętej niesporną w prawie międzynarodowym zasadą stosowania własnego prawa procesowego (*lex fori processualis*)[10]; pośrednio jednak do prezentowanych kwestii odnoszą się te akty, które dotyczą praw człowieka, a w szczególności praw osób niepełnosprawnych. Dostrzeżenia wymaga również sformułowane w płaszczyźnie europejskiej prawo do dobrej administracji.

Fundamentem oceny legalności normatywnego określenia regulacji zdolności do bycia świadkiem w każdym krajowym porządku prawnym – w tym i polskim prawie administracyjnym – są oczywiście te akty prawa międzynarodowego, które stanowią swoisty kompas aksjologiczny dla całej społeczności międzynarodowej[11]. Przede wszystkim chodzi tu o Powszechną deklarację praw człowieka[12]. Jest ona bowiem swoistym punktem wyjścia dla określenia prawnej relacji państwo–obywatel, istotnej również w kontekście ustalania zdolności do składania zeznań. W Deklaracji ustanowiono w szczególności podmiotowość prawną każdego człowieka (art. 6), równość wobec prawa (art. 1), zakaz okrutnego lub poniżającego traktowania (art. 5) czy prawo do niezależnego i bezstronnego sądu (art. 10). Krajowe ukształtowanie procedury w zakresie ustalania kręgów świadków – a także praktyka stosowania tych przepisów – muszą pozostawać zatem w zgodzie z przytoczonymi powyżej wymogami. Innymi słowy, przy ustalaniu, czy dana osoba jest zdolna do złożenia zeznań, czy też nie, należy pamiętać o jej podmiotowości, godności, szacunku czy np. prawie do intymności. Wydaje się również, że istotne znaczenie może mieć także swoisty umiar w formułowanych wypowiedziach czy wręcz ocenach – kwestia ta będzie szczególnie istotna w kontekście osób niepełnosprawnych lub chorych psychicznie.

Omawiany problem rozwija Konwencja o prawach osób niepełnosprawnych sporządzona w Nowym Jorku dnia 13 grudnia 2006 r.[13] Przy czym podkreślenia wymaga, że niepełnosprawni stanowią znaczną, lecz nie wyłączną grupę osób, której zdolność do bycia

10 Zasada stosowania własnego prawa procesowego określana jest w doktrynie jako „fundament współpracy międzynarodowej państw". Zob. K. Przybyłowski, *Prawo prywatne międzynarodowe. Część ogólna*, Warszawa 1935, s. 184 (podaję za: J. Jodłowski, *Zasady przewodnie polskiego międzynarodowego prawa procesowego cywilnego* (w:) *Księga pamiątkowa ku czci Prof. Kamila Stefki*, Warszawa–Wrocław 1967, s. 119–145). Na gruncie polskiego prawa zasadę tę można wyłożyć z treści art. 7 Konstytucji, w myśl którego organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa. Zob. *Wyrok SN z dnia 7 grudnia 1973 r.*, II CZ 181/73, OSNP 1974, nr 3–4, poz. 25 z glosą J. Jodłowskiego, „Państwo i Prawo" 1976, nr 12; *Wyrok SN z dnia 6 marca 1975 r.*, II CR 848/75, OSNP 1976, nr 1, poz. 11; *Wyrok SN z dnia z 6 lutego 1975 r.*, II CR 849/75, OSNP 1976, nr 1, poz. 11.

11 M. O'Flaherty wskazywane akty prawne określa jako wszechstronny korpus uznanego prawa międzynarodowego dotyczącego praw człowieka. Zob. M. O'Flaherty, *Ochrona praw człowieka w dzisiejszej Europie*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny" 2017, z. 1, s. 50.

12 *Rezolucja Zgromadzenia ONZ 217/III A z dnia 10 grudnia 1948 r.*, http://www.un-documents.net/a3r217.htm (dostęp: 7.06.2018).

13 Dz.U. 2012, poz. 1169.

świadkiem może być kwestionowana. Niewątpliwie jednakże jest to grupa, w odniesieniu do której chyba najczęściej pojawić się mogą wątpliwości co do zdolności do wystąpienia w roli świadka – stąd też przytoczenie zapisów omawianej konwencji uznać należy za niezbędne.

Zgodnie z art. 1 Konwencji do osób niepełnosprawnych zalicza się te osoby, które mają długotrwale naruszoną sprawność fizyczną, umysłową, intelektualną lub w zakresie zmysłów – co może, w oddziaływaniu z innymi barierami, utrudniać im pełny i skuteczny udział w życiu społecznym, na zasadzie równości z innymi osobami. Strony Konwencji zobowiązują się do zapewnienia i popierania pełnej realizacji wszystkich praw człowieka i podstawowych wolności osób niepełnosprawnych, bez jakiejkolwiek dyskryminacji ze względu na niepełnosprawność (art. 4 ust. 1 Konwencji).

Szczególnym wymiarem powyższego jest – jak stanowi art. 21 Konwencji – ułatwianie korzystania przez osoby niepełnosprawne w sprawach urzędowych z języków migowych, alfabetu Braille'a, komunikacji wspomagającej i alternatywnej oraz wszelkich innych dostępnych środków, sposobów i form komunikowania się przez osoby niepełnosprawne, według ich wyboru. Przytoczony obowiązek państw ma fundamentalne znaczenie w kontekście ustalania kręgu świadków z kilku powodów. Po pierwsze, ustanawia on nakaz zapewnienia osobie niepełnosprawnej możliwości złożenia zeznań, którego korelatami są prawo tej osoby do wystąpienia w charakterze świadka oraz prawo do komunikacji z organem w sposób umożliwiający jej zarówno odbiór wiadomości (komunikatu), jak i jej przekazanie. Po drugie, z przepisu powyższego wyłożyć należy także zakaz takiego kształtowania przepisów prawa krajowego, które chociażby pośrednio wyłączałyby z kręgu świadków osoby niepełnosprawne tylko z powodu ich niepełnosprawności samej w sobie. Przepis ten wyraża zatem normę, która w istotny sposób ogranicza prawodawcę krajowego w stanowieniu prawa z zakresu procedury administracyjnej. Jest to również istotna wskazówka interpretacyjna przy stosowaniu prawa krajowego przez organy i sądy.

Szczególnym wymiarem jest ułatwianie korzystania przez osoby niepełnosprawne w sprawach urzędowych z języków migowych, alfabetu Braille'a, komunikacji wspomagającej i alternatywnej oraz wszelkich innych dostępnych środków, sposobów i form komunikowania się przez osoby niepełnosprawne, według ich wyboru.

Znaczenie dla ustalania zdolności do składania zeznań ma także formułowane w ramach szeroko rozumianego europejskiego porządku prawnego prawo do dobrej administracji. Rozumiane jest ono jako zespół wymagań prawnych, odnoszących się do działań administracji publicznej, które są na tyle spójne, jednoznaczne i precyzyjne, że można je traktować jako uniwersalne kryteria oceny prawidłowości rozwiązań ukształtowanych w systemach poszczególnych państw członkowskich[14]. W przedstawionym

14 Z. Cieślak, *Prawo do dobrej administracji (Tezy wystąpienia)* (w:) Z. Niewiadomski, Z. Cieślak, *Prawo do dobrej administracji. Materiały ze Zjazdu Katedr Prawa i Postępowania Administracyjnego, Warszawa–Dębe 23–25.09.2002*, Warszawa 2003, s. 18; A. Wentkowska, *Zasada dobrego administrowania w prawie wspólnotowym* (w:) G. Łaszczyca (red.),

rozumieniu prawo do dobrej administracji ujęte zostało przede wszystkim w – mającej już niewątpliwie charakter wiążący[15] – Karcie praw podstawowych, a ściślej – w jej art. 41.

Zgodnie z ust. 1 przytoczonego przepisu każdy ma prawo do bezstronnego i sprawiedliwego rozpatrzenia swojej sprawy w rozsądnym terminie przez instytucje, organy i jednostki organizacyjne Unii. W ust. 2 sprecyzowano, że prawo to obejmuje: (a) prawo każdego do bycia wysłuchanym, zanim zostaną podjęte indywidualne środki mogące negatywnie wpłynąć na jego sytuację; (b) prawo każdego do dostępu do akt jego sprawy, przy poszanowaniu uprawnionych interesów poufności oraz tajemnicy zawodowej i handlowej; (c) obowiązek administracji uzasadniania swoich decyzji.

Na szczególną uwagę w kontekście zdolności spostrzegania i komunikowania spostrzeżeń w postępowaniu administracyjnym i podatkowym zasługuje przede wszystkim prawo do wysłuchania (*right to be heard*). Jakkolwiek prawo to rozumiane jest przede wszystkim jako skierowany do prawodawców krajowych nakaz opierania krajowej procedury administracyjnej na zasadzie czynnego udziału strony w postępowaniu[16], to jednak wydaje się, że spełnienie wymogu rzetelności w załatwieniu sprawy wymaga zabezpieczenia także należytych warunków składania przez świadków zeznań – w tym w ogóle prawidłowego określania kręgu osób zdolnych do spostrzegania i komunikowania spostrzeżeń. Przy czym elementem tego zabezpieczenia będzie w szczególności umożliwienie złożenia zeznań przy uwzględnieniu indywidualnych potrzeb świadka, wynikających ze szczególnych fizycznych lub intelektualnych jego warunków (w tym barier).

W prezentacji międzynarodowej perspektywy omawianego zagadnienia nie może zabraknąć nowego, niezwykle istotnego zbioru zasad procedury administracyjnej zaliczanych do kanonu tzw. sprawiedliwości proceduralnej – rozwiązań modelowych wypracowanych w ramach *ReNEUAL*[17]. Są one efektem prac badawczych specjalistów z zakresu prawa konstytucyjnego, administracyjnego i europejskiego i zawierają wskazania co do kształtu procedury administracyjnej UE[18]. W założeniu autorów rozwiązanie to może być jednak stosowane także przez państwa członkowskie, które mogą przyjąć je jako własną, krajową procedurę administracyjną[19]. Projekt ten może mieć w przyszłości istotne znaczenie w kontekście interpretowania prawa administracyjnego. Omawiana kwestia nie jest jednakże przedmiotem głębszej analizy prezentowanego aktu. Jedynie ogólnie stanowi, że świadkowie mają obowiązek składać zeznania, jeżeli prawo tak przewiduje[20].

Podsumowując tę część rozważań, stwierdzić należy, że prawo międzynarodowe w ogólnym zarysie nakazuje tak kształtować i stosować krajowe przepisy proceduralne, aby przy ocenie zdolności do spostrzegania lub komunikowania spostrzeżeń przez świadków nie doszło do pogwałcenia praw podstawowych tych osób. W przypadku zaś, w którym komunikowanie spostrzeżeń przez świadka napotyka na bariery natury fizycznej lub psychicznej, obowiązkiem państwa jest zapewnienie świadkowi warunków, w których będzie on mógł w sposób pełny złożyć oświadczenia w tej właśnie roli.

Prawo europejskie a funkcjonowanie organów administracji publicznej, Sosnowiec 2003, s. 19 i n.

15 Zob. art. 6 ust. 1 *Traktatu o Unii Europejskiej* (Dz.Urz. C 326 z 2012 r., s. 13). Kwestia normatywnego charakteru Karty była przedmiotem szerokiego zainteresowania doktryny. Zob. np. B. Banaszak, *Zalety i wady Karty Praw Podstawowych UE*, „Przegląd Sejmowy" 2008, nr 2, s. 10; R. Wieruszewski, *Rola i znaczenie Karty Praw Podstawowych UE dla ochrony praw człowieka*, „Przegląd Sejmowy" 2008, nr 2, s. 52; M. Muszyński, *Polska Karta Praw Podstawowych po Traktacie Lizbońskim. Charakter prawny i granice związania*, „Przegląd Sejmowy" 2009, nr 1, s. 55 i n.

16 Zob. Z. Kmieciak (w:) Z. Kmieciak (red.), *Postępowanie administracyjne w Europie*, Kraków 2005, s. 16.

17 Ang. *Research Network on EU Administrative Law*, przeł. Grupa Badawcza nad Europejskim Prawem Administracyjnym.

18 P. Craig i in. (w:) M. Wierzbowski i in., *ReNEUAL. Model kodeksu postępowania administracyjnego Unii Europejskiej*, Warszawa 2015, s. 32.

19 Tamże.

20 Zob. przepis art. III-15 ust. 1 ReNEUAL 2014: „Witnesses and experts shall be obliged to make a statement or prepare opinions, when the law specifically requires this". Tekst jest dostępny na stronie internetowej *ReNEUAL*: http://www.reneual.eu/images/Home/BookIII-Single_CaseDecision-Making_individualized_final_2014-09-03.pdf (dostęp: 14.06.2018).

2. Miejsce regulacji zdolności w polskim postępowaniu administracyjnym i podatkowym

Przechodząc do analizy polskich rozwiązań prawnych co do omawianej kwestii, w pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na umiejscowienie regulacji zdolności do bycia świadkiem w postępowaniu administracyjnym i podatkowym w polskim systemie prawnym. Jak zostało to wskazane wcześniej, problematyka ta stanowi przedmiot regulacji art. 82 p. 1 k.p.a. i art. 195 p. 1 o.p. Zgodnie z pierwszym ze wskazanych przepisów świadkami nie mogą być osoby niezdolne do spostrzegania lub komunikowania swych spostrzeżeń. Drugi ze wskazanych przepisów ma brzmienie w istocie identyczne; ustawodawca zastąpił w nim jedynie słowo „spostrzeżeń" nowszą, jak się wydaje, formą „postrzeżeń". W obu przypadkach regulacja zdolności do bycia świadkiem zamieszczona została w rozdziałach poświęconych przeprowadzaniu dowodów w postępowaniu[21] i poprzedza przepisy stanowiące o przysługującym świadkom prawie odmowy zeznań i prawie odmowy udzielenia odpowiedzi na pytanie[22]. Z powyższego płynie wniosek, że oba uregulowania powinny być traktowane jako wyrażające w istocie tę samą (jednolitą) instytucję, aczkolwiek funkcjonującą w odmiennych co do przedmiotu postępowaniach.

Marginalnie wskazać trzeba, że w sposób identyczny jak w powyższych aktach prawnych omawianą kwestię uregulowano w Rozporządzeniu Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z 22 marca 1928 r. o postępowaniu administracyjnym[23]. Zgodnie z art. 59 p. a) tego aktu nie mogły być badane w charakterze świadków „osoby niezdolne do udzielania swoich spostrzeżeń oraz osoby, które były niezdolne do spostrzeżenia faktu, mającego być udowodnionym".

Językowa analiza wskazywanych przepisów nakazuje przyjąć, iż ustawodawca uznaje sytuację, w której dana osoba fizyczna posiada zdolność do bycia świadkiem jako zasadę, od której wyjątki muszą być ujęte *expressis verbis* w przepisie ustawy[24]. Potwierdza to także brzmienie art. 83 § 1 k.p.a. i art. 196 § 1 o.p. – „nikt nie ma prawa odmówić zeznań w charakterze świadka, z wyjątkiem (…)". Uznanie przyjętych rozwiązań za wyjątki od generalnej zasady zdolności osób fizycznych do bycia świadkiem nakazuje również przyjąć, że przepisy wskazujące, kto nie może nim być – jako wyjątki – nie mogą być interpretowane rozszerzająco[25].

Językowa analiza nakazuje przyjąć, że ustawodawca uznaje sytuację, w której dana osoba fizyczna posiada zdolność do bycia świadkiem jako zasadę, od której wyjątki muszą być ujęte *expressis verbis* w przepisie ustawy.

21 Są to odpowiednio rozdział 4 działu II k.p.a. i rozdział 11 działu IV o.p.

22 Są to odpowiednio art. 83 k.p.a. i art. 196 o.p.

23 Dz.U. 1928, nr 36, poz. 341.

24 K. Knoppek, przedstawiając analogiczne rozwiązania w procedurze cywilnej, pisze nawet o domniemaniu zdolności do spostrzegania i komunikowania spostrzeżeń. Zob. K. Knoppek, *Niezdolność do spostrzegania lub przekazywania spostrzeżeń jako okoliczność wyłączająca świadka od składania zeznań w postępowaniu cywilnym*, „Nowe Prawo" 1982, nr 1–2, s. 85.

25 Zob. S. Wronkowska, dz. cyt.

3. „Spostrzeganie" i „komunikowanie spostrzeżeń"

Zeznania świadka to jego oświadczenia o posiadanych przez niego wiadomościach na temat faktów badanych w toku postępowania[26]. Spostrzeganie zjawisk i komunikowanie o nich to niewątpliwie zatem dwa fundamenty zdolności bycia świadkiem[27]. Może być nim bowiem wyłącznie ten, kto w sposób zmysłowy był uczestnikiem określonego zjawiska (to znaczy postrzegał je za pomocą zmysłów), a nadto może to uczestnictwo następnie zamanifestować w formie składanych w toku postępowania oświadczeń[28]. Jeżeli zatem ktoś nie był uczestnikiem określonego zjawiska – w tym sensie, że nie postrzegał go zmysłami – to odbieranie od niego zeznań w charakterze świadka byłoby ekonomicznie nieuzasadnione, albowiem nie przybliżyłoby organu do zebrania materiału dowodowego niezbędnego do rozstrzygnięcia sprawy[29]. W podobny sposób traktować należy sytuację, w której dana osoba była uczestnikiem określonego zjawiska (a zatem na przykład widziała dane zdarzenie albo słyszała o nim), ale nie jest w stanie przekazać o nim wiedzy z powodu barier psychicznych lub fizycznych jej organizmu. W tym sensie poprzedzające postępowanie dowodowe ustalenie, kto jest zdolny do spostrzegania i komunikowania spostrzeżeń, może mieć kluczowe znaczenie dla ustalenia wyczerpującego kręgu niezbędnych do przeprowadzenia dowodów, terminu zakończenia postępowania oraz dla jego kosztów.

W przepisach prawa brak jest legalnych definicji słów „spostrzeganie" i „komunikowanie". Odwołać się zatem należy do ich powszechnego znaczenia. W tym ujęciu przez „spostrzegać" rozumieć należy „patrząc, uświadomić sobie coś"[30]. To znaczenie jest zgodne z przyjmowaną na gruncie nauki kryminalistyki definicją spostrzegania, rozumianego jako złożony proces poznawczy, który polega na odzwierciedleniu przez człowieka przedmiotów i zjawisk świata zewnętrznego oraz procesów zachodzących wewnątrz jego organizmu[31]. Z kolei przez komunikowanie rozumieć należy podawanie czegoś do wiadomości, przekazywanie komuś informacji w bezpośrednim kontakcie[32].

Odnosząc powyższe do art. 82 p. 1 k.p.a. i art. 195 p. 1 o.p., należy stwierdzić, że jako świadek będzie mógł składać zeznania ten, kto spostrzegł określone zdarzenie, to znaczy odebrał bodźce wzrokowe, słuchowe, czuciowe, węchowe lub smakowe dotyczące danego zjawiska, oraz w chwili przystąpienia do zeznań posiada zdolność do zakomunikowania swoich spostrzeżeń, to znaczy jest w stanie przekazać organowi informację o określonym zjawisku (fakcie, zdarzeniu) w bezpośrednim kontakcie[33]. Nie ma przy tym znaczenia to, czy dana osoba posiada zdolność do czynności prawnych, czy też nie[34]. W tym ujęciu

26 T. Ereciński (w:) T. Ereciński (red.), *Komentarz do kodeksu postępowania cywilnego*, cz. 1: *Postępowanie rozpoznawcze*, Warszawa 1997, s. 412. B. Adamiak powołuje się na definicję bardziej precyzyjną, wskazując, iż przez świadka rozumieć należy „osobę fizyczną, która w postępowaniu dotyczącym praw lub obowiązków innego podmiotu składa zeznania o faktach spostrzeżonych lub o których otrzymała wiadomość od innych osób". B. Adamiak (w:) B. Adamiak, J. Borkowski (red.), *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 352.

27 W doktrynie prawa cywilnego wskazuje się, że na strukturę zeznań świadka składają się trzy elementy psychiczne: spostrzeganie, zapamiętanie i komunikowanie. Zob. K. Piasecki, dz. cyt.; T. Ereciński, dz. cyt.

28 W doktrynie podkreśla się, że przedmiotem zeznań świadka mogą być zarówno fakty zewnętrzne, jak i stany wewnętrzne człowieka, np. przeżycia czy reakcje psychiczne. Te ostatnie mogą być istotne dla samej oceny zeznań świadka w postępowaniu. Zob. K. Piasecki, dz. cyt., s. 839.

29 Należy w tym miejscu przypomnieć, że art. 77 § 1 k.p.a. stanowi, iż organ administracji publicznej jest obowiązany w sposób wyczerpujący zebrać i rozpatrzyć cały materiał dowodowy.

30 L. Drabik, E. Sobol (red.), *Słownik języka polskiego*, t. 2, Warszawa 2007, s. 307.

31 M. Kulicki (red.), *Kryminalistyka. Wybrane zagadnienia teorii i praktyki śledczo-sądowej*, Toruń 2005, s. 116.

32 L. Drabik, E. Sobol (red.), *Słownik języka polskiego*, t. 1, Warszawa 2007, s. 300.

33 Warto w tym zakresie podkreślić, że współczesna medycyna obok klasycznych pięciu zmysłów (wzroku, słuchu, smaku, dotyku i węchu) wymienia także na przykład świadomość ułożenia części ciała względem siebie, zmysł równowagi czy poczucie czasu (chronocepcja).

34 B. Adamiak, dz. cyt. Zob. także Wyrok WSA w Gorzowie Wielkopolskim z dnia 28 marca 2007 r., I SA/Go 1291/06; Wyrok WSA w Poznaniu z dnia 14 marca 2012 r., I SA/Po 599/11.

należałoby przyjąć, że składanie oświadczeń w charakterze świadka – jakkolwiek ma doniosłość prawną – należy kwalifikować jako czynność faktyczną (manifestację wiedzy), odbywającą się we współtowarzyszeniu czynnościom prawnym.

znaczny stopień utraty słuchu[37]). Osoby dotknięte takimi ograniczeniami mogą wystąpić w roli świadka – z tym że niekiedy zajdzie konieczność potwierdzenia faktów wskazanych przez takiego świadka przy pomocy innych dowodów. Dotyczyć to będzie tych sytu-

Zarówno spostrzeganie, jak i komunikowanie spostrzeżeń odbywać się ma przy pomocy, najogólniej rzecz ujmując, narządów zmysłów. Ustawodawca nie stawia w tym zakresie kwalifikowanych wymogów, stąd też zmysły te w konkretnym przypadku – zarówno na etapie spostrzegania, jak i następnie komunikowania spostrzeżeń – nie muszą być rozwinięte w stopniu ponadprzeciętnym.

Zarówno spostrzeganie, jak i komunikowanie spostrzeżeń odbywać się ma przy pomocy, najogólniej rzecz ujmując, narządów zmysłów[35]. Ustawodawca nie stawia w tym zakresie kwalifikowanych wymogów, stąd też zmysły te w konkretnym przypadku – zarówno na etapie spostrzegania, jak i następnie komunikowania spostrzeżeń – nie muszą być rozwinięte w stopniu ponadprzeciętnym. Co więcej, brak któregoś z nich nie pozbawia danej osoby zdolności do bycia świadkiem. Stąd też nie sposób obronić tezy o generalnym braku zdolności do składania zeznań osoby niepełnosprawnej[36]. Podobnie oceniać należy znaczne ograniczenie funkcji narządów zmysłów (np. znaczna wada wzroku, acji, w których określony fakt mógł być spostrzeżony jedynie albo przede wszystkim przy pomocy zmysłu, którego funkcja uległa u danej osoby ograniczeniu.

Dla porządku należy stwierdzić, że spostrzeganie odbywać się może wyłącznie za pomocą zmysłów. Z oczywistych przyczyn poza zainteresowaniem pozostaje natomiast wykorzystanie doświadczeń pozazmysłowych, zaliczanych do sfery zainteresowania parapsychologii (np. telepatia, jasnowidzenie). Percepcja pozazmysłowa umyka bowiem racjonalnej weryfikacji w ramach postępowania dowodowego, ponadto oświadczenia o posługiwaniu się pozazmysłowymi metodami poznania świata stanowią nierzadko po prostu zewnętrzny wyraz zaburzeń psychicznych osoby, która korzystanie z takich metod deklaruje[38].

35 K. Knoppek, *Niezdolność do spostrzegania…*, dz. cyt., s. 83. Ciekawie kwestię tę omawia również Z. Kmiecik, *Strona jako podmiot oświadczeń procesowych w postępowaniu administracyjnym*, Warszawa 2008, s. 156–162.

36 Podobnie K. Knoppek, *Niezdolność do spostrzegania…*, dz. cyt., s. 85. Zob. także Wyrok WSA w Krakowie z 4 grudnia 2015 r., II SA/Kr 1147/15 i Wyrok NSA z 8 lutego 2018 r., II OSK 948/16.

37 B. Adamiak, dz. cyt.; K. Knoppek, *Niezdolność do spostrzegania…*, dz. cyt., s. 84.

38 Odwołanie się do świata duchowego czy pozazmysłowego przy opisie doświadczonych faktów jest częstym objawem np. schizofrenii.

Osobną kwestią jest problem komunikowania spostrzeżeń. Jak wcześniej wskazano, komunikować – to przekazywać komuś informacje w bezpośrednim kontakcie. W jakiej jednak formie może nastąpić przekazanie informacji oraz jak należy rozumieć bezpośredni kontakt? Czy dla przyjęcia, że ktoś jest zdolny do bycia świadkiem, niezbędne jest posługiwanie się przez niego językiem werbalnym, czy też dopuszczalna jest inna forma komunikacji? Czy złożenie zeznań musi nastąpić zawsze w osobistej obecności organu prowadzącego sprawę, jego pracownika lub innego organu, czy też może nastąpić np. za pośrednictwem środków komunikacji na odległość?

Co do kwestii obecności pracownika organu przy składaniu zeznań należy stwierdzić, że na gruncie postępowania administracyjnego obowiązuje zasada koncentracji materiału dowodowego w jednym miejscu i jednym czasie przez jeden organ[40]. Wyjątkowo możliwe – a niekiedy nawet konieczne[41] – jest przeprowadzenie czynności (w tym np. przesłuchanie świadka) za pośrednictwem organu wezwanego (art. 52 k.p.a.). W obu jednak sytuacjach przepisy przewidują swoistą bezpośredniość kontaktu świadka z organem, wyrażającą się w fizycznej obecności obu podmiotów w jednym pomieszczeniu. Wydaje się zatem, że brak jest podstawy prawnej do przeprowadzenia dowodu

Żaden z przepisów k.p.a. i o.p. nie nakazuje świadkowi posługiwania się językiem werbalnym. Ustawodawca stanowi bowiem wyłącznie o możliwości „komunikowania się" przez osobę występującą w roli świadka.

W odniesieniu do pierwszej kwestii należy stwierdzić, że żaden z przepisów k.p.a. i o.p. nie nakazuje posługiwania się świadkowi językiem werbalnym. Ustawodawca stanowi bowiem wyłącznie o możliwości „komunikowania się" przez osobę występującą w roli świadka. Wydaje się zatem, że nie ma przeszkód do tego, ażeby odebrać zeznania od świadka posługującego się wyłącznie językiem migowym bądź też inną pozawerbalną formą komunikacji[39]. Warunkiem dopuszczalności skorzystania z tych form jest oczywiście obecność biegłego (tłumacza), który dokona transpozycji komunikatów sformułowanych niewerbalnie na język polski oraz odwrotnie, w przypadku np. pytań zadawanych świadkowi przez organ czy innych oświadczeń kierowanych podczas posiedzenia organu do strony.

z zeznań świadka za pośrednictwem komunikatora internetowego[42] czy nawet specjalnie utworzonego dla tego celu satelitarnego połączenia telewizyjnego. Należy bowiem mieć na uwadze, że zeznania świadka stanowią swoisty, kwalifikowany środek dowodowy, w którym obecność organu i strony ma gwarantować swobodną i nieograniczoną przez wpływ osób trzecich wypowiedź świadka, zapisywaną urzędowo w formie protokołu. Gwarancji zachowania tej swobody brak przy zastosowaniu wskazanych instrumentów, nawet jeżeli umożliwiają one wizyjny i foniczny podgląd pomieszczenia, w którym świadek znajduje się w toku składania zeznań.

39 Zob. np. Wyrok WSA w Gliwicach z dnia 8 stycznia 2010 r., III SA/Gl 150/09, LEX nr 584278.

40 R. Suwaj, *Judycjalizacja postępowania administracyjnego*, Warszawa 2009, s. 206.

41 Wyrok NSA – Oddział Zamiejscowy w Gdańsku z 9 października 1986 r., SA/Gd 630/86, LEX nr 1688573.

42 Np. IRC, AIM, Skype, Windows Live Messenger.

Z tego powodu opowiedzieć się należy za takim rozumieniem bezpośredniości w komunikacji świadka z organem, w którym oba podmioty znajdują się w jednym pomieszczeniu, niezależnie od tego, czy spostrzeżenia są przekazywane w formie werbalnej, czy też pozawerbalnej. Nie wyklucza to oczywiście przekazania w czasie rzeczywistym wizji i fonii przez organ rekwizycyjny organowi prowadzącemu sprawę, umożliwiającego tym samym bieżące korygowanie toku posiedzenia, na którym odbierane są zeznania; w tym jednakże ujęciu nie dochodzi do wyłączenia zasady bezpośredniej styczności organu i świadka, co więcej – ma miejsce jej rozszerzenie poprzez dopuszczenie do udziału w posiedzeniu także organu zlecającego rekwizycję. Zagadnienie to będzie istotne w kontekście odbierania zeznań od osób zdolnych do spostrzegania i komunikowania spostrzeżeń, które ze względu na stan zdrowia nie mogą opuszczać określonego miejsca bądź też ich transport byłby kosztowny.

Należy również zwrócić uwagę, że świadek musi posiadać zdolność do komunikowania swoich (własnych) spostrzeżeń, nie zaś spostrzeżeń innych osób. Uwaga ta może być istotna w kontekście niektórych form niepełnosprawności intelektualnej, w której wyłączeniu albo znacznemu ograniczeniu ulega zdolność krytycznej refleksji wobec przeżywanych zjawisk[43]. W takim przypadku nawet wobec sprawności narządów zmysłu jako takich należałoby przyjąć wystąpienie przyczyny uniemożliwiającej powołanie danej osoby na świadka w rozumieniu art. 82 p. 1 k.p.a. i art. 195 p. 1 o.p.

4. Pojęcie i charakter niezdolności

Wiedząc już, jak należy rozumieć spostrzeganie i komunikowanie spostrzeżeń, przejść trzeba do analizy użytego w omawianych przepisach słowa „niezdolność". Jest to kwestia o tyle istotna, że tym pojęciem ustawodawca posługuje się w wielu różnych aktach prawnych[44]. Żaden z nich nie ustanawia jednakże generalnej definicji legalnej tego słowa, co więcej – jest ono używane w wielu różnych kontekstach znaczeniowych[45].

Definicji takiej nie zawierają również ani k.p.a., ani o.p. Z tej przyczyny, wedle językowych reguł wykładni tekstów prawnych, odwołać się należy do powszechnego rozumienia tego słowa, zgodnie z którym niezdolny – to niemający predyspozycji do łatwego opanowania pewnych umiejętności, niemogący podołać czemuś, niebędący w stanie zrobić czegoś[46]. Niezdolność do spostrzegania lub komunikowania spostrzeżeń należy zatem rozumieć – zgodnie z trzecim z przytoczonym słownikowym wyjaśnień – jako podmiotowy brak instrumentarium koniecznego do spostrzegania lub komunikowania spostrzeżeń.

Podkreślenia wymaga jednocześnie i to, że ustawodawca nie wskazuje w k.p.a. i o.p. przyczyn, które leżą u podstaw tak rozumianej niezdolności. Niezdolność do bycia świadkiem w rozumieniu art. 82 p. 1 k.p.a. lub art. 195 p. 1 o.p. może zatem być stwierdzona zarówno wtedy, kiedy jest następstwem świadomej (czy wręcz celowej, kierunkowej) aktywności osoby, która jako świadek mogła wcześniej złożyć zeznania[47], jak i wtedy, kiedy jest od tej osoby niezależna. Z tej przyczyny nie ma również znaczenia to, czy niezdolność do spostrzegania lub komunikowania spostrzeżeń ma charakter endogenny (wewnętrzny), czy też egzogenny (zewnętrzny). Z perspektywy zdolności do bycia świadkiem istotne jest jedynie, czy dana osoba

43 Z tej przyczyny na gruncie procesu cywilnego K. Knoppek zaznacza, że w omawianym kontekście istotna jest wyłącznie zdolność do prawidłowego spostrzegania i komunikowania spostrzeżeń. Zob. K. Knoppek, *Niezdolność do spostrzegania…*, dz. cyt., s. 86.

44 Przykładowo w Ustawie z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (t.j. Dz.U. 2018, poz. 917) jest mowa o niezdolności pracownika do pracy, w Ustawie z dnia 18 kwietnia 2002 r. o stanie klęski żywiołowej (t.j. Dz.U. 2017, poz. 1897) – o niezdolności do kierowania działaniami prowadzonymi w celu zapobieżenia skutkom klęski żywiołowej (art. 10 ust. 5), w Ustawie z dnia 11 września 2003 r. o służbie wojskowej żołnierzy zawodowych (t.j. Dz.U. 2018, poz. 173) – o niezdolności do służby z powodu choroby (art. 5 ust. 4 p. 5), a w Ustawie z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (t.j. Dz.U. 2017, poz. 2204, dalej: k.k.) – o niezdolności do należytego pojmowania przedsiębranego działania (art. 115 § 22 p. 4 k.k.).

45 Inaczej należy rozpatrywać przecież niezdolność do bycia świadkiem, a inaczej – niezdolność do pracy czy służby wojskowej.

46 L. Drabik, E. Sobol, *Słownik języka polskiego*, t. 1, dz. cyt., s. 454.

47 Np. zażycie substancji potocznie zwanej „dopalaczem" przed posiedzeniem organu.

była w stanie określony fakt spostrzegać oraz czy jest w stanie złożyć oświadczenia w formie zeznań. Wszelkie inne, w tym motywacyjne, aspekty powyższego mogą co najwyżej stanowić przedmiot zainteresowania prawa karnego[48] bądź też spowodować nałożenie na świadka kary porządkowej[49].

Niezdolność do postrzegania lub komunikowania spostrzeżeń może mieć dwojaki charakter. Po pierwsze, może chodzić o niezdolność fizyczną. W tym przypadku chodzi o znajdowanie się danej osoby w stanie, który wyklucza możliwość czy to spostrzegania, czy to komunikowania spostrzeżeń. Przykładem takiego stanu będzie głęboka śpiączka po urazie pnia mózgu. Po drugie, może chodzić o niezdolność psychiczną. W tym przypadku stopień rozwoju intelektualnego lub zaburzenia psychiczne uniemożliwiają danej osobie obserwację określonych faktów lub ich przekazanie w toku postępowania[50]. Przy czym podkreślić raz jeszcze trzeba, że – aby można było w indywidualnym i konkretnym przypadku stwierdzić niezdolność – niezbędne jest, aby bariery fizyczne lub psychiczne całkowicie wykluczały to, że dana osoba określony fakt zaobserwowała albo że jest w stanie przekazać o nim wiedzę organowi[51]. Jeżeli zatem określona okoliczność ogranicza możliwość spostrzegania określonych zjawisk albo też ogranicza komunikację o nich – ale jej nie wyklucza – to nie oznacza to automatycznej odmowy danej osobie przymiotu świadka.

Niezdolność do bycia świadkiem w rozumieniu art. 82 p. 1 k.p.a. lub art. 195 p. 1 o.p. może być stwierdzona zarówno wtedy, kiedy jest następstwem świadomej (czy wręcz celowej, kierunkowej) aktywności osoby, która jako świadek mogła wcześniej złożyć zeznania, jak i wtedy, kiedy jest od tej osoby niezależna.

Niezdolność fizyczna i psychiczna mogą występować również kumulatywnie. Co więcej, wydaje się, że obie postaci niezdolności w wielu przypadkach będą ze sobą w pewien sposób powiązane. Przykładowo, psychiczna niezdolność do spostrzegania wywołana upojeniem alkoholowym albo użyciem substancji psychoaktywnych przekładać się będzie na możliwości motoryczne danej osoby. Z perspektywy organu mającego prowadzić przesłuchanie istotne jest jednak wyłącznie to, czy występuje jedna z postaci niezdolności. Ustawodawca nie łączy bowiem żadnych skutków prawnych z wielością zarówno ich form, jak i przyczyn.

Na tle niezdolności fizycznej i psychicznej w praktyce może oczywiście pojawić się wiele wątpliwości co do ich wystąpienia. O ile bowiem przypadki skrajne, np. uraz powodujący całkowite wyłączenie świadomo-

48 Zob. np. art. 226 § 1 k.k.

49 Zob. np. art. 88 § 1 k.p.a. Podkreślić przy tym należy, że omawiany przepis jest szczególnym instrumentem dyscyplinowania świadków. Zob. Wyrok NSA z dnia 5 kwietnia 2011 r., II OSK 460/10; Wyrok WSA w Gorzowie Wielkopolskim z dnia 14 lutego 2008 r., II SA/Go 752/07.

50 Należy jednocześnie wyraźnie zaznaczyć, że choroba psychiczna *per se* nie stanowi podstawy wyłączenia danej osoby z kręgu świadków. Zachodzi to dopiero wtedy, gdy w wyniku choroby psychicznej wystąpi niemożność spostrzegania lub komunikowania spostrzeżeń. Szerzej zob. Z. Janowicz, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa–Poznań 1992, s. 212; K. Knoppek, *Niezdolność do spostrzegania…*, dz. cyt., s. 92; J. Starościak, *Prawo administracyjne*, Warszawa 1969, s. 285. Zob. także Wyrok WSA w Gliwicach z dnia 8 stycznia 2010 r., III SA/Gl 150/09, LEX nr 584278.

51 Wyrok NSA z dnia 23 kwietnia 2010 r., I FSK 657/09.

ści osoby mającej być świadkiem (śpiączka), w sposób oczywisty wykluczają daną osobę z tej roli, to nietrudno wyobrazić sobie postępowanie administracyjne dotyczące np. wymeldowania danej osoby[52], w którym jako świadek ma zeznawać osoba starsza, która zdradza objawy demencji, ale przekazuje informacje istotne dla sprawy, bądź też osoba chora psychicznie zażywająca leki psychoaktywne i niezdradzająca objawów choroby. Wydaje się, że w takich przypadkach odmowa przyznania zdolności do zeznawania powinna następować niezwykle rzadko i jedynie przy stwierdzeniu całkowitej niemożności przekazania informacji o faktach czy zjawiskach istotnych dla postępowania. Co więcej, niekiedy powinna stanowić następstwo zgromadzenia stosownej dokumentacji medycznej lub nawet zasięgnięcia opinii biegłych co do możliwości spostrzegania lub komunikowania spostrzeżeń[53].

Podkreślenia wymaga fakt, że na gruncie omawianych przepisów nie można wykluczyć odbierania zeznań od osób małoletnich. Należy oczywiście uwzględniać w tym zakresie fakty, co do których wystąpienia w danej sprawie małoletni ma składać zeznania, w połączeniu ze stopniem rozwoju fizycznego i intelektualnego warunkującego możliwość ich złożenia[54]. W przypadku małoletnich wydaje się bezsporne, że zdolności do bycia świadkiem nie będzie posiadać noworodek czy niemowlę – i to niezależnie od przedmiotu sprawy; zarówno bowiem stopień rozwoju ich zmysłów, jak i umiejętność przekazania wiedzy o zaobserwowanych faktach są niewielkie i niemożliwe do oceny w perspektywie dowodowej.

W odniesieniu natomiast do dzieci i młodzieży należy stwierdzić, że ich zdolność do zeznawania uzależniona będzie od stopnia rozwoju fizycznego i intelektualnego oraz – co należy podkreślić – od przedmiotu postępowania. Przy czym należy bardzo mocno zaakcentować wynikający z Konwencji o prawach dziecka przyjętej przez Zgromadzenie Ogólne ONZ dnia 20 listopada 1989 r.[55] nałożony na organy administracji publicznej nadrzędny wobec innych obowiązek uwzględniania w działaniach zabezpieczenia interesów dziecka (art. 3 ust. 1 Konwencji). Obowiązek ten dotyczyć będzie w szczególności procesowej decyzji o ewentualnym przesłuchaniu małoletniego jako świadka, w kontekście innych źródeł dowodowych dostępnych w danej sprawie. Jak się wydaje, udział małoletniego w takim postępowaniu powinien być sprowadzony do minimum.

Wracając do postaci niezdolności, wskazać należy, że może ona mieć charakter czasowy (okresowy) albo trwały – a o tym, która z nich występuje w konkretnej sprawie, decyduje oczywiście jej przyczyna. Stały rozwój nauk medycznych zmniejsza liczbę tych przypadków, w których niezdolność do spostrzegania bądź też komunikowania spostrzeżeń ma charakter trwały. W wielu przypadkach zastosowanie określonego leczenia farmakologicznego bądź też zdobyczy techniki powoduje przywrócenie funkcji poznawczych bądź komunikacyjnych człowiekowi. Ciągle jednak w odniesieniu do licznych chorób czy urazów nauka pozostaje bezsilna – co wpływa na konieczność stwierdzenia, że w przypadku określonych dolegliwości doświadczanych przez osobę mającą wystąpić jako świadek niezbędne jest stwierdzenie jej trwałej niezdolności.

Niezdolność czasowa (okresowa) odnosi się wyłącznie do etapu komunikowania spostrzeżeń w toku postępowania. Z perspektywy informacji o faktach znaczenie ma bowiem wyłącznie zdolność ich postrzegania, nie zaś to, czy na wcześniejszym etapie osoba występująca teraz w roli świadka miała możliwość ich zakomunikowania komukolwiek[56]. Co oczywiste, po

52 Na podstawie art. 35 Ustawy z dnia 24 września 2010 r. o ewidencji ludności (t.j. Dz.U. 2017, poz. 657).

53 Wyrok SN z dnia 20 września 1974 r., III KR 103/74; Wyrok NSA z dnia 22 maja 2013 r., II FSK 2080/11; Wyrok NSA z dnia 22 maja 2015 r., I FSK 2093/13; Wyrok SO w Piotrkowie Trybunalskim z dnia 13 października 2017 r., IV Ka 638/17. Kwestia możliwości powołania biegłych co do zdolności spostrzegania lub komunikowania spostrzeżeń wywołała jednak gwałtowne spory w doktrynie prawa cywilnego. Zob. K. Knoppek, *Niezdolność do spostrzegania…*, dz. cyt., s. 88.

54 W tej kwestii zachowują uwagi zgłoszone na gruncie postępowania cywilnego w J. Sokołowska, *Dziecko jako świadek*, Warszawa 1959, s. 114. Zob. także Z. Janowicz, *Kodeks postępowania administracyjnego…*, dz. cyt.; Z. Resich, dz. cyt., s. 444.

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

56 Zagadnienie to może jednakże mieć wpływ na ocenę zeznań świadka pod kątem np. ich wiarygodności czy kompletności, a to z uwagi na sytuację emocjonalną.

ustąpieniu przyczyny niezdolności do komunikowania możliwe będzie odebranie zeznań od osoby, która była nią dotknięta[57]. Okresowa niezdolność może mieć przyczyny zarówno fizyczne, jak i psychiczne. Może zatem chodzić o przejściowy paraliż, rzut choroby psychicznej[58], ale także np. upojenie alkoholowe czy stan po użyciu narkotyków wykluczający formułowanie oświadczeń[59]. Z chwilą jednakże ustania przyczyny niezdolności odebranie zeznań od takiej osoby jako świadka jest oczywiście możliwe.

bądź też w ogóle zmianę postanowienia dowodowego i odstąpienie od przeprowadzenia dowodu z zeznań danego świadka (art. 77 § 2 k.p.a. i art. 187 § 2 o.p.).

Podkreślenia wymaga fakt, iż w obecnym stanie prawnym nie ma możliwości zawieszenia postępowania z urzędu w przypadku, w którym dla rozstrzygnięcia sprawy niezbędne jest przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka, który pozostaje w długotrwałej okresowej niezdolności do składania oświadczeń w tym charakterze. W takim przypadku jedynym w istocie

W obecnym stanie prawnym nie ma możliwości zawieszenia postępowania z urzędu w przypadku, w którym dla rozstrzygnięcia sprawy niezbędne jest przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka, który pozostaje w długotrwałej okresowej niezdolności do składania oświadczeń w tym charakterze.

Okres niezdolności może być na tyle krótki, że ustanie ona jeszcze w toku postępowania, może jednakże trwać dłużej, np. wiele lat. W tym ostatnim przypadku troska o zebranie materiału dowodowego w zgodzie z art. 77 § 1 k.p.a. i art. 187 § 1 o.p. nie powinna mieć prymatu nad zasadą szybkości i prostoty postępowania (art. 12 k.p.a. i art. 125 § 1 o.p.) oraz kodeksowym terminowym załatwienia sprawy (art. 35 k.p.a. i art. 139 o.p.). W zależności od okoliczności organ powinien rozważyć przedłużenie terminu załatwienia sprawy (art. 36 § 1 i 2 k.p.a. i art. 140 § 1 i 2 o.p.) rozwiązaniem jest przedłużanie terminu załatwienia sprawy w trybie art. 36 § 2 k.p.a. i art. 140 o.p. – co w postępowaniach, w których zachodzi wieloosobowe współuczestnictwo, może generować znaczne koszty, związane np. z doręczaniem zawiadomień o nowym terminie załatwienia sprawy. *De lege ferenda* należałoby zatem rozważyć wprowadzenie instytucji obligatoryjnego zawieszenia postępowania z urzędu w przypadku, w którym nie ma możliwości przeprowadzenia dowodu z zeznań świadka z uwagi na jego czasową niezdolność do komunikowania swych spostrzeżeń.

5. Wnioski

Ustalając, kto mieści się w kręgu osób niezdolnych do spostrzegania lub komunikowania spostrzeżeń w postępowaniu administracyjnym i podatkowym, odwoływać się należy zarówno do prawa międzynarodowego, jak i prawa polskiego. Pierwsze spośród nich porusza omawianą kwestię w zasadzie wyłącznie pośrednio, zakazując przy tym w szczególności okrutnego lub poniżającego traktowania i nakazując

57 Wyrok SN z dnia 7 września 2000 r., I CKN 872/00, LEX nr 530682.

58 W tej kwestii szerzej – na gruncie postępowania cywilnego – Z. Resich, dz. cyt.

59 W przypadku, w którym dana osoba stawi się pod wpływem alkoholu, ale może formułować oświadczenia, nie traci zdolności do bycia świadkiem, ale organ, jak się wydaje, powinien odroczyć złożenie przez nią zeznań w trybie art. 94 § 1 (inna ważna przyczyna). Zob. także Wyrok SN z dnia 11 stycznia 1980 r., III KR 358/79, OSNKW 1980, nr 2, poz. 64.

poszanowanie podmiotowości każdego człowieka oraz jego prawa do intymności. Prawo międzynarodowe wyklucza również wprowadzenie do krajowych porządków prawnych rozwiązań wyłączających w sposób generalny zdolność do bycia świadkiem przez osoby niepełnosprawne. Co więcej, zapewnienie niepełnosprawnym możliwości złożenia zeznań w sposób uwzględniający ich fizyczne lub psychiczne bariery stanowi obowiązek każdego organu administracji publicznej, jeżeli tylko prowadzi on postępowanie.

Polskie prawo o postępowaniu administracyjnym i podatkowym formułuje przesłanki zdolności do bycia świadkiem w sposób generalny i wymagający posłużenia się wieloma dyrektywami interpretacyjnymi; przy interpretacji omawianych przepisów należy również uwzględniać stan nauki – w tym przede wszystkim medycyny – oraz techniki. Wykładnia omawianych przepisów musi zatem mieć charakter dynamiczny. Tylko wówczas zapewni bowiem, że nie dojdzie do bezzasadnego wyłączenia jakiejś osoby z kręgu świadków, jak również zminimalizuje te przypadki, w których źródłem ustaleń organu będzie osoba w istocie do złożenia zeznań niezdolna.

Spostrzeganie zjawisk (faktów) i komunikowanie o nich – jako fundamenty procesowej roli świadka – rozumiane muszą być zatem szeroko. Ustawodawca wymaga, aby zarówno spostrzeganie, jak i komunikowanie spostrzeżeń odbywało się przy pomocy narządów zmysłów. Ustawodawca nie stawia w tym zakresie kwalifikowanych wymogów. Brak któregoś ze zmysłów nie pozbawia danej osoby zdolności do bycia świadkiem. Co więcej, w sytuacji przeciwnej, to znaczy nawet w przypadku osób w pełni władających zmysłami, możliwe jest ich wyłączenie z kręgu świadków. Dotyczyć to będzie osób z zaburzeniami psychicznymi, w których odbiór rzeczywistości podlega zaburzeniu już po odebraniu bodźców ze świata zewnętrznego (ich spostrzeganie rzeczywistości nie jest zatem prawidłowe). Ustawodawca nie wprowadza również zakazu odbierania zeznań od osób małoletnich. Należy w tym jednakże zakresie uwzględniać specyfikę danego postępowania oraz stopień rozwoju fizycznego i intelektualnego dziecka.

Uchybienia w kwestii określania kręgu świadków niosą ze sobą istotne konsekwencje procesowe, które doprowadzić mogą do uchylenia decyzji i konieczności rozpatrzenia sprawy na nowo. Z tego powodu zarówno organy, jak i strony postępowania powinny przywiązywać szczególną wagę do prawidłowych ustaleń w tym zakresie. Po pierwsze, jeżeli organ dysponuje wiedzą o niezdolności danej osoby do wystąpienia w roli świadka, powinien odstąpić od jej wzywania w tym charakterze. Jeżeli zaś wiedza ta ujawnia się w toku posiedzenia, na którym dowód ów ma być przeprowadzony, organ nie może przystąpić do odebrania zeznań. Po drugie, jeżeli informacja o okoliczności wyłączającej odebranie zeznań z powodu niezdolności do spostrzegania lub komunikowania spostrzeżeń ujawniła się po odebraniu zeznań, oświadczenia takiej osoby zebrane w tej właśnie formie nie mogą być uznawane za zeznania, a co za tym idzie – nie mogą stanowić podstawy jakichkolwiek ustaleń faktycznych organu.

Po trzecie wreszcie, odebranie zeznań w charakterze świadka od osoby, która nie miała zdolności spostrzegania lub komunikowania spostrzeżeń, lub powołanie się na nie w uzasadnieniu decyzji może stanowić podstawę stwierdzenia nieważności decyzji albo wznowienia postępowania. W istocie zatem zaniechanie prawidłowego ustalenia kręgu świadków może spowodować nawet uruchomienie wyjątkowo dopuszczalnych trybów wzruszania ostatecznych rozstrzygnięć administracyjnych.

Jak zatem zapewnić prawidłowość w zakreślaniu kręgu świadków? Po pierwsze, w pełni uzasadnione wydaje się sformułowanie postulatu swoistego wzmacniania wykładni przepisów art. 82 p. 1 k.p.a. i art. 195 p. 1 k.p.a. powołaniem się na ogólną wiedzę organu o osiągnięciach z zakresu medycyny i techniki, uzupełnianej w razie procesowej potrzeby wiedzą specjalistyczną biegłych. Wiedza ta dotyczyć może zarówno samych okoliczności wyłączających spostrzeganie lub komunikowanie spostrzeżeń przez osoby dotknięte określonymi barierami, jak i możliwości usuwania stwierdzonych ograniczeń. Szczególną rolę – zwłaszcza w kontekście tych potencjalnych wyłączeń z kręgu świadków, które wynikają z niepełnosprawności, przypisać należy także współpracy z odpowiednimi organizacjami pozarządowymi.

Po drugie, elementem zapewniającym prawidłowość w zakreślaniu kręgu świadków jest niewątpliwie zapewnienie należytej komunikacji organu z osobą, która w roli świadka ma wystąpić. W tym zakresie

należy postulować szersze wykorzystanie alfabetu Braille'a (np. przy wysyłce wezwań na przesłuchanie), czy też – co również dotyczy wezwań – generalne wprowadzenie standardów (ujednolicenie) krojów czcionek i ich rozmiarów wykorzystywanych w pismach kierowanych do obywateli[60]. Jeżeli świadek może złożyć zeznania wyłącznie pod pewnymi warunkami wynikającymi z ograniczeń w komunikowaniu (np. aparatura, tłumacz język migowego), obowiązkiem organu jest mu to zapewnić[61].

Po trzecie wreszcie, sformułować należy postulat *de lege ferenda*. Jak wynika z przeprowadzonych badań, w obecnym stanie prawnym nie ma możliwości zawieszenia postępowania z urzędu w przypadku, w którym dla rozstrzygnięcia sprawy niezbędne jest przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka, który pozostaje w długotrwałej okresowej niezdolności do składania oświadczeń w tym charakterze. W takim przypadku jedynym w istocie rozwiązaniem jest przedłużanie terminu załatwienia sprawy w trybie art. 36 § 2 k.p.a. i art. 140 o.p. Jak się wydaje, za godne rozważenia uznać należy wprowadzenie instytucji obligatoryjnego zawieszenia postępowania z urzędu z powodu czasowej niezdolności świadka do komunikowania swych spostrzeżeń.

Odebranie zeznań w charakterze świadka od osoby, która nie miała zdolności spostrzegania lub komunikowania spostrzeżeń, lub powołanie się na nie w uzasadnieniu decyzji może stanowić podstawę stwierdzenia nieważności decyzji albo wznowienia postępowania.

60 W tym zakresie przytoczyć należy znane z praktyki przypadki formułowania wezwań czcionką tak małą, że trudną, a dla osób z ułomnościami – niemożliwą do odczytania.

61 Należy jednak podkreślić, że wsparcie to powinno mieć charakter fachowy. Zob. Wyrok WSA w Olsztynie z dnia 3 października 2007 r., I SA/Ol 404/07, LEX nr 460785.

Bibliografia

Adamiak B. (w:) B. Adamiak, J. Borkowski (red.), *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2011.

Adamiak B., *System środków dowodowych w ogólnym postępowaniu administracyjnym*, „Acta Universitatis Wratislaviensis" 1984, nr 665.

Banaszak B., *Zalety i wady Karty Praw Podstawowych UE*, „Przegląd Sejmowy" 2008, nr 2, s. 9–24.

Bogomilski B., *Postępowanie dowodowe*, „Rada Narodowa, Gospodarka, Administracja" 1974, nr 25.

Cieślak Z., *Prawo do dobrej administracji (Tezy wystąpienia)* (w:) Z. Niewiadomski, Z. Cieślak, *Prawo do dobrej administracji. Materiały ze Zjazdu Katedr Prawa i Postępowania Administracyjnego, Warszawa–Dębe 23–25.09.2002*, Warszawa 2003.

Craig P. i in. (w:) M. Wierzbowski i in., *ReNEUAL. Model kodeksu postępowania administracyjnego Unii Europejskiej*, Warszawa 2015.

Daniel P., *Administracyjne postępowanie dowodowe*, Wrocław 2013.

Drabik L., Sobol E. (red.), *Słownik języka polskiego*, t. 1–2, Warszawa 2007.

Duniewska Z., *Wybrane aspekty wykładni prawa administracyjnego (racje i właściwości)* (w:) J. Zimmernanna (red.), *Koncepcja systemu prawa administracyjnego. Zjazd Katedr Prawa Administracyjnego i Postępowania Administracyjnego. Zakopane 24–27.09.2006*, Kraków 2007.

Ereciński T. (w:) T. Ereciński (red.), *Komentarz do kodeksu postępowania cywilnego*, cz. 1: *Postępowanie rozpoznawcze*, Warszawa 1997.

Janowicz Z., *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa–Poznań 1992.

Jodłowski J., *Zasady przewodnie polskiego międzynarodowego prawa procesowego cywilnego* (w:) *Księga pamiątkowa ku czci Prof. Kamila Stefki*, Warszawa–Wrocław 1967.

Jurzyk M., *Ochrona spowiedzi w postępowaniu dowodowym a prawa penitenta i duchownego*, „Radca Prawny" 2004, nr 2.

Kmieciak Z. (w:) Z. Kmieciak (red.), *Postępowanie administracyjne w Europie*, Kraków 2005.

Kmiecik Z., *Strona jako podmiot oświadczeń procesowych w postępowaniu administracyjnym*, Warszawa 2008.

Knoppek K., *Niezdolność do spostrzegania lub przekazywania spostrzeżeń jako okoliczność wyłączająca świadka od składania zeznań w postępowaniu cywilnym*, „Nowe Prawo" 1982, nr 1–2.

Kulicki M. (red.), *Kryminalistyka. Wybrane zagadnienia teorii i praktyki śledczo-sądowej*, Toruń 2005.

Muszyński M., *Polska Karta Praw Podstawowych po Traktacie Lizbońskim. Charakter prawny i granice związania*, „Przegląd Sejmowy" 2009, nr 1.

O'Flaherty M., *Ochrona praw człowieka w dzisiejszej Europie*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny" 2017, z. 1.

Ochendowski E., *Postępowanie administracyjne. Ogólne, egzekucyjne i sądowoadministracyjne*, Toruń 2008.

Piasecki K. (w:) K. Piasecki (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 1, Warszawa 1996.

Piątek W., *Wykładnia funkcjonalna w orzecznictwie sądów administracyjnych*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny" 2012, z. 1, s. 21–35.

Przybyłowski K., *Prawo prywatne międzynarodowe. Część ogólna*, Warszawa 1935.

Rakoczy B., *Tajemnica spowiedzi w polskim postępowaniu cywilnym, karnym i administracyjnym*, „Przegląd Sądowy" 2003, nr 11–12.

Resich Z. (w:) Z. Resich, W. Siedlecki (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Warszawa 1975.

Rocznik Statystyczny RP, Warszawa 2014.

Sokołowska J., *Dziecko jako świadek*, Warszawa 1959.

Starościak J., *Prawo administracyjne*, Warszawa 1969.

Suwaj R., *Judycjalizacja postępowania administracyjnego*, Warszawa 2009.

Wentkowska A., *Zasada dobrego administrowania w prawie wspólnotowym* (w:) G. Łaszczyca (red.), *Prawo europejskie a funkcjonowanie organów administracji publicznej*, Sosnowiec 2003.

Wieruszewski R., *Rola i znaczenie Karty Praw Podstawowych UE dla ochrony praw człowieka*, „Przegląd Sejmowy" 2008, nr 2.

Wronkowska S. (w:) S. Wronkowska, Z. Ziembiński (red.), *Zarys teorii prawa*, Poznań 2001.

Akty prawne

Konwencja o prawach dziecka przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne ONZ dnia 20 listopada 1989 r., Dz.U. 1991, nr 120, poz. 526.

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

Rezolucja Zgromadzenia ONZ 217/III A z dnia 10 grudnia 1948 r., http://www.un-documents.net/a3r217.htm (dostęp: 7.06.2018).

Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z 22 marca 1928 r. o postępowaniu administracyjnym, Dz.U. 1928, nr 36, poz. 341.

Traktat o Unii Europejskiej, Dz.Urz. C 326 z 2012 r.

Ustawa z dnia 11 września 2003 r. o służbie wojskowej żołnierzy zawodowych, t.j. Dz.U. 2018, poz. 173.

Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego, t.j. Dz.U. 2017, poz. 1257.

Ustawa z dnia 18 kwietnia 2002 r. o stanie klęski żywiołowej, t.j. Dz.U. 2017, poz. 1897.

Ustawa z dnia 24 września 2010 r. o ewidencji ludności, t.j. Dz.U. 2017, poz. 657.

Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy, t.j. Dz.U. 2018, poz. 917.

Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa, t.j. Dz.U. 2018, poz. 800.

Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, t.j. Dz.U. 2017, poz. 2204.

Orzeczenia

Wyrok NSA – Oddział Zamiejscowy w Gdańsku z 9 października 1986 r., SA/Gd 630/86, LEX nr 1688573.

Wyrok NSA z 8 lutego 2018 r., II OSK 948/16.

Wyrok NSA z dnia 12 lipca 2016 r., II OSK 2688/14.

Wyrok NSA z dnia 12 września 2017 r., II GSK 3389/15.

Wyrok NSA z dnia 13 grudnia 2017 r., I OSK 1346/17.

Wyrok NSA z dnia 15 lutego 2018 r., II OSK 1787/17.

Wyrok NSA z dnia 16 listopada 1984 r., II SA 1223/84, ONSA 1984, z. 2, poz. 109.

Wyrok NSA z dnia 18 stycznia 2018 r., II OSK 824/16.

Wyrok NSA z dnia 19 lutego 1981 r., SA 234/81, ONSA 1981, z. 1, poz. 23.

Wyrok NSA z dnia 20 marca 2018 r., II GSK 1691/16.

Wyrok NSA z dnia 21 kwietnia 2017 r., II GSK 2111/15.

Wyrok NSA z dnia 22 maja 2013 r., II FSK 2080/11.
Wyrok NSA z dnia 22 maja 2015 r., I FSK 2093/13.
Wyrok NSA z dnia 23 kwietnia 2010 r., I FSK 657/09.
Wyrok NSA z dnia 27 kwietnia 2006 r., II OSK 596/05.
Wyrok NSA z dnia 28 sierpnia 2007 r., I OSK 1208/06.
Wyrok NSA z dnia 5 kwietnia 2011 r., II OSK 460/10.
Wyrok NSA z dnia 5 lipca 2017 r., I OSK 1018/16.
Wyrok NSA z dnia 7 maja 1985 r., II SA 318/85.
Wyrok SN z dnia z 6 lutego 1975 r., II CR 849/75, OSNP 1976, nr 1, poz. 11.
Wyrok SN z dnia 11 stycznia 1980 r., III KR 358/79, OSNKW 1980, nr 2, poz. 64.
Wyrok SN z dnia 20 września 1974 r., III KR 103/74.
Wyrok SN z dnia 6 marca 1975 r., II CR 848/75, OSNP 1976, nr 1, poz. 11.
Wyrok SN z dnia 7 grudnia 1973 r., II CZ 181/73, OSNP 1974, nr 3–4, poz. 25.
Wyrok SN z dnia 7 września 2000 r., I CKN 872/00, LEX nr 530682.
Wyrok SO w Piotrkowie Trybunalskim z dnia 13 października 2017 r., IV Ka 638/17.
Wyrok WSA w Gliwicach z dnia 8 stycznia 2010 r., III SA/Gl 150/09, LEX nr 584278.
Wyrok WSA w Gorzowie Wielkopolskim z dnia 14 lutego 2008 r., II SA/Go 752/07.
Wyrok WSA w Gorzowie Wielkopolskim z dnia 28 marca 2007 r., I SA/Go 1291/06.
Wyrok WSA w Krakowie z 4 grudnia 2015 r., II SA/Kr 1147/15.
Wyrok WSA w Olsztynie z dnia 3 października 2007 r., I SA/Ol 404/07, LEX nr 460785.
Wyrok WSA w Poznaniu z dnia 14 marca 2012 r., I SA/Po 599/11.

Inne

http://www.niepelnosprawni.gov.pl/p,78,dane-demograficzne (dostęp: 14.06.2018).
www.orzeczenia.nsa.gov.pl (dostęp: 14.06.2018).

Mariusz Zelek

Glosa krytyczna do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 16 lutego 2017 r., sygn. I CSK 106/16

Mariusz Zelek

Doktor nauk prawnych, adiunkt w Katedrze Prawa Cywilnego, Handlowego i Ubezpieczeniowego Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu, adwokat, członek Polskiego Towarzystwa Naukowego Prawa Prasowego.

✉ m.zelek@amu.edu.pl

https://orcid.org/0000-0002-2518-9925

A Critical Commentary to the Judgment of the Supreme Court of 16.2.2017, Ref. I CSK 106/16

The commentary contains a presentation and evaluation of the arguments that were given by the Supreme Court to justify the thesis, according to which the press correction cannot be signed by the plenipotentiary of the interested person, but the person concerned must do so by delineating his or her own signature. In the article, attention was also paid to the motives that led the legislator to shape the formal requirements for press correction in such a way that one of its elements must be the signature, as well as other arguments allowing, in the author's opinion, to consider the Supreme Court's position as incorrect.

Słowa kluczowe: sprostowanie, pełnomocnik, prawo prasowe, prasa, oświadczenie wiedzy

Key words: press correction, plenipotentiary, press law, press, statement of knowledge

1. Komentowana teza wyroku

W glosowanym orzeczeniu Sąd Najwyższy stanął na stanowisku, że sprostowania prasowego nie może podpisać pełnomocnik osoby zainteresowanej, lecz musi to uczynić sama osoba zainteresowana, kreśląc swój własnoręczny podpis.

2. Stan faktyczny

W sprawie poddanej pod osąd Sądowi Najwyższemu powodowa spółka domagała się, aby sąd nakazał pozwanemu – redaktorowi naczelnemu – opublikowanie sprostowania prasowego w trakcie audycji telewizyjnej. Przed wytoczeniem powództwa pełnomocnik powódki zażądał pisemnie od pozwanego w trybie art. 31a PrPras[1] sprostowania podanych w audycji telewizyjnej nieprawdziwych (zdaniem powoda) informacji,

1 Ustawa z dnia 26 stycznia 1984 r. – Prawo prasowe, Dz.U. 1984, nr 5, poz. 24 z późn. zm. (dalej jako: PrPras).

czego uczynienia pozwany odmówił. Jak można wywnioskować z treści uzasadnienia komentowanego orzeczenia, tekst, który wedle żądana miałby zostać opublikowany jako sprostowanie, nie został podpisany przez mocodawcę, lecz przez pełnomocnika (sformułowany we wspomnianym przedprocesowym piśmie pełnomocnika). Sądy obu instancji oddaliły powództwo, na skutek czego powód złożył skargę kasacyjną, domagając się uchylenia wyroku sądu II instancji oraz uwzględnienia żądania pozwu.

Teza Sądu Najwyższego sprowadzająca się do twierdzenia, że sprostowania nie można skutecznie zrealizować przez pełnomocnika, a zatem że tekst sprostowania nie może zostać podpisany przez pełnomocnika, jest nieprawidłowa.

3. Stanowisko Sądu Najwyższego

Sąd Najwyższy oddalił skargę kasacyjną powoda. Jako uzasadnienie takiej decyzji procesowej podano szereg argumentów. Przede wszystkim Sąd Najwyższy wskazał, że w badanej sprawie nie spełniono wymogów formalnych sprostowania, wynikających z reguł ustanowionych przez prawo prasowe. Stało się tak, zdaniem Sądu, dlatego że wśród wymogów formalnych sprostowania znajduje się podpis wnioskodawcy rozumiany jako jego własnoręczna sygnatura. Sąd Najwyższy stwierdził, że podpis taki spełnia dwie funkcje: identyfikuje podmiot zainteresowany w rozumieniu ustawy oraz potwierdza treść przeznaczonego do opublikowania sprostowania, a więc winien widnieć pod publikacją. Sąd rozróżnił również samo sprostowanie od wniosku o jego opublikowanie, przypisując temu pierwszemu charakter oświadczenia wiedzy, temu drugiemu natomiast oświadczenia woli. Bazując na tym rozróżnieniu, Sąd Najwyższy wskazał, że z uwagi na okoliczność, iż sprostowanie jest oświadczeniem wiedzy, a nie woli, nie może ono zostać „zrealizowane" (pojęcie użyte przez SN) przez pełnomocnika, ponieważ instytucja pełnomocnictwa dotyczy jedynie dokonywania czynności prawnych, a elementem tych ostatnich jest oświadczenie woli, a nie wiedzy. Jako argument przemawiający za zasadnością takiego stanowiska Sąd Najwyższy wskazał nadto, iż sprostowanie nosi zwykle cechy utworu w rozumieniu Ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, a zatem, zdaniem SN, wymaga podpisu autora. Wreszcie Sąd Najwyższy stwierdził, że zaszła znacząca różnica w uregulowaniu kwestii podpisu w stanie prawnym aktualnym i przed nowelizacją przepisów dotyczących sprostowania[2]. W poprzednim tekście ustawy w art. 33 ust. 2 pkt 5 jako fakultatywną podstawę odmowy opublikowania nadesłanego tekstu wskazano sytuację, w której nie został on podpisany w sposób umożliwiający redakcji identyfikację autora. Aktualnie, zdaniem Sądu Najwyższego, identyfikacja ta stanowi bezwzględny warunek formalny, w postaci konieczności umieszczenia m.in. podpisu zainteresowanego pod tekstem sprostowania.

4. Ocena stanowiska Sądu Najwyższego

W ocenie autora niniejszej glosy, komentowana teza Sądu Najwyższego sprowadzająca się do twierdzenia, że sprostowania nie można skutecznie zrealizować przez pełnomocnika, a zatem że tekst sprostowania

2 Chodzi tu o nowelizację dokonaną Ustawą z dnia 14 września 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo prasowe (Dz.U. 2012, poz. 1136 z późn. zm.), która weszła w życie z dniem 2 listopada 2012 r.

nie może zostać podpisany przez pełnomocnika, jest nieprawidłowa.

Sąd Najwyższy sformułował wskazaną na wstępie tezę głównie na podstawie podanych poniżej twierdzeń:

a) sprostowanie jest oświadczeniem wiedzy,
b) do oświadczeń wiedzy nie stosuje się przepisów o pełnomocnictwie,
c) podpis na gruncie przepisów o sprostowaniu rozumiany jest jako własnoręczna sygnatura,
d) sprostowanie jest zazwyczaj utworem, a zatem wymaga podpisu autora,
e) na skutek nowelizacji przepisów o sprostowaniu dokonanej w 2012 r. doszło do istotnej zmiany stanu prawnego, w wyniku której aktualnie własnoręczny podpis zainteresowanego jest bezwzględnym warunkiem formalnym sprostowania.

W myśl art. 32 ust. 5 PrPras w tekście nadesłanego sprostowania nie wolno bez zgody wnioskodawcy dokonywać skrótów ani innych zmian. Z kolei z art. 33 ust. 1 PrPras wynika, że redaktor naczelny odmawia opublikowania sprostowania, jeżeli sprostowanie m.in. nie zostało podpisane lub nie odpowiada wymaganiom określonym w art. 31a ust. 4–7.

Sprostowanie w rozumieniu prawa prasowego to rzeczowa, odnosząca się do faktów wypowiedź zawierająca korektę wiadomości podanej przez prasę, którą prostujący uznaje za nieprawdziwą lub nieścisłą[3]. Ma ono na celu umożliwienie przedstawienia przez podmiot zainteresowany własnej wersji wydarzeń, służy prezentacji przez prostującego jego subiektywnego punktu widzenia[4]. Myślą przewodnią tej instytucji jest zasada *audiatur et altera pars*[5]. Sprostowanie nie jest z pewnością oświadczeniem wydawcy, autora,

Sprostowanie w rozumieniu prawa prasowego to rzeczowa, odnosząca się do faktów wypowiedź zawierająca korektę wiadomości podanej przez prasę, którą prostujący uznaje za nieprawdziwą lub nieścisłą.

Ocena trafności tezy wymaga weryfikacji przytoczonych powyżej twierdzeń oraz wniosków, które Sąd Najwyższy z nich wyprowadza. W pierwszej kolejności warto zastanowić się, czy sprostowanie jest oświadczeniem wiedzy, woli, czy może oświadczeniem innego rodzaju. Konieczne jest zatem zwięzłe przedstawienie tej instytucji prawa prasowego. Z treści art. 31a ust. 1 PrPras wynika, że na wniosek zainteresowanej osoby fizycznej, osoby prawnej lub jednostki organizacyjnej niebędącej osobą prawną redaktor naczelny właściwego dziennika lub czasopisma jest obowiązany opublikować bezpłatnie rzeczowe i odnoszące się do faktów sprostowanie nieścisłej lub nieprawdziwej wiadomości zawartej w materiale prasowym. Artykuł 31a ust. 4 PrPras stanowi natomiast, że sprostowanie powinno zawierać podpis wnioskodawcy, jego imię i nazwisko lub nazwę oraz adres korespondencyjny. dziennikarza czy, szerzej, jakiegokolwiek podmiotu prasowego (jak przykładowo przeprosiny). Nie chodzi w nim o sformułowanie oświadczenia woli, a zatem przejawu woli dokonania skutków prawnych polegających na powstaniu, zmianie lub wygaśnięciu stosunku prawnego, ale o przedstawienie stanowiska podmiotu prostującego[6]. Oświadczenia wiedzy mają charakter

3 J. Sobczak, *Prawo prasowe. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 731.

4 Tenże, *Dzieje prawa prasowego na ziemiach polskich*, Poznań 2009, s. 134.

5 B. Kosmus, *Sprostowanie i odpowiedź prasowa*, Warszawa 2006, s. 1; szerzej na ten temat zob. M. Zaremba, *Realizacja zasady „audiatur et altera pars" w polskim prawie prasowym*, „Monitor Prawniczy" 2009, nr 18, s. 992–1001.

6 Pojęcie oświadczenia woli nie odnosi się do wypowiedzi sprawozdawczych, informujących o treści przeżyć psychicznych człowieka, lecz do przejawów decyzji kształtowania stosunku

wypowiedzi sprawozdawczych informujących o istnieniu określonego stanu rzeczy, są więc zdaniami w sensie logicznym, którym można przypisać jedynie prawdę lub fałsz[7]. Skoro sprostowanie ma być ze swej definicji rzeczowe i odnoszące się do faktów, to zasadne jest przyjęcie, że informuje ono o istnieniu (według jego autora) określonego stanu rzeczy. Trafne zatem wydaje się przypisanie przez Sąd Najwyższy w komentowanym orzeczeniu sprostowaniu charakteru oświadczenia wiedzy[8].

Bazując na powyższym ustaleniu, konieczne jest zbadanie, czy rzeczywiście do oświadczeń wiedzy nie stosuje się przepisów o pełnomocnictwie. Sąd Najwyższy nie przedstawił szerszego uzasadnienia dla zajętego przezeń stanowiska w tym przedmiocie, poprzestając w zasadzie na stwierdzeniu, że instytucja pełnomocnictwa dotyczy jedynie dokonywania czynności prawnych. Nie ulega wątpliwości, że przepisy art. 95 i n. k.c. traktują wprost o czynnościach prawnych. Samo jednak takie spostrzeżenie nie jest wystarczające dla uznania, że omawianą instytucję stosuje się jedynie do takich czynności konwencjonalnych, które przyjmują postać czynności prawnych. W aktualnym stanie prawnym dzieje się tak przede wszystkim dlatego, że w myśl art. 65^1 k.c. przepisy o oświadczeniach woli stosuje się odpowiednio do innych oświadczeń. W literaturze nie ulega najmniejszej wątpliwości, że wspomniana regulacja dotyczy zwłaszcza oświadczeń wiedzy[9]. Nie może zresztą być inaczej, skoro w uzasadnieniu projektu ustawy wprowadzającej do porządku prawnego art. 65^1 k.c.[10] stwierdzono wprost, iż przepis ten wskazuje na dopuszczalność odpowiedniego stosowania przepisów dotyczących oświadczeń woli do innych oświadczeń (zwłaszcza do oświadczeń wiedzy lub uczuć)[11]. Podzielając to zapatrywanie w pełni, należy przyjąć, że

Uznanie przez Sąd Najwyższy, że sprostowanie nie jest oświadczeniem woli, lecz oświadczeniem wiedzy, nie może samo w sobie eliminować sprostowania z kręgu oświadczeń, które można złożyć przez pełnomocnika.

cywilnoprawnego, szerzej zob. Z. Radwański, A. Olejniczak, *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2015, s. 220.

7 Zob. J. Grykiel (w:) M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny*, t. 1: *Komentarz. Art. 1–449[11]*, Warszawa 2016, s. 349; podobnie: *Wyrok SA w Warszawie z dnia 2 czerwca 2004 r.*, I ACa 1569/03, Legalis.

8 Charakter oświadczenia wiedzy przypisuje się sprostowaniu również w doktrynie. K. Drozdowicz wskazuje, że sprostowanie to odnoszące się do faktów oświadczenie wiedzy podmiotu zainteresowanego, kierowane bezpośrednio do redaktora naczelnego danego dziennika lub czasopisma, będące reakcją na opublikowane w materiale prasowym nieprawdziwe lub nieścisłe wiadomości, zob. K. Drozdowicz, *Dochodzenie roszczeń o nakazanie opublikowania sprostowania prasowego*, Warszawa 2017, s. 3.

9 Zob. m.in. M. Safjan (w:) K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny*, t. 1: *Komentarz. Art. 1–449[10]*, Warszawa 2018, kom. do art. 65^1 k.c., nb 1; P. Sobolewski (w:) K. Osajda (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Legalis 2018, kom. do art. 65^1 k.c., nb 1; tak też: P. Machnikowski (w:) E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2017, kom. do art. 65^1 k.c., nb 1–2, który wskazuje nawet, że oświadczenia wiedzy stanowią najistotniejszą praktycznie kategorię oświadczeń objętych komentowanym przepisem.

10 Przepis ten wszedł w życie w dniu 8 września 2016 r. na mocy *Ustawy z dnia 10 lipca 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny, ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw*, Dz.U. 2015, poz. 1311.

11 Zob. *Uzasadnienie rządowego projektu Ustawy o zmianie ustawy – Kodeks cywilny, ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw*, Sejm VII kadencji, druk sejmowy nr 2678.

uznanie przez Sąd Najwyższy, iż sprostowanie nie jest oświadczeniem woli, lecz oświadczeniem wiedzy, nie może samo w sobie eliminować sprostowania z kręgu oświadczeń, które można złożyć przez pełnomocnika. Konieczne jest tu zbadanie, czy możliwe jest stosowanie przepisów o pełnomocnictwie do oświadczeń wiedzy, a konkretnie do sprostowania prasowego. Takich rozważań Sąd Najwyższy jednak w komentowanym orzeczeniu nie przeprowadził.

Zauważyć trzeba, że w sprawie poddanej pod osąd Sądowi Najwyższemu sprostowanie zostało sporządzone przed wejściem w życie art. 65^1 k.c., co jednak nie oznacza, iż dopiero wraz z wprowadzeniem komentowanego przepisu do Kodeksu cywilnego zaistniała możliwość stosowania przepisów o oświadczeniach woli do oświadczeń wiedzy. Słusznie w literaturze wskazano, iż mając na uwadze fakt, że w dotychczasowej praktyce szeroko dopuszczano możliwość analogicznego stosowania przepisów o oświadczeniach woli w sytuacjach granicznych, w odniesieniu do oświadczeń zbliżonych do oświadczeń woli kwestie intertemporalne związane z wejściem tego przepisu w życie nie mają większego znaczenia praktycznego[12]. Możliwość stosowania przepisów o oświadczeniach woli do innych oświadczeń, w tym zwłaszcza do oświadczeń wiedzy, istniała już zatem przed wejściem w życie art. 65^1 k.c., dlatego Sąd Najwyższy winien był przeprowadzić w tym przedmiocie stosowne rozważania.

W literaturze wskazuje się, że zakres odpowiedniej aplikacji przepisów o oświadczeniach woli podlegać musi także konkretnej ocenie *in casu*, biorąc pod uwagę różnorodność sytuacji i przede wszystkim stopień zbliżenia danego oświadczenia do oświadczenia woli[13]. Przed wejściem wżycie art. 65^1 k.c., kiedy to dopuszczano stosowanie przepisów o świadczeniach woli do oświadczeń wiedzy w drodze analogii, w orzecznictwie wskazywano, że niemożliwe jest przyjęcie jednolitego stanowiska precyzującego zakres wymagań, których zachowanie będzie wyznacznikiem skuteczności takiego oświadczenia, jako że oświadczenia wiedzy mogą wykazywać różny stopień podobieństwa do oświadczeń woli, co powoduje, że zakres dopuszczalnej analogii stosowania przepisów nie musi być jednolity[14]. Powyższe oznacza, że nie sposób abstrakcyjnie rozstrzygać o możliwości zastosowania danych przepisów o oświadczeniach woli do wszelkich innych oświadczeń ani nawet do określonej ich kategorii.

Ze wskazanego powyżej względu nieprawidłowo postąpił Sąd Najwyższy, poprzestając na stwierdzeniu, że skoro pełnomocnictwo stosuje się do dokonywania czynności prawnych, to złożyć oświadczenia wiedzy za pomocą pełnomocnika nie można. Odnotować trzeba wyrażony w doktrynie pogląd, w myśl którego brakuje jasnej regulacji dotyczącej możliwości dokonywania przez przedstawiciela czynności innych niż czynności prawne, w tym czynności czysto faktycznych[15]. W orzecznictwie dopuszczono natomiast udzielenie innej osobie upoważnienia do dokonywania czynności faktycznych[16], jak również wskazano na równoznaczność dokonania czynności faktycznej przez pełnomocnika z jej dokonaniem przez mocodawcę[17]. Wskazano także, że wprawdzie pełnomocnictwo uprawnia do dokonywania czynności prawnych, jednakże dopuszczalne jest umocowanie do dokonania czynności niemającej takiego charakteru, które zwykle określa się terminem upoważnienia; możliwe jest do takiego upoważnienia analogiczne zastosowanie przepisów o pełnomocnictwie[18]. Jeśli zatem nawet przyjąć, jak to uczynił Sąd Najwyższy w glosowanym orzeczeniu, że pełnomocnictwo obejmuje jedynie umocowanie do dokonywania czynności prawnych, to nie sposób z tej okoliczności wnioskować, że złożenie oświadczenia wiedzy w postaci sprostowania prasowego wymaga osobistego działania osoby zainteresowanej.

Z zaprezentowanych dotychczas rozważań nie wynika jeszcze, czy Sąd Najwyższy w opisywanej sprawie wydał prawidłowe, czy nieprawidłowe rozstrzygnięcie, widać natomiast wyraźnie, że argumentacja wskazana

12 Zob. M. Safjan (w:) K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks…*, dz. cyt., kom. do art. 65^1 k.c., nb 6.

13 Zob. tamże, kom. do art. 65^1 k.c., nb 5.

14 Zob. *Wyrok SN z dnia 17 listopada 2010 r.*, sygn. I CSK 75/10, Legalis; tak też *Wyrok SN z dnia 6 maja 2009 r.*, II CSK 684/08, Legalis.

15 Tak: J. Grykiel (w:) M. Gutowski (red.), *Kodeks…*, dz. cyt., s. 448.

16 Zob. *Wyrok SN z dnia 3 października 1991 r.*, I CR 866/90, Legalis.

17 Zob. *Wyrok SN z dnia 11 stycznia 2006 r.*, II CSK 62/05, Legalis.

18 Zob. *Wyrok SN z dnia 17 listopada 2010 r.*, sygn. I CSK 75/10, Legalis.

przez Sąd na uzasadnienie tezy o konieczności osobistego podpisania tekstu sprostowania przez osobę zainteresowaną jest nieprawidłowa. Aby ustalić, czy w stanie faktycznym poddanym pod osąd Sądowi Najwyższemu sprostowanie było złożone skutecznie, należy zbadać, czy instytucja ta została przez ustawodawcę skonstruowana w taki sposób, że wykluczone jest złożenie tego oświadczenia wiedzy przez osobę inną aniżeli osoba zainteresowana, ze skutkiem dla osoby zainteresowanej, innymi słowy – czy nałożono na osobę zainteresowaną obowiązek osobistego podpisania takiego oświadczenia wiedzy.

Osobą zainteresowaną uprawnioną do żądania opublikowania sprostowania jest także osoba prawna, co wynika wprost z treści art. 31a ust. 1 PrPras. Osoba prawna nie może natomiast (w sensie faktycznym) złożyć własnoręcznego podpisu.

Jak się wydaje, kluczowe znacznie dla udzielenia odpowiedzi na postawione wyżej pytanie ma treść art. 31a ust. 4 PrPras, zgodnie z którym sprostowanie powinno zawierać m.in. podpis wnioskodawcy. Sąd Najwyższy przyjmuje, że przez podpis ustawodawca rozumie własnoręczną sygnaturę osoby zainteresowanej, nie wskazując jednak dla takiego twierdzenia żadnego uzasadnienia. Tymczasem nie ulega wątpliwości, że osobą zainteresowaną uprawnioną do żądania opublikowania sprostowania jest także osoba prawna, co wynika wprost z treści art. 31a ust. 1 PrPras. Osoba prawna nie może natomiast (w sensie faktycznym) złożyć własnoręcznego podpisu. Z art. 38 k.c. wynika, że osoba prawna działa przez swoje organy w sposób przewidziany w ustawie i w opartym na niej statucie, a teoria organów nakazuje traktować zachowanie osób fizycznych wchodzących w skład organu jako zachowanie własne osoby prawnej[19]. Wprawdzie pojęcie działania osoby prawnej obejmuje szerszą grupę zjawisk aniżeli tylko dokonywanie czynności prawnych i dotyczy w szczególności działań prawnych[20], to jednak nierzadko przyjmuje się, iż reguły reprezentacji osób prawnych dotyczą dokonywania przez te osoby wyłącznie czynności prawnych[21]. Jeżeli w tym kontekście uznać, że przez podpis należy rozumieć własnoręczną sygnaturę osoby zainteresowanej, powstaje pytanie, czyja własnoręczna sygnatura musi znaleźć się pod tekstem sprostowania wystosowanego przez osobę prawną (będącego oświadczeniem wiedzy), a w szczególności czy może się pod nim skutecznie podpisać samoistny prokurent spółki i czy sposób reprezentacji danej osoby prawnej ma w tym kontekście jakiekolwiek znaczenie[22]. Jeszcze bardziej problematycznie wygląda w tym względzie wymóg własnoręcznego podpisu osoby zainteresowanej w sytuacji, gdy chodzi o jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, której ustawa przyznaje zdolność prawną, a która nie została przez prawodawcę wyposażona w organy czy *quasi*-organy (np. spółka jawna), trudno tu bowiem w ogóle stosować teorię organów.

19 Szerzej zob. E. Gniewek (w:) E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks…*, dz. cyt., kom. do art. 38 k.c., nb 1–3.

20 Zob. K.A. Dadańska, *Działanie osoby prawnej*, Warszawa 2006, s. 37.

21 W literaturze odróżnia się pojęcia prowadzenia spraw osoby prawnej oraz jej reprezentacji, podając przy tym, że ta ostatnia obejmuje dokonywanie w imieniu i na rachunek takiego podmiotu czynności prawnych, zob. P. Sobolewski (w:) K. Osajda (red.), *Kodeks…*, dz. cyt., kom. do art. 38 k.c., nb 3.

22 Przykładowo czy w wypadku reprezentacji spółki przez dwóch członków zarządu, sprostowanie będzie skuteczne, jeżeli zostanie podpisane przez tylko jednego z nich albo przez członka rady nadzorczej.

W ogóle już natomiast nie wiadomo, jak miałaby się własnoręcznie podpisać osoba niepotrafiąca pisać czy taka, która nie może tego uczynić z przyczyn czysto fizycznych, skoro z treści art. 79 k.c. wyraźnie wynika, że dotyczy on składania oświadczeń woli, podczas gdy sprostowanie jest oświadczeniem wiedzy.

Odpowiedź na powyższe pytania jest bardzo istotna z tego względu, że jeżeli przyjąć w ślad za Sądem Najwyższym, że przepisy o pełnomocnictwie nie mają zastosowania do sprostowania, ponieważ nie jest to oświadczenie woli, to konsekwentnie należałoby przyjąć, że także inne przepisy o czynnościach prawnych, w tym przepisy o reprezentacji osób prawnych czy ułomnych osób prawnych, nie mogą tu wejść w grę, również bowiem i te dotyczą składania oświadczeń woli, a nie wiedzy. Jeśli tak, w zasadzie nie ma żadnych reguł, które pozwoliłyby ustalić, w jaki sposób podmioty te mają złożyć wymagany podpis pod tekstem sprostowania. Jeżeli natomiast przyjąć, że można tu odpowiednio czy chociażby w drodze analogii zastosować przepisy o reprezentacji wspomnianych podmiotów, to nie sposób uzasadnić, dlaczego nie miałyby znaleźć zastosowania akurat przepisy o pełnomocnictwie, zwłaszcza jeśli zauważyć, że zgodnie z art. 109[1] k.c. prokura jest szczególnym rodzajem pełnomocnictwa[23]. Jeśli natomiast uznać, że pojęcie reprezentacji obejmuje również kompetencję do składania oświadczeń wiedzy[24], to już choćby z art. 205 § 1 k.s.h. wynika, że składanie takich oświadczeń jako przejaw reprezentacji spółki z ograniczoną odpowiedzialnością może odbywać się poprzez współdziałanie członka zarządu wspólnie z prokurentem, a zatem nie jest tak, aby do ich składania uprawniony był jedynie organ spółki, którego działanie w świetle teorii organów traktowane byłoby jako zachowanie własne samej spółki[25].

W uzasadnieniu komentowanego judykatu Sąd Najwyższy podał (lecz w żaden sposób nie uzasadnił), że podpis (własnoręczna sygnatura) zainteresowanego spełnia dwie funkcje: identyfikuje podmiot zainteresowany w rozumieniu ustawy oraz potwierdza treść przeznaczonego do opublikowania sprostowania. Twierdzenie takie, jak się wydaje, nawiązuje do znaczenia, jakie cechuje podpis na testamencie holograficznym, choć zauważyć trzeba, że temu ostatniemu przypisuje się jeszcze inne funkcje[26]. Podczas gdy testament holograficzny może być sporządzony tylko przez osobę fizyczną, a nadto wyłączona została wyraźnie możliwość dokonania tej czynności prawnej przez pełnomocnika (art. 944 § 2 k.c.), w przypadku sprostowania takie oświadczenie wiedzy może złożyć osoba prawna, brak jest wyraźnego wyłączenia dopuszczalności jego sporządzenia przez pełnomocnika, a nadto dopuszcza się odpowiednie bądź choćby analogiczne stosowanie przepisów o oświadczeniach woli do oświadczeń wiedzy. Wydaje się, że funkcja podpisu na testamencie własnoręcznym nie może determinować funkcji podpisu pod tekstem sprostowania prasowego. Wątpliwa jest tu wskazywana przez Sąd Najwyższy funkcja identyfikująca podmiot zainteresowany w rozumieniu PrPras, skoro ustawa ta wymaga nie tylko podpisu, ale i wskazania imienia oraz nazwiska albo nazwy wnioskodawcy. Ponadto identyfikacja wnioskodawcy (przez adresata wniosku o sprostowanie) możliwa jest również poprzez analizę treści pełnomocnictwa, które z uwagi na konieczność sporządzenia sprostowania na piśmie i doręczenia go w takiej formie do redakcji w praktyce będzie miało również formę pisemną i zawierało podpis mocodawcy. Podpis (aczkolwiek oczywiście nie własnoręczny) pod tekstem sprostowania pozwala natomiast na identyfikację osoby zainteresowanej czytelnikowi prasy, w której sprostowanie zostanie opublikowane[27]. Odnosząc się natomiast do drugiej ze wskazanych przez SN funkcji podpisu, stwierdzić trzeba, iż walor potwierdzenia treści przeznaczone-

23 Tak też m.in.: R. Strugała (w:) E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks…*, dz. cyt., kom. do art. 109[1] k.c., nb 1 i podana tam literatura.

24 Z poglądem takim można się spotkać w doktrynie prawa spółek handlowych, zob. A. Nowacki, *Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością*, t. 1: *Komentarz. Art. 151–226 KSH*, Warszawa 2018, kom. do art. 205 k.s.h., nb 1 i podana tam literatura.

25 Prokurent nie jest organem, lecz działa na zasadzie przedstawicielstwa w rozumieniu art. 95 k.c., zob. R. Strugała (w:) E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks…*, dz. cyt., kom. do art. 109[1] k.c., nb 1.

26 Szerzej zob. M. Rzewuski, *Podpis spadkodawcy na testamencie własnoręcznym*, Warszawa 2014, s. 145–147.

27 Podobnie *Wyrok SN z dnia 21 lipca 2017 r.*, I CSK 11/17, Legalis.

go do opublikowania sprostowania można przypisać zarówno podpisowi złożonemu przez wnioskodawcę, jak i przez pełnomocnika, jeżeli zatem rzeczywiście przypisać podpisowi pod sprostowaniem taką właśnie funkcję, to jej byt nie przemawia za koniecznością umieszczenia pod sprostowaniem własnoręcznego podpisu wnioskodawcy.

Ciekawe natomiast jest spostrzeżenie, że w pierwotnej wersji projektu ustawy nowelizującej sformułowania takiego nie było[28]. Dopiero na etapie prac sejmowej Komisji Kultury i Środków Przekazu zauważono, że projekt przewiduje możliwość odmowy opublikowania sprostowania przez redaktora naczelnego, jeżeli nie zawiera ono podpisu, podczas gdy nie przewidzia-

Żadnego znaczenia dla rozpatrywanej kwestii nie mogą mieć reguły prawa autorskiego, wspomniane ubocznie przez Sąd Najwyższy.

Wydaje się, że teza wyrażona przez Sąd Najwyższy w komentowanym orzeczeniu byłaby zasadna jedynie w wypadku przyjęcia, że złożenie oświadczenia wiedzy w postaci sprostowania ma charakter ściśle osobisty i z tego względu nie może być dokonane przez pełnomocnika. Za taką tezą może, *prima facie*, przemawiać brzmienie art. 31a ust. 4 wymagającego wyraźnie podpisu nie kogokolwiek, lecz wnioskodawcy, oraz istota sprawozdania jako oświadczenia wiedzy, które ma za zadanie prezentować punkt widzenia osoby zainteresowanej. Ten drugi argument należy odrzucić już choćby z tego względu, że punkt widzenia mocodawcy może z powodzeniem przedstawić pełnomocnik, co ma niekwestionowane miejsce przykładowo w realiach postępowania cywilnego, gdzie nie wymaga się, aby oświadczenia procesowe czy twierdzenia dotyczące stanu faktycznego były formułowane bezwzględnie osobiście przez stronę, a nie przez pełnomocnika.

Aby odpowiedzieć na pytanie, czy ustawodawca, formułując treść art. 31a ust. 4 PrPras, chciał wyłączyć możliwość podpisania tekstu sprostowania przez pełnomocnika, należy spróbować odpowiedzieć na pytanie, dlaczego ustawodawca zdecydował się wprowadzić do tekstu ustawy sformułowanie, że sprostowanie powinno zawierać „podpis wnioskodawcy". Wspomniano już, że aktualny kształt normatywny instytucji sprostowania wynika z uregulowań wprowadzonych do polskiego porządku prawnego na mocy ustawy nowelizującej PrPras, która weszła w życie w 2012 r. no takiego formalnego wymogu dla sprostowania[29]. Z tego względu doszło do modyfikacji treści art. 31a ust. 4 PrPras, gdzie jednak nie użyto sformułowania „podpis", lecz „podpis wnioskodawcy"[30]. Analiza przebiegu posiedzenia komisji i dyskusji nad omawianą kwestią prowadzi do wniosku, że w żadnej mierze nie przyświecała autorom poprawki idea umożliwienia podpisania tekstu sprostowania wyłącznie przez osobę zainteresowaną (a nie przez jej pełnomocnika). Chodziło tu o zapewnienie spójności uregulowań. Z tego względu, jak się wydaje, zbyt duże znaczenie przypisuje Sąd Najwyższy różnicy w dosłownym brzmieniu przepisów dotyczących sprostowania w stanie prawnym sprzed i po nowelizacji, gdy pisze, że w wyniku nowelizacji przepisów o sprostowaniu dokonanej w 2012 r. doszło do istotnej zmiany stanu prawnego. Założeniem towarzyszącym projektodawcom ustawy nie było wprowadzanie w interesującym tu względzie

28 Zob. *Senacki projekt ustawy o zmianie ustawy – Prawo prasowe*, Sejm VII kadencji, druk sejmowy nr 463.

29 Zob. *Pełny zapis przebiegu posiedzenia Komisji Kultury i Środków Przekazu (nr 29) z dnia 12.7.2012 r.*, s. 19, http://orka.sejm.gov.pl/Zapisy7.nsf/0/C935F6B7A2F16672C1257A440049D7C9/$file/0076607.pdf (dostęp: 8.06.2018).

30 Sformułowanie to zostało zaproponowane przez legislatora Krzysztofa Karkowskiego i przyjęte przez Komisję bez jakiejkolwiek refleksji, zob. *Pełny zapis…*, dz. cyt., s. 34; następnie w toku procesu legislacyjnego treść art. 31a ust. 4 PrPras uległa jedynie zmianie o charakterze czysto redakcyjnym.

żadnej zasadniczej zmiany, a analiza przebiegu prac legislacyjnych nad tym projektem nie daje podstaw do wnioskowania, aby założenie to uległo zmianie.

Dodać przy tym należy, że absolutnie żadnego znaczenia dla rozpatrywanej kwestii nie mogą mieć reguły prawa autorskiego, wspomniane ubocznie przez przez Sąd Najwyższy zagadnienia dotyczące prawa autorskiego nie mają w istotnym dla rozstrzygnięcia badanego tu problemu zakresie żadnego znaczenia.

Zaprezentowane powyżej rozważania prowadzą do wniosku, że w aktualnym stanie prawnym nie ma konieczności, aby tekst sprostowania prasowego mu-

W aktualnym stanie prawnym nie ma konieczności, aby tekst sprostowania prasowego musiała własnoręcznie podpisać osoba zainteresowana. Wymóg taki byłby wysoce nieoperatywny, nieuzasadniony, w zasadzie niczemu niesłużący, kontrastujący z praktyką dokonywania tego rodzaju czynności, a przy tym nazbyt utrudniający obrót prawny oraz mógłby prowadzić do rozstrzygnięć niesprawiedliwych, wypaczających sens instytucji sprostowania.

Sąd Najwyższy. Przede wszystkim Sąd ten błędnie założył, że sprostowanie będzie zwykle nosić cechy utworu. Można pokusić się raczej o tezę przeciwną. Skoro sprostowanie ma być rzeczowe, odnosić się do faktów i ma wysoce ograniczoną objętość, to zasadniczo niełatwo będzie przypisać takiemu tekstowi cechę indywidualnego charakteru, odzwierciedlającego osobowość jego autora. Ponadto, gdyby uznać, że pod tekstem sprostowania musi podpisać się jego autor, konieczne byłoby przyjęcie, że nie tylko podpis, ale i cały tekst sprostowania autor ten musi sporządzić samodzielnie. Wreszcie żadna z reguł prawa autorskiego nie nakazuje autorowi podpisywać swojego utworu literackiego, a wręcz przeciwnie, autor może udostępniać utwór anonimowo (art. 16 PrAut). Nie ma żadnych argumentów przemawiających za tezą, w myśl której podpis po tekstem sprostowania miałby mieć funkcję wskazywania na autora tekstu sprostowania. Z tego względu powtórzyć należy, że wspominane siała własnoręcznie podpisać osoba zainteresowana[31]. Wymóg taki byłby wysoce nieoperatywny, nieuzasadniony, w zasadzie niczemu niesłużący, kontrastujący z praktyką dokonywania tego rodzaju czynności, a przy tym nazbyt utrudniający obrót prawny[32] oraz mógłby

31 Podobnie także: K. Drozdowicz (w:) M. Zaremba (red.), *Prawo prasowe. Komentarz*, Lex/el. 2018, kom. do art. 31a PrPras, nb 8; B. Kosmus (w:) B. Kosmus, G. Kuczyński (red.), *Prawo prasowe. Komentarz*, Legalis 2013, kom. do art. 31a PrPras, nb 52; *Wyrok SN z dnia 24 stycznia 2018 r.*, I CSK 221/17, Legalis; przeciwnie: E. Nowińska, *O sprostowaniu prasowym jeszcze słów kilka* (w:) J. Adamowski, T. Wallas, K. Kakareko (red.), *Między Klio a Themis. Księga dedykowana Profesorowi Jackowi Sobczakowi*, Poznań–Warszawa 2016, s. 717; *Wyrok SA w Warszawie z dnia 28czerwca 2017 r.*, I ACa 696/17, Legalis.

32 Wymóg ten prowadziłby przykładowo do sytuacji, w której pod tekstem sprostowania wystosowanego przez gminę musiałby się podpisywać każdorazowo wójt/burmistrz/prezydent miasta; podpis innego urzędnika byłby tu niewystarczający.

prowadzić do rozstrzygnięć niesprawiedliwych[33], wypaczających sens instytucji sprostowania. Z uwagi na krótkie terminy na złożenie wniosku o opublikowanie sprostowania oraz brak jakiejkolwiek obligatoryjnej procedury sanacyjnej (uzupełnienia takich „braków formalnych") osoba zainteresowana nie miałaby w zasadzie realnej możliwości poprawienia tego rodzaju „uchybienia", co prowadziłoby w istocie do utraty uprawnienia do żądania publikacji sprostowania, z przyczyn *stricte* formalnych (żeby nie powiedzieć formalistycznych).

Jeżeli natomiast rozumieć treść art. 31a ust. 4 PrPras w taki sposób, jak to przedstawił Sąd Najwyższy w glosowanym orzeczeniu, to abstrahując nawet od wątpliwej trafności argumentacji podanej przez SN na uzasadnienie swojego stanowiska, należy stanowczo postulować zmianę regulacji sprostowania prasowego w takim kierunku, aby podpisanie tekstu sprostowania przez należycie umocowanego przedstawiciela (w tym pełnomocnika) nie stało na przeszkodzie uwzględnieniu zasadnego żądania jego opublikowania, jako że wymóg osobistego, własnoręcznego podpisania takiego oświadczenia wiedzy przez osobę zainteresowaną, nie dość, że niejednokrotnie niewykonalny (np. przy ułomnych osobach prawnych nieposiadających organów), nie służy ochronie żadnych wartości, a jedynie stwarza niepotrzebne bariery dla korzystania z instytucji sprostowania. Taki kształt instytucji jest przy tym niespójny systemowo, prowadzi bowiem to uznania, że dana osoba przez pełnomocnika może dokonać nawet tak doniosłej czynności prawnej, jak zawarcie małżeństwa (zob. art. 6 § 1 KRO), ale podpisać tekstu sprostowania już nie, czego nie sposób ocenić pozytywnie.

33 Zagrożenie takie obrazuje dobrze choćby sytuacja opisana w stanie faktycznym glosowanego orzeczenia, gdzie nie było najmniejszych wątpliwości, że będąca wnioskodawcą spółka domagała się nakazania opublikowania sprostowania o treści podpisanej przez pełnomocnika, a mimo to doszło do oddalenia powództwa m.in. w wyniku uznania, że sprostowanie niepodpisane przez spółkę jest bezskuteczne.

Bibliografia

Dadańska K.A., *Działanie osoby prawnej*, Warszawa 2006.

Drozdowicz K. (w:) M. Zaremba (red.), *Prawo prasowe. Komentarz*, Lex/el. 2018.

Drozdowicz K., *Dochodzenie roszczeń o nakazanie opublikowania sprostowania prasowego*, Warszawa 2017.

Gniewek E. (w:) E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2017.

Grykiel J. (w:) M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny*, t. 1: *Komentarz. Art. 1–449[11]*, Warszawa 2016.

Kosmus B. (w:) B. Kosmus, G. Kuczyński (red.), *Prawo prasowe. Komentarz*, Legalis 2013.

Kosmus B., *Sprostowanie i odpowiedź prasowa*, Warszawa 2006.

Machnikowski P. (w:) E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2017.

Nowacki A., *Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością*, t. 1: *Komentarz. Art. 151–226 KSH*, Warszawa 2018.

Nowińska E., *O sprostowaniu prasowym jeszcze słów kilka* (w:) J. Adamowski, T. Wallas, K. Kakareko (red.), *Między Klio a Themis. Księga dedykowana Profesorowi Jackowi Sobczakowi*, Poznań–Warszawa 2016.

Radwański Z., Olejniczak A., *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2015.

Rzewuski M., *Podpis spadkodawcy na testamencie własnoręcznym*, Warszawa 2014.

Safjan M. (w:) K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny*, t. 1: *Komentarz. Art. 1–449[10]*, Warszawa 2018.

Sobczak J., *Dzieje prawa prasowego na ziemiach polskich*, Poznań 2009.

Sobczak J., *Prawo prasowe. Komentarz*, Warszawa 2008.

Sobolewski P. (w:) K. Osajda (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Legalis 2018.

Strugała R. (w:) E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2017.

Zaremba M., *Realizacja zasady „audiatur et altera pars" w polskim prawie prasowym*, „Monitor Prawniczy" 2009, nr 18, s. 992–1001.

Akty prawne

Ustawa z dnia 26 stycznia 1984 r. – Prawo prasowe, Dz.U. 1984, nr 5, poz. 24 z późn. zm.

Ustawa z dnia 10 lipca 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny, ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. 2015, poz. 1311.

Ustawa z dnia 14 września 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo prasowe, Dz.U. 2012, poz. 1136 z późn. zm.

Orzecznictwo

Wyrok SA w Warszawie z dnia 2 czerwca 2004 r., I ACa 1569/03, Legalis.

Wyrok SA w Warszawie z dnia 28czerwca 2017 r., I ACa 696/17, Legalis.
Wyrok SN z dnia 11 stycznia 2006 r., II CSK 62/05, Legalis.
Wyrok SN z dnia 17 listopada 2010 r., sygn. I CSK 75/10, Legalis.
Wyrok SN z dnia 17 listopada 2010 r., sygn. I CSK 75/10, Legalis.
Wyrok SN z dnia 21 lipca 2017 r., I CSK 11/17, Legalis.
Wyrok SN z dnia 24 stycznia 2018 r., I CSK 221/17, Legalis.
Wyrok SN z dnia 3 października 1991 r., I CR 866/90, Legalis.
Wyrok SN z dnia 6 maja 2009 r., II CSK 684/08, Legalis.

Inne

Pełny zapis przebiegu posiedzenia Komisji Kultury i Środków Przekazu (nr 29) z dnia 12.7.2012 r., s. 19, http://orka.sejm.gov.pl/Zapisy7.nsf/0/C935F6B7A2F16672C1257A440049D7C9/$file/0076607.pdf (dostęp: 8.06.2018).
Senacki projekt ustawy o zmianie ustawy – Prawo prasowe, Sejm VII kadencji, druk sejmowy nr 463.
Uzasadnienie rządowego projektu Ustawy o zmianie ustawy – Kodeks cywilny, ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw, Sejm VII kadencji, druk sejmowy nr 2678.