FORUM PRAWNICZE

NUMER 3 (5)
MAJ 2011

Spis treści

3 **WYWIAD**

Wojciech Dajczak
3 **Wywiad z Christianem von Barem**

9 **ARTYKUŁY**

Izabela Lewandowska-Malec
9 **Przepisy uchylające, reguły kolizyjne i klauzule niederogujące w prawie staropolskim**

Sławomir Żółtek
17 **Grzywna orzekana przy warunkowym zawieszeniu wykonania kary – rozważania na tle orzecznictwa Sądu Najwyższego**

Mateusz Irmiński
26 **Wystąpienie z Unii Europejskiej w świetle projektowanych zmian Konstytucji RP**

Ewa Kabza
44 **Precedensowy i prawotwórczy charakter orzeczeń Sądu Najwyższego**

Michał Kiełb
57 **Pewność prawa vs. nieokreśloność prawa**

69 **GLOSY**

Jarosław Sułkowski
69 **Glosa do wyroku NSA z 18 maja 2010 r., sygn. akt I OSK 166/10**

Wojciech Piątek
74 **Glosa do wyroku NSA z 17 marca 2010 r., sygn. akt II FSK 1825/08**

Katarzyna Kwapisińska
79 **Glosa do wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 5 października 2010 r., C-512/08**

87 **ORZECZNICTWO**

Krzysztof Kozłowski
87 **Przegląd orzecznictwa – prawo konstytucyjne**

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

Andrzej Skoczylas (red.), Małgorzata Grego, Wojciech Piątek
95 **Przegląd orzecznictwa – prawo administracyjne**

Katarzyna Pałka, Michał Kućka
99 **Przegląd orzecznictwa – prawo prywatne**

Zasady składania materiałów do „Forum Prawniczego”

Redakcja „Forum Prawniczego” przyjmuje następujące teksty:

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

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

3) **glosy** – powinny dotyczyć orzeczeń, które w istotny sposób rozwijają lub zmieniają dotychczasową linię orzecznictwa, a także orzeczeń podejmujących problemy dotychczas nie stanowiące 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: forumprawnicze@park.pl.

Teksty składane do redakcji podlegają wewnętrznej procedurze oceny, po zakończeniu której autor otrzymuje decyzję o przyjęciu albo odrzuceniu tekstu.

FORUM PRAWNICZE

Numer 3 (5) | Maj 2011
Dwumiesięcznik
ISSN: 2081-688X
Nakład: 400 egzemplarzy

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

ParkPrawo

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

ZESPÓŁ REDAKCYJNY
Redaktor naczelny: prof. Lech Morawski
Zastępca redaktora naczelnego: prof. Wojciech Dajczak
Sekretarz redakcji: dr Michał Królikowski
Zastępca sekretarza redakcji: mgr Krzysztof Szczucki
ks. prof. Franciszek Longchamps de Bérier
prof. Piotr Tuleja
dr Leszek Bosek
dr Marcin Romanowski
dr Adam Szafrański

OPRACOWANIE REDAKCYJNE
Korekta: Urszula Czerwińska
Skład: Editio, Pruszków, www.editio.eu
Koordynacja: Agnieszka Kaszok
Projekt graficzny: item:grafika
Redaktor graficzny: Igor Banaszewski
Przekład streszczeń: Anna Paszek

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

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

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

DRUK
WAREX, Lubicz
Druk ukończono w kwietniu 2011 r.

Wywiad z Christianem von Barem

Christian von Bar

*Urodził się 5 maja 1952 roku w Hanowerze. W roku 1987 utworzył w Osnabrück Instytut Międzynarodowego Prawa Prywatnego i Prawa Porównawczego. Kierował nim do czasu utworzenia w roku 2003, także w Osnabrück, Europejskiego Instytutu Studiów Prawniczych (European Legal Studies Institute). Od początku do chwili obecnej jest jego dyrektorem. W roku 1999 objął kierownictwo grupy badawczej przygotowującej europejski kodeks cywilny (Study Group on a European Civil Code). Od roku 2010 jest specjalnym doradcą Wiceprzewodniczącej Komisji Europejskiej i Komisarza ds. sprawiedliwości, wymiaru sprawiedliwości i obywatelstwa Viviane Reding. Studia prawnicze odbywał w latach 1970–1974 na uniwersytetach we Freiburgu, Kolonii i Getyndze. Na ostatnim z tych uniwersytetów uzyskał w roku 1976 stopień doktora, a trzy lata później doktora habilitowanego. Od roku 1981 kieruje Katedrą prawa cywilnego, europejskiego prawa prywatnego, międzynarodowego prawa prywatnego i komparatystyki prawniczej na uniwersytecie w Osnabrück. W bogatym i różnorodnym dorobku z badań dogmatyczno-prawnych Christiana von Bara wyróżnia się problematyka bezpodstawnego wzbogacenia i odpowiedzialności deliktowej. Od końca lat 80. prowadzi intensywną działalność organizatorską i naukową zorientowaną na stworzenie europejskiego prawa prywatnego w formie kodyfikacji. Wyrazem tej aktywności było kierowanie grupami badawczymi: europejskiego prawa czynów niedozwolonych (1992–1999); europejskiego prawa dotyczącego bezpodstawnego wzbogacenia i prowadzenia cudzych spraw bez zlecenia (od 1999 r.). W roku 1992 został członkiem kierowanej przez Ole Lando Komisji Europejskiego Prawa Umów (Commission on European Contract Law). Uznaniem i wsparciem tych prac było przyznanie Christianowi von Barowi w 1993 r. nagrody im. Gotfryda Wilhelma Leibniza. Od 2005 r. uczestniczy w pracach zespołu UNIDROIT ds. międzynarodowych umów handlowych oraz jest jednym z referentów utworzonej przez Komisję Europejską „sieci doskonałości", w ramach której powstał projekt Wspólnej Ramy Odniesienia (*Draft Common Frame of Reference, dalej: DCFR)*[1]. *Działalność Profesora von Bara stała się podstawą do przyznania mu doktoratów honorowych przez uniwersytety w Leuven (2003), Tartu (2007) Uppsali (2007) i Helsinkach (2010). Jest członkiem korespondencyjnym Akademii Brytyjskiej, Międzynarodowej Akademii Prawa Porównawczego w Hadze, Europejskiej Akademii Sztuki, Nauki i Humanistyki w Paryżu oraz Międzynarodowej Akademii Prawa Handlowego i Konsumenckiego w Teksasie. Należy do kilku niemieckich towarzystw naukowych.*

1 Zob.: W. Dajczak, *Niepokoje i szanse związane z ujednolicaniem prawa cywilnego*, „Forum Prawnicze" 2011, nr 3, s. 4 i n.

Wywiad z Christianem von Barem dla czasopisma „Forum Prawnicze" przeprowadzony w styczniu 2011 roku przez Wojciecha Dajczaka[2]

W.D. Szanowny Panie Profesorze, należy Pan do pionierów i wiodących uczestników prac zmierzających do stworzenia europejskiego kodeksu cywilnego. Kluczowe kwestie związane z urzeczywistnieniem tej idei przedstawił Pan także w trzech tekstach opublikowanych po polsku[3]. Już tytuły tych artykułów pokazują wyraźną tendencję ewolucji: od optymistycznej wiary w możliwość kodyfikacji cywilnej dla Europy do pragmatycznego naświetlenia politycznych ograniczeń oraz przeszkód urzeczywistnienia tej idei. Zgodny z tą tendencją był wyrażony w roku 2010 przez Parlament Europejski sprzeciw wobec pełnej harmonizacji prawa konsumenckiego w Unii Europejskiej. W tym kontekście, proszę pozwolić mi rozpocząć od pytania podstawowego. Co mówi – Pana zdaniem – doświadczenie politycznej dyskusji o europejskim kodeksie cywilnym na temat aktualności i realności tej idei?

Chr.v.B.: Myśl, aby stworzyć europejski kodeks cywilny, ma swój początek w rezolucji Parlamentu Europejskiego, od której minęło już ponad dwadzieścia lat. Wówczas, jak to się mówi w Niemczech, „wrzucono kamień do wody". Dokonano tego z nadzieją, że dzięki temu nastąpi „poruszenie wody". Faktycznie, od tego czasu wiele zostało uczynione – i w nauce, i w polityce. W dyskusji naukowej chodziło i nadal chodzi – moim zdaniem – o to, by także prawniczo znów pojmować Europę jako wspólną przestrzeń, jako obszar wolności, bezpieczeństwa i prawa. Dotyczy to także prawa prywatnego, które przecież powstało w Europie. Kierując się tą myślą stworzyliśmy projekt DCFR. Ma on pokazać, jak wiele nas łączy, jak dużo jest cech wspólnych w prawniczym myśleniu. W tym celu posłużyliśmy się szczególnym środkiem wyrazu, formą „quasi-kodyfikacji" opatrzonej odpowiednim komentarzem i wyczerpującymi wskazówkami dotyczącymi stanu prawnego państw członkowskich UE. Wymusza

> *Europejski kodeks cywilny rozumiany jako regulacja, która miałaby zastąpić istniejące kodyfikacje narodowe nie ma obecnie szans na realizację. Żywię jednakże nadzieję, że myśl o europejskim kodeksie cywilnym nie zniknie już nigdy z umysłów europejskich prawników.*

2 Prof. dr hab. Wojciech Dajczak, kierownik Katedry Prawa Rzymskiego i Historii Prawa Sądowego UAM w Poznaniu; członek Komitetu Kierującego w Associazione internazionale per la ricerca giuridica, storica e comparatistica (ARISTEC) w Rzymie; stypendysta Fundacji Aleksandra von Humboldta; specjalizuje się w prawie rzymskim oraz historii i komparatystyce prawa prywatnego.

3 *Prace nad projektem Europejskiego Kodeksu Cywilnego*, PiP 2000, s. 43–52; *Rozmowa z Christianem von Barem szefem Grupy Studyjnej ds. Europejskiego Kodeksu Cywilnego*, „Palestra" 2007, 7–8, s. 83–85; *Między projektem naukowym a politycznym kształtowaniem woli: funkcje i struktura Wspólnego Systemu Odniesienia*, KPP, 8 (2009), s. 357–370.

to taką precyzję prac prawno-porównawczych, jakiej wymaga się przy analizie obowiązującego w Europie prawa. Z politycznego punktu widzenia sprawy te wymagają jeszcze większej ostrożności. Europejski kodeks cywilny rozumiany jako regulacja, która miałaby zastąpić istniejące kodyfikacje narodowe nie ma obecnie szans na realizację. Żywię jednakże nadzieję, że myśl o europejskim kodeksie cywilnym nie zniknie już nigdy z umysłów europejskich prawników. Myśl ta jest jak punkt zbiegu linii w perspektywie malarskiej. Możemy więc krok po kroku tworzyć europejski porządek prawa prywatnego, aby zaoferować go ludziom jako dodatkowy środek kształtowania ich prywatnych spraw. Co więcej, uważam, że musimy to czynić. Tak zwany kryzys finansowy przyniósł Europie o wiele więcej trudności, niż zostało to dotychczas dostrzeżone w debacie publicznej. Musimy wzmacniać i podtrzymywać wspólną walutę – euro. Najlepszym ku temu środkiem jest usunięcie wielu jeszcze przeszkód dla rynku wewnętrznego. Życzymy sobie polskich usługodawców w Niemczech i niemieckich w Polsce. Każdy powinien robić to, co umie najlepiej, a nieważne jest gdzie.

W.D.: Wspomniany już stan europejskiej debaty o pełnej harmonizacji prawa umów nie oznacza oczywiście końca dyskusji na temat zbliżania systemów prawnych w tym zakresie. Powstaje jednak pytanie, według jakiego modelu osiągnięcie tego celu jest realne. Wiem, że jest Pan zwolennikiem urzeczywistnienia tej idei poprzez wprowadzenie tzw. instrumentu opcjonalnego[4]. Pomysł ten wprowadziła do dyskusji politycznej Komisja Europejska w Zielonej Księdze z 1 czerwca 2010 roku. Jak łączy Pan wybór tego modelu z opiniami o postępującym procesie dekodyfikacji?

Chr.v.B.: Wspomniany przez Pana proces dekodyfikacji dramatycznie wskazuje na to, że nasze narodowe kodeksy cywilne w pewnych częściach utraciły swoją siłę kształtowania obrotu prawnego. Są ku temu dwa powody. Pierwszy jest taki, że wiele z tych regulacji jest dzisiaj beznadziejnie przestarzałych, a niektóre wręcz stały się zabytkami muzealnymi. Nadto osłabiono je poprzez przypisanie kodeksom quasi-religijnej czci wynikającej z niedostrzegania ich związku z epoką, w której powstały i ahistorycznego tradycjonalizmu. Drugi powód sprowadza się natomiast do tego, że czysto narodowa nauka prawa nie jest już atrakcyjna, lecz stała się po prostu nudna. Model instrumentu opcjonalnego wychodzi naprzeciw obu tym powodom, tak dekodyfikacji, jak i nudzie.

> *Wspomniany przez Pana proces dekodyfikacji dramatycznie wskazuje na to, że nasze narodowe kodeksy cywilne w pewnych częściach utraciły swoją siłę kształtowania obrotu prawnego.*

W.D.: Dla praktycznego sukcesu instrumentu opcjonalnego decydujące będą wybory właściwego prawa, dokonywane przy zawieraniu umów między przedsiębiorcami i konsumentami z różnych krajów. W ramach krytyki idei instrumentu opcjonalnego, pojawiają się głosy, że pod względem treści system ten został zmonopolizowany przez DCFR[5]. Stąd też rodzi się pytanie, jakie przesłanki powinien – Pana zdaniem

4 W polskiej wersji językowej Opinii Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego w sprawie: „28. system – alternatywne rozwiązanie pozwalające na ograniczenie aktywności legislacyjnej Wspólnoty" z dnia 21 stycznia 2011 r. (2011/C 21/05) użyto zwrotu 'fakultatywny instrument' (niem. *optionales instrument*, ang. *optional instrument*).

5 Por.: *Wywiad z Reinhardem Zimmermannem*, „Forum Prawnicze" 2011, nr 3, s. 9 i n.

– spełniać dogmatyczny kształt instrumentu opcjonalnego, aby miał szanse na sukces w praktyce?

Chr.v.B.: Opozycja powstaje zawsze tam, gdzie próbuje się czegoś nowego. Jest to normalne. Wagę, jaką przywiązuje się do DCFR, wyjaśnić można tym, że dotychczas nikt nie przedstawił alternatywy dla tego projektu. Wszystkie głosy krytyki zbieramy w sporej już bazie danych (jest tam ponad 500 publikacji dotyczących DCFR, w tym wiele monografii). Materiały te chcemy opublikować jesienią. Każdy z zainteresowanych będzie mógł wyrobić sobie własne zdanie. Ostatecznie o losie instrumentu opcjonalnego zadecyduje jakość tekstu oraz rynek. Jestem pewny, że konsumenci i średni przedsiębiorcy w całej Europie będą z niego korzystać. Rozsądek ludzi pokona próżność niektórych obrażonych profesorów oraz pusty egoizm pewnych przedstawicieli środowiska prawniczego.

Ostatecznie o losie instrumentu opcjonalnego zadecyduje jakość tekstu oraz rynek.

W.D.: Instrument opcjonalny jest w debacie schematycznie określany jako 28. albo 2. system[6]. Jak ocenia Pan tę praktykę i związane z nią wątpliwości co do kwalifikacji instrumentu opcjonalnego?

Chr.v.B.: Sposób mówienia o 28. systemie nie jest fortunny. Nie chodzi bowiem o to, by utworzyć kolejny narodowy systemy prawny i poddać go regułom istniejących rozporządzeń dotyczących prawa międzynarodowego prywatnego. Chodzi raczej o to, aby dostarczyć coś samodzielnego i nowego – europejski porządek prawa prywatnego. Nie jest to także 2. system, bo on powinien stać się naszym wspólnym prawem. W konsekwencji, instrument opcjonalny powinien samodzielnie określać przesłanki swojego zastosowania.

W.D.: Przypuszczam, że dla wyboru instrumentu opcjonalnego jako prawa właściwego nie bez znaczenia może być zaufanie konsumenta do własnego narodowego systemu prawa. Co sądzi Pan o znaczeniu tego zaufania dla losów nowego systemu? W jakich sytuacjach i w jaki sposób narodowi prawodawcy mogliby – Pana zdaniem – ograniczyć zastosowanie instrumentu opcjonalnego?

Chr.v.B.: Według mojej oceny narodowy prawodawca nie może ograniczyć zastosowania systemu opcjonalnego. Nie ma bowiem na niego wpływu. Kto chciałby uzyskać wpływ na jego treść musi działać w ramach europejskiego procesu legislacyjnego oraz przy pomocy służących temu instrumentów konstytucyjnych. Jest pewne, że instrument opcjonalny będzie dawał wysoki standard ochrony. Nie ma żadnych podstaw dla twierdzeń, jakoby prawa konsumentów miały być w tym systemie osłabione. Wprost przeciwnie. Wszelkie inne wypowiedzi są budowaniem złej atmosfery wokół instrumentu opcjonalnego przez kręgi jego krytyków.

W.D.: W dyskusji o możliwych losach instrumentu opcjonalnego, tak jak wcześniejszych wypowiedziach poświęconych idei europejskiego kodeksu cywilnego, powraca myśl o konieczności uwzględnienia kulturowego, politycznego i ekonomicznego kontekstu jako przesłanki akceptacji prawa prywatnego. Proszę zatem na koniec o odpowiedź na pytanie: gdzie widzi Pan realne granice przebudowy narodowych struktur prawa prywatnego podejmowanej w ramach zbliżania systemów prawnych państw członkowskich Unii Europejskiej?

Chr.v.B.: Aspekt kulturowy jest ciągle przywoływany. Nie widzę jednak żadnego powiązania między

6 Określenie 28. system oznacza, że ma być to kolejny system prawa umów obok 27 narodowych porządków prawnych krajów członkowskich UE. Określenie 2. system wskazuje, że jest to drugi spośród systemów prawa umów możliwych do wyboru w ramach narodowego porządku prawnego.

kulturą narodową a kluczowymi obszarami prawa kontraktów (inaczej może być np. w prawie spadkowym). Prawo umów nie jest folklorem. Jeśli już chcemy w tym kontekście mówić o kulturze, to musimy wprowadzić nowe pojęcie. Chodzi o kulturę bycia we wspólnocie (*die Kultur der Gemeinschaftlichkeit*, ang. *the culture of communality*), jak to ujął w ostatnich tygodniach prezydent Barroso. Polega ona na gotowości do przyjmowania i dzielenia się wiedzą prawniczą krajów członkowskich. Polega ona na gotowości sięgnięcia do tej fantastycznej skarbnicy wiedzy w interesie wspólnej pomyślności. Trudności w ustalaniu brzmienia tekstu prawnego czy też specyfika różnych zagadnień prawnych nie są przeszkodami dla wspólnego rozwijania prawa. Przeszkodą dla tego procesu jest obawa o utratę intelektualnego i finansowego stanu posiadania. Strach jest jednak najgorszym doradcą jakiego można sobie wyobrazić. W naszej Unii, bardziej niż gdzie indziej, bezczynność może przerodzić w recesję. Potrzebujemy postępu. Potrzebujemy punktów, w których mógłby się on rozpocząć i dzięki którym będzie on widoczny. Gdzieś musimy zacząć i takim punktem jest teraz prawo umów. Rozwój nie ograniczy się jednak do tej problematyki.

> ***Gdzieś musimy zacząć i takim punktem jest teraz prawo umów. Rozwój nie ograniczy się jednak do tej problematyki.***

W.D.: Dziękuję bardzo za rozmowę.

Wybrane publikacje Christiana von Bara:

1. *Principles of European Law. Unjustified Enrichment*, Oxford 2010 (wspólnie z S. Swannem).
2. *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition*, (red. z E. Clive), Oxford 2010.
3. *Die Funktion des Gemeinsamen Referenzrahmens aus der Sicht der Verfasser des wissenschaftlichen Entwurfs* [w:] M. Schmidt-Kessel (red.), *Der Gemeinsame Referenzrahmen. Entstehung, Inhalte, Anwendung*, München 2009, s. 23–33.
4. *Ein Raum der Sicherheit, der Freiheit und des Rechts – Auch des Privatrechts?*, „Revista de Drept International Privat si Drept Privat Comparat" 2006 (2007), s. 39–58.
5. *The Interaction of Contract Law and Tort and Property Law in Europe*, München 2004 (wspólnie z U. Drobnigiem).
6. *Comparative Law of Obligations: Methodology and Epistomology* [w:] M. van Hoecke (red.), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Oxford 2004, s. 123–135.
7. *Internationales Privatrecht*, t. 1, *Allgemeine Lehren*, München 2003 (wspólnie z P. Mankowskim).
8. *From Principles to Codification: Prospects for European Private Law*, „The Columbia Journal of Euroepan Law" 2002, s. 379–388.
9. *Grundregeln des Europäischen Vertragrechts. Teile II und II Kommission für Europäisches Vertragrecht. Deutsche Ausgabe*, München 2002 (wspólnie z R. Zimmermannem).
10. *The Common European Law of Torts,* t. 2, *Damage and Damages, Liability for and without Personal Misconduct, Causality, and Defences*, Oxford 2000.
11. *A New Ius Commune Europeaum and the Importance of the Common Law* [w:] B. Markesinis (red.), *The Clifford Chance Millennium Lectures. The Coming Together of the Common Law and the Civil Law*, Oxford 2000.
12. *Islamic Law and its Reception by the Courts in the West*, (red.), Köln 1999.
13. *The Common European Law of Torts,* t. 1, *The Core Areas of Tort Law, its Approximation in Europe, and its Accomodation in the Legal System*, Oxford 1998.
14. *Deutsches Internationales Privatrecht im 16. und 17. Jahrhundert. Materialien, Übersetzungen,*

Anmerkungen, t. 1, Tübingen 1995 (wspólnie z H. P. Dopffelem).

15. *Der Einfluss des Verfassungsrechts auf die westeuropäischen Deliktenrechte* [w:] „Rabels Zeitschrift" 1995, 59, s. 203–228.
16. *Internationales Umwelthaftungsrecht*, t. 1 i 2, (red.), Köln 1995.
17. *Liability for Information and Opinions causing pure Economic Loss to third parties: A Comparision of English and German Case Law* [w:] B. Markesinis (red.), *The Gradual Convergence. Foreign Ideas, Foreign Influences, and English Law on the Eve of the 21st Century*, Oxford 1994, s. 98–127.
18. *Deliktrecht in Europa*, (red.), Köln 1993.
19. *Perspektiven des Internationalen Privatrecht nach dem Ende der Spaktung Europas*, (red.), Köln 1993.
20. *Personal Effects of Marriage* [w:] *International Encyclopedia of Comparative Law,* t. 3, *Private International Law* 1986, s. 48.
21. *Zur Bedeutung des Beweglichen Systems für die Dogmatik der Verkehrspflichten* [w:] F. Bydlinski i inni (red.), *Das Bewegliche System im geltenden und künftigen Recht*, Wien/New York 1986, s. 63–74.
22. *Richterliche Rechtspolitik im Haftungsrecht*, Tübingen 1981 (wspólnie z B. Markesinis).
23. *Das „Trennungsprinzip" und die Geschichte des Wandels der Haftpflichtversicherung*, „Archiv für die civilistische Praxis" 1981, 181, s. 289–327.
24. *Verkehrspflichten – Richterliche Gefahrsteuerungsgebote im deutschen Deliktsrecht*, Köln, Berlin, Bonn, München 1980.
25. *Die Entwicklung des südafrikanischen Zivilrechts, darstellt an Fragen des Haftungsrecht*, „Rabels Zeitschrift" 1978, 42, s. 87–115.
26. *Territorialität des Warenzeichens und Erschöpfung des Verbreitungsrechts im Gemeinsamen Markt*, Frankfurt am Main 1977.

Izabela Lewandowska-Malec

Przepisy uchylające, reguły kolizyjne i klauzule niederogujące w prawie staropolskim

Izabela Lewandowska-Malec

Absolwentka Wydziału Prawa i Administracji oraz Wydziału Historyczno-Filozoficznego Uniwersytetu Jagiellońskiego, doktor habilitowany nauk prawnych, adiunkt w Katedrze Historii Prawa Polskiego UJ, profesor nadzwyczajny Krakowskiej Akademii im. A. Frycza Modrzewskiego. Specjalizuje się w dziejach parlamentaryzmu staropolskiego oraz prawie samorządowym.

Repealing Provisions, Conflicts of Laws and Non-Derogatory Clauses in the Old Polish Law

The paper deals with one aspect of the law-creating technique, that is with the repealing provisions. The law of the old-time Poland basically did not provide for the derogatory clauses. Nor did it the law applying the derogatory rule: lex posterior derogat legi priori. *The old law was treated with the utmost respect since it has been considered to be the best law. As a result it was believed that the old law should not be subject to any changes. In rare cases the law provisions could be abolished when some exceptional situation required such change. It was therefore through such prism that the rule* lex specialis derogat legi generali *was interpreted. By exploiting the non-derogatory clause the men of the time emphasized that the previously applied law would continue in its binding force in the future. At present the non-derogatory provisions are not something provided for in the legal system.*

1. Uwagi wstępne

Współczesna technika legislacyjna wypracowała szereg sposobów w celu uniknięcia sprzeczności w przypadku istnienia więcej niż jednego aktu prawnego w danej materii. Stosuje się je, aby nie doszło do kolizji w procesie stosowania prawa. W pierwszej kolejności używa się klauzul derogacyjnych, mających charakter odrębnego przepisu o utracie mocy obowiązującej wcześniejszego aktu prawnego lub jego przepisu[1]. W razie ich braku stosuje się reguły kolizyjne. Znane są trzy

1 Por. § 14 ust. 2 załącznika do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej": *„Ustawa zawiera także przepisy (...) uchylające, jeżeli reguluje dziedzinę spraw uprzednio unormowaną przez inną ustawę"*, Dz.U. Nr 100, poz. 908.

podstawowe: *lex posterior derogat legi priori*, *lex specialis derogat legi generali*, *lex superior derogat legi inferiori*. Genezę większości reguł prawnych, będących obecnie w powszechnym użyciu, wywodzi się ze źródeł prawa rzymskiego (klasycznego i poklasycznego) wprost lub poprzez działalność jurystów średniowiecznych i nowożytnych, począwszy od glosatorów[2]. Zasady i reguły prawne[3] w postaci krótkich sentencji zostały zamieszczone w osobno zatytułowanej części Dygestów justyniańskich „*De diversis regulis iuris antiqui*". W kolejnych wiekach tendencja do formułowania paremii, będących w powszechnym użyciu, była kontynuowana. Wiele z nich recypowało prawo kanoniczne. Tym samym znane były również słuchaczom ówczesnych uczelni europejskich, nawet jeśli w niektórych wprost zakazano nauczania prawa rzymskiego[4]. Stykała się z nimi także polska młodzież szlachecka, studiująca w Akademii Krakowskiej, a następnie za granicą. Za przykład może posłużyć zdobywanie wykształcenia przez Mikołaja Zalaszowskiego, który w Rzymie odbył kilkuletnie studia prawnicze z zakresu prawa rzymskiego i kanonicznego. W rzymskiej Sapienzy i Collegium Romanum Polacy pobierali nauki od końca XVI wieku[5]. Wielu zasilało później szeregi prawników, praktykujących w ówczesnym wymiarze sprawiedliwości, niektórzy zaś prawo kształtowali, obejmując mandaty poselskie.

Zdaniem badaczy, pierwsza z zasad tu wymienionych jest oparta na sformułowaniu Modestyna, zawartym w Dygestach, które nie było tak jednoznaczne jak obecnie. Ów rzymski prawnik stwierdził bowiem, że nowa norma „więcej znaczy" (*plus valet*) niż dotychczasowa. Formułę stanowczą przyjął dopiero średniowieczny komentator[6]. Poszukując korzeni tej maksymy literatura odwołuje się również do Paulusa, który stwierdził: „*Sed et posteriores leges ad priores pertinet, nisi contrariae sint, idque multis argumentis probatur*"[7]. Sądzić należy, że pozostałe przywołane tu maksymy powstały jako wytwór średniowiecznej myśli prawniczej; dotyczą bowiem bardzo szczegółowych relacji pomiędzy normami prawnymi. Do nich należy *lex specialis*, sformułowana ostatecznie przez jurystów średniowiecznych[8].

Z pewnością nie może być mowy w okresie staropolskim o potrzebie rozwiązywania problemów pierwszeństwa normy wyższej w hierarchii źródeł praw ze względu na niewykształcenie zasady hierarchiczności norm prawnych[9]. Zauważalne są dopiero początki tej złożonej problematyki[10]. Szczególną zatem uwagę należy poświęcić dwóm pierwszym regułom. Nawet w obecnych czasach ich zastosowanie wywołuje wiele komplikacji w przypadku kolizji tych zasad, a więc gdy zachodzi konieczność wyboru pierwszeństwa jednej z nich. W doktrynie przeważa pogląd, iż *lex posterior generalis non derogat legi priori speciali*. Oznacza to, że reguła *lex specialis* ma pierwszeństwo przed zasadą *lex posteriori*; prawo szczególne wcześniejsze wyłącza prawo ogólne, nawet gdyby było późniejsze.

Przedmiotem niniejszych rozważań jest powyższy problem w ujęciu dawnego prawa polskiego. Prawo staropolskie wykształciło swoistą technikę legislacyjną. Nie poświęcano jej jednak dotąd w literaturze większej uwagi, a jeśli tak, to raczej w ujęciu zdecydowanie krytycznym. Już Władysław Konopczyński pisał, że „*Czyż można sobie pomyśleć coś bardziej zawikłanego, ciężkiego, coś niedołężniej zredagowanego, jak te wielopiętrowe teksty ustaw XVII i XVIII wieku? Motywacje przeplatają dyspozycye, dyspozycye wloką*

2 W. Wołodkiewicz, *Czy prawo rzymskie przestało istnieć?*, Kraków 2003, s. 171–172, 179.

3 O pojęciu maksym, reguł, definicji, zasad prawnych czy kanonów, zob. H. Kupiszewski, *Prawo rzymskie a współczesność*, Warszawa 1988, s. 113 i n., 131 i n.

4 A. Dębiński, *Kościół i prawo rzymskie*, Lublin 2008, s. 94–95, 124–125.

5 I. Malinowska, *Mikołaj Zalaszowski. Polski prawnik XVII stulecia na tle ówczesnej nauki prawa*, Kraków 1960, s. 31–32.

6 A. Kasprzak, J. Krzynówek, W. Wołodkiewicz, *Regulae iuris. Łacińskie inskrypcje na kolumnach Sądu Najwyższego Rzeczypospolitej Polskiej*, pod red. W. Wołodkiewicza, Warszawa 2001, s. 137–138.

7 A. Dębiński, *Kościół i prawo...*, s. 127, przyp. 396.

8 W. Bojarski, W. Dajczak, A. Sokala, *Verba iuris. Reguły i kazusy prawa rzymskiego*, Toruń 2007, s. 44.

9 Brak nadrzędności staropolskich ustaw nad innymi aktami zauważa S. Grodziski, *Sejm dawnej Rzeczypospolitej jako najwyższy organ ustawodawczy. Konstytucje sejmowe – pojęcie i próba systematyki*, CPH R. XXXV, 1983, z. 1, s. 172.

10 Zwolenniczką powolnego kształtowania się hierarchiczności norm prawnych jest autorka niniejszego artykułu, por. I. Lewandowska-Malec, *Sejm walny koronny Rzeczypospolitej Obojga Narodów i jego dorobek ustawodawczy (1587–1632)*, Kraków 2009, s. 261–263.

za sobą sankcye, wtrącone ograniczenia osłabiają na każdym kroku sens przepisów (...) pełno kazuistyki, kruczków, ustępstw i kompromisów, mało jasnej myżli i stanowczej woli (...)"[11]. Bardzo podobnego zdania jest Henryk Olszewski[12]. W. Uruszczak podsumował zagadnienie formy konstytucji jako mało istotnej dla współczesnych prawodawców. Badacz stwierdził, że szatę słowną ówczesnych uchwał sejmowych traktowano jako kwestię drugoplanową, do redakcji nie przywiązywano większej wagi[13]. Należy zatem rozstrzygnąć, czy w danym prawie występowała w ogóle technika prawodawcza w rozumieniu, jakie nadaje temu określeniu doktryna współczesna. Mianowicie, we współczesnym ujęciu technika prawodawcza to umiejętność sporządzania aktów prawnych w sposób prawidłowy, a zatem umożliwiający właściwą komunikację pomiędzy prawodawcą i adresatem norm prawnych. W innym rozumieniu jest to zespół

Lex specialis derogat legi generali.

reguł (dyrektyw) określających sposoby poprawnego konstruowania aktów normatywnych[14].

Drugie z wymienionych tutaj znaczeń nie znajduje zastosowania w czasach staropolskich. W istocie nie było wypracowanych żadnych jasnych reguł w tej kwestii, jednoznacznych i przejrzystych zasad nie da się ustalić. Pomimo pewnej dowolności, ówcześni legislatorzy posiadali istotne w tym zakresie umiejętności. Projekty uchwał były przygotowywane głównie przez marszałków poselskich, a posłowie legitymowali się niejednokrotnie dużym doświadczeniem prawniczym z racji pełnionych funkcji sędziowskich jak i wiedzy, zdobywanej dzięki lekturze tekstów prawnych, przyswajanych pamięciowo.

11 W. Konopczyński, *Liberum veto. Studyum porównawczo-historyczne*, Kraków 1918, s. 219.

12 H. Olszewski, *Sejm Rzeczypospolitej epoki oligarchii 1652–1763. Prawo – praktyka – programy*, Poznań 1966, s. 362–363.

13 W. Uruszczak, *Sejm walny koronny 1506–1540*, Kraków 1980, s. 186.

14 S. Wronkowska, M. Zieliński, *Komentarz do zasad techniki prawodawczej*, Warszawa 2004, s. 11.

Na sejmie w 1627 r. biskup kujawski Andrzej Lipski chwalił się, że „prawo na pamięć umiał"[15]. Marszałkowie, którzy zazwyczaj przygotowywali projekty uchwał (koncepty) byli niejednokrotnie wytrawnymi parlamentarzystami, pełniącymi wielokrotnie funkcje poselskie. Do takich należał niewątpliwie Jan Swoszowski, praktykujący na co dzień w wymiarze sprawiedliwości (jako pisarz, a następnie podkomorzy ziemi lwowskiej) – marszałek sejmu 1611 r., wcześniej poseł na 9 sejmach, czy Jakub Sobieski – marszałek izby poselskiej na sejmach w latach: 1623, 1626, 1628, 1632[16].

Monografie sejmów, przedstawiające niezwykle skrótowo dorobek ustawodawczy, nie poświęcały technice prawodawczej żadnej uwagi, jedynie w dużym skrócie autorzy tychże odnosili się do kwestii merytorycznych, zawartych w uchwałach sejmowych[17]. Tymczasem należy podkreślić, że sejmy wal-

ne każdorazowo formułowały w toku swej sprawnej działalności, trwającej od czasów panowania dwóch ostatnich Jagiellonów aż po kres rządów Wazów (ponad 150 lat), ogromną liczbę uchwał, znacznie przekraczającą 100-to na najbardziej owocnych. Ówcześni legislatorzy zdołali wypracować metody formułowania przepisów, choć dalekie były od jednoznacznych, systematycznych, generalnych reguł.

15 Biblioteka Jagiellońska rkps 102, k. 907–908.

16 J. Byliński, *Jan Swoszowski – wytrawny parlamentarzysta i prawnik z czasów Zygmunta III Wazy*, „Sobótka" R. 48, 1993, nr 2–3, s. 175–188; I. Lewandowska-Malec, *Pisarz ziemski lwowski Jan Swoszowski autorem projektu reformy ziemskiego procesu sądowego* [w:] *Wielokulturowość polskiego pogranicza. Ludzie – idee – prawo*, pod red. A. Lityńskiego i P. Fiedorczyka, Białystok 2003; A. Filipczak-Kocur, *Trzeci raz pod laską Jakuba Sobieskiego*, Opole 1981, „Zeszyty Naukowe Wyższej Szkoły Pedagogicznej w Opolu", Seria A, Historia XVIII.

17 Por. przykładowo T. Ciesielski, *Sejm brzeski 1653 r. Studium z dziejów Rzeczypospolitej w latach 1652–1653*, Toruń 2004, s. 229–236; L.A. Wierzbicki, *O zgodę w Rzeczypospolitej. Zjazd warszawski i sejm pacyfikacyjny 1673 roku*, Lublin 2005, s. 262–282.

Można jednak mówić o staropolskiej technice prawodawczej jako określonym sposobie konstruowania norm prawnych. Próbowano również likwidować sprzeczności wynikłe z tworzenia nowego prawa. Było to o tyle trudne, że szczególne znaczenie miało prawo *stare*, które traktowano jako niezmienne. Nie należy tego, w świetle ówczesnego rozumienia porządku prawnego, traktować jako anachronizm. Już antyczna (rzymska) koncepcja zakładała jego niezmienność[18].

2. *Znaczenie starego prawa i sposoby jego zmiany*

U źródeł prawa staropolskiego, przede wszystkim ziemskiego, leżał zwyczaj. Na jego bazie ukształtowane prawo zwyczajowe, z racji wielowiekowego używania ze świadomością potrzeby jego istnienia, uważano za najbardziej sprawiedliwe i mądre. Mówiono wówczas, że to jest *dobre prawo*. W ówczesnej doktrynie ukształtował się pogląd o przewadze dawnego prawa zwyczajowego nad nowym prawem stanowionym[19]. Co więcej, sądzono, że żaden ustawodawca nie powinien wkraczać na obszar regulacji zwyczajowej. Co najwyżej prawu stanowionemu pozostawiono możliwość potwierdzenia wcześniejszych norm zwyczajowych dotychczas nie objętych żadnymi normami prawnymi. Jedynym problemem wydawała się egzekucja prawa dawnego w sytuacji, gdy dotychczas go nie stosowano, nadużywano lub przekraczano.

Zmiany dawnego prawa były więc utrudnione. Jednak rozwój społeczny, polityczny, gospodarczy na wielu płaszczyznach wymuszał dokonywanie zmian w dotychczasowych regulacjach. Sposobem prowadzącym do tego celu było najczęściej przywracanie mocy obowiązującej dawnego prawa, przy okazji których dokonywano jego nowelizacji, ukrytych pod różnymi pojęciami. Reasumpcjom towarzyszyły więc *dokłady*, często potwierdzano dawne prawo dokonując jego *deklarowania*, połączonego ze zmianami, a nadto stosowano metodę nowelizacji w formie objaśniania (wykładni) lub poprawienia jej treści[20]. W przypadku nowelizacji *starego prawa* nie było, w świetle powyższego, możliwości formalnego uchylania prawa dotychczasowego w drodze przepisu uchylającego, co obecnie jest regułą[21].

W odniesieniu do stosunku prawa starszego do nowszego panowała zatem odmienna niż wywodzona z prawa rzymskiego reguła, którą możemy nazwać stosując tradycyjny zapis łaciński: *lex posterior non derogat legi priori*. Należy również zastanowić się nad ówczesnym znaczeniem określenia *lex specialis*.

3. *Zastosowanie reguły kolizyjnej* lex specialis derogat legi generali

Uznawano, że dawne prawo polskie było w zasadzie niezmienne, jednak z ważnych przyczyn ulegało poprawieniu. W sytuacjach nagłych czy koniecznych uchwalano ponadto prawa nowe, które wyłączały dotychczasowe jednorazowo. W takiej sytuacji czyniono dodatkowe zastrzeżenia o pozostawieniu w mocy dotychczasowych przepisów w przyszłości. O najciekawszych przykładach obrazujących to zjawisko oraz towarzyszących im klauzulach niederogujących będzie mowa poniżej.

Stosowanie reguły *lex specialis* było tym bardziej konieczne, jeśli do kompetencji sejmu należały sprawy zarządu państwem i jego skarbem, które obecnie należą do sfery administracyjnej[22]. Ówczesne prawodawstwo sejmowe nie przewidywało regulacji, które oddawałyby te sprawy do kompetencji króla i jego urzędników. Wręcz przeciwnie, uważano, że skoro dana materia została uregulowana na drodze uchwały sejmowej, to tylko sejm może w tym samym trybie (konstytucji) uregulować je odmiennie, choćby była to kwestia mająca charakter indywidualny. Tak rozstrzygano prośby o zwolnienie od świadczeń publicznych. W szczególności adresatami uchwał sejmowych były miasta zniszczone w wyniku

18 A. Kasprzak, J. Krzynówek, W. Wołodkiewicz, *Regulae iuris*, s. 137.

19 Por. K. Grzybowski, *Teoria reprezentacji w Polsce epoki Odrodzenia*, Warszawa 1959, s. 240–241, także H. Olszewski, *Sejm Rzeczypospolitej*…, s. 374–376.

20 I. Lewandowska-Malec, *Sejm walny*..., s. 568.

21 Por. G. Wierczyński, *Redagowanie i ogłaszanie aktów normatywnych. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 508–509.

22 S. Ochmann-Staniszewska, Z. Staniszewski, *Sejm Rzeczypospolitej za panowania Jana Kazimierza. Prawo – doktryna – praktyka*, t. II, Wrocław 2000, s. 248–250, „Acta Universitatis Wratislaviensis" No 2258, Historia CXLVII.

pożaru, działań wojennych czy morowego powietrza[23]. W kontekście tych przykładów można uznać, iż stosowano zasadę *lex specialis derogat legi generali*. Pojmowano jednak wówczas ową *lex specialis* jako prawo okolicznościowe, oparte na wyjątku, pojedynczym wypadku, który ze względów rozumowych należy zastosować. Rolę odgrywał więc czynnik czasu. Było to więc prawo jednorazowe, nie zaś szczegółowe w rozumieniu podejmowanej w nim materii.

4. *Kolizja* lex specialis *i* lex posterior

Podobnie jak współcześnie, także staropolscy legislatorzy zmagali się z problemem kolizji między *lex specialis* a *lex posterior*. Na sejmie elekcyjnym w 1648 r. w związku z tym wywiązała się gorąca dyskusja. Chodziło o projekt jednego z postanowień paktów konwentów, tyczącego się religii greckiej. Punkt w tym przedmiocie został wypracowany przez powołaną dnia poprzedniego deputację i był tożsamy z uchwałą sejmu konwokacyjnego[24]. Część posłów zaoponowała przeciwko treści tego postanowienia, twierdząc, że w istocie uchyla uchwałę sejmu z 1641 r. o władyctwie przemyskim[25]. Najprawdopodobniej chodziło o fragment aktu konfederacji generalnej warszawskiej (konwokacji), uchwalonej 16 lipca 1648 r., wyliczający *katedry, metropolie, władyctwa, archimandrye, monastery, cerkwie, bractwa, szpitale, drukarnie*, które należały do dysunitów[26]. Tymczasem w 1641 r. uchwalono wspomnianą wyżej uchwałę, oddającą władyctwo przemyskie w ręce unitów. Powstał więc problem mocy obowiązującej konstytucji z 1641 r. Gdyby uznać przepisy z tegoż roku za szczególne względem późniejszych ogólniejszych, wówczas byłyby one wiążące. Tego zdania byli przykładowo: kasztelan wiski Wojciech Przedwojeński, podkomorzy sanocki Jan Adam Stadnicki, sędzia ciechanowski Balcer Sarbiewski. Ich interpretacja odpowiada dzisiejszej regule *lex posterior generalis non derogat legi priori speciali*[27]. Jednak przeciwnego zdania byli wojewodowie: bracławski Adam Kisiel, miński Aleksander Ogiński i kasztelan nowogrodzki Bogdan Stetkiewicz. Ich zdaniem „*(...) na Konwokacyej stanęła posteriori lex, a stanęła generalna, zaczem species nie może derogare generalitati*"[28]. Rozbieżność zdań spowodowała kłótnię do wieczora bez żadnej konkluzji. Debata przeniosła się na następne posiedzenie, 12 listopada. Przeważał jednak pogląd wyrażany przez pisarza ziemi bielskiej Krzysztofa Zielskiego o niedopuszczalności uchylenia mocy obowiązującej ustawy szczególnej przez późniejszą o charakterze ogólnym. W tym duchu także wypowiedział się kanclerz wielki litewski Albrecht Stanisław Radziwiłł[29].

> *Lex specialis non derogat legi generali?*

5. *Przepisy uchylające*

Postanowienia uchylające, inaczej niż współcześnie, miały najczęściej charakter przepisów merytorycznych, stanowiących sedno uchwały. Obecnie pełnią one funkcję przepisów końcowych[30].

Uchylanie przepisów wcześniejszych wprost nie było z powodów podnoszonych wyżej zbyt częste. *Anihilowanie*, *abrogowanie* odbywało się mocą odrębnie uchwalanych konstytucji.

Najbardziej znanym przypadkiem z czasów panowania Zygmunta III Wazy było uchylenie szeregu konstytucji sejmu 1590 r. Poszło o sprawę pogłównego – podatku, który miał obciążać każdą „głowę" szlachecką.

23 I. Lewandowska-Malec, *Sejm walny...*, s. 383–384.

24 J. Michałowski, *Księga pamiętnicza*, Kraków 1864, s. 309–310.

25 W rzeczywistości konstytucja pkt. 9 nosiła tytuł: *Restytucya Urodzonego Sylwestra Hulewicza*, Volumina Legum (dalej; VL), t. IV, wydał J. Ohryzko, Petersburg 1859, s. 9.

26 VL IV, s. 75.

27 J. Michałowski, *Księga pamiętnicza...*, s. 310.

28 Tamże, s. 310.

29 Tamże, s. 311.

30 § 15 rozporządzenia, por. S. Wronkowska, M. Zieliński, *Komentarz...*, s. 54.

Wprowadzenie takiego powszechnego opodatkowania było dla szlachty nie do przyjęcia. Na kolejnym sejmie uchylono, czyli *zniesiono*, nie tylko tę, ale także inne uchwały sejmu poprzedniego[31]. Za rządów Jana Kazimierza doszło do uchylenia wszystkich uchwał sejmu 1658 r. Mianowicie, dwukrotny druk uchwał sejmowych zawierał rażące błędy i przeinaczenia, dlatego mocą konstytucji następnego sejmu (1659 r.) uchylono dotychczasowe wersje uchwał, przygotowując nową, zaakceptowaną przez stany sejmujące. To zdarzenie kompromitowało ówczesne procedury legislacyjne. Prawdopodobnie według domysłów wyrażanych w literaturze, powodem był fakt, że w jednej z konstytucji tego sejmu postanowiono o wypędzeniu arian[32]. Warto wspomnieć, że z upływem dziesięcioleci wieku XVII coraz częściej pojawiały się postulaty uchylania całego dorobku danego sejmu, a przynajmniej jego poszczególnych uchwał[33].

Zdarzało się, że przepis uchylający miał ogólnikowy charakter, czego obecnie się unika[34]. Gdy na sejmie w 1596 r. zdecydowano się ustalić jeden termin odbywania sądów brzeskich i inowrocławskich uchylono wcześniejsze postanowienia w tym przedmiocie ogólnikowym stwierdzeniem: „*wszystkie konstytucye (...) uczynione abrogujemy*"[35].

6. Uchylanie domyślne

Nieprecyzyjne, choć używane we współczesnej literaturze, określenie „uchylenie domyślne" jest traktowane jako rażący błąd w zakresie techniki uchylania przepisów. Sprowadza się do braku jakichkolwiek przepisów uchylających[36]. W czasach staropolskich uchylanie domyślne było stosowane, co wywoływało wiele nieporozumień. Zdawano sobie z tego sprawę, skoro w jednej z uchwał sejmu 1596 r. znalazło się takie oto spostrzeżenie: „*(...) różne konstytucye, różne rozumienia w ludziach mnożą (...)*"[37]. Nagminnie stosowano tę praktykę w odniesieniu do uchwał dotyczących organizacji sądownictwa, ale nie tylko. Gdy w 1623 r. sejm uchwalił przepisy o postępowaniu przeciwko konfederatom na okres do zwołania kolejnego sejmu, zaznaczono ponadto wyraźnie, że jeśli nie dojdzie do ich reasumpcji, tym samym (*eo ipso*) oznacza to uchylenie tych przepisów[38].

7. Stosowanie klauzul niederogujących

We współczesnej technice legislacyjnej są znane przepisy derogacyjne. Inaczej postępowano w czasach dawnych. Nie uchylano zazwyczaj innego aktu (przepisu) prawnego jako dawniejszego, i z tej racji otoczonego szczególnym szacunkiem.

To podejście jest wyraźnie zauważalne w odniesieniu do uchwał o zwoływaniu sejmów nadzwyczajnych. Ówcześni mieli pełną świadomość obowiązywania przepisu Artykułów henrykowskich następującej treści: „*Seym Walny Koronny, we dwie lecie najdalej ma bydź składan, a gdzieżby tego była pilna a gwałtowna potrzeba Rzeczyposp: tedy za radą Panów Rad obojga Państwa, iako czas i potrzeba Rzeczyposp: przynosić będzie, powinni go składać będziemy. A dłużey go dzierżeć nie mamy, nadaley do sześci niedziel (...)*" w połączeniu z konstytucją sejmu 1590–91, ustanawiającą wykładnię czasu trwania zjazdu sejmowego: „*Iż to do wątpliwości przychodzi u ludzi, iako się Seym kończyć ma, tedy konstytucje o tym uczynione tak deklarujemy; iż zaczęcie Seymu poczynać się ma od dnia w liściech Sejmowych naznaczonego, a kończyć się ma dnia tegoż w sześci niedziel (...)*"[39]. Tymczasem z powodu komplikacji stosunków międzynarodowych Rzeczypospolitej powstała potrzeba zwoływania sejmów nadzwyczajnych, trwających 2–3 tygodnie. Tego dotychczasowe prawo nie przewidywało. Skrócenie dwóch pierwszych sejmów nadzwyczajnych (1613–II i 1621) nastąpiło ostatecznie za zgodą sejmujących. Później radzono sobie w inny sposób, mianowicie podejmowano specjalną uchwałę na poprzednim sejmie ordynaryjnym. Za wzór służyła konstytucja sejmu 1595 r., przyjęta w Krakowie[40]. Szlachta uznawała tego rodzaju sejmy

31 1591, pkt 23, *Zniesienie niektórych konstytucyi Seymu przeszłego*, VL II, s. 332.

32 S. Ochmann-Staniszewska, Z. Staniszewski, *Sejm Rzeczypospolitej...*, t. II, s. 270.

33 I. Lewandowska-Malec, *Sejm walny...*, s. 569–570.

34 § 39 ust. 3 rozporządzenia.

35 1596, pkt 10, *Roki Ziemskie Województw, Brzeskiego, Inowrocławskiego*, VL II, s. 365.

36 S. Wronkowska, M. Zieliński, *Komentarz...*, s. 102.

37 1596, pkt 10, VL II, s. 365.

38 VL III, s. 217.

39 1576, pkt 7, VL II, s. 151, 1590–91, pkt 15, *O Seymie*, tamże, s. 331.

40 1595, VL II, s. 354–355.

za swoiste „zło konieczne”[41]. W obawie jednak przed utrwaleniem się tej praktyki zaznaczano w tekście uchwały sejmowej, dotyczącej zwołania sejmu nadzwyczajnego, że jest to wypadek wyjątkowy, który nie uchyla prawa obowiązującego. Stosowano zatem klauzule, które możemy nazwać niederogującymi[42]. Po utrwaleniu reguły *lex specialis non derogat in posterum legi priori generali* przy okazji zwoływania kolejnych sejmów ekstraordynaryjnych już jej nie powtarzano aż do śmierci Zygmunta III Wazy[43]. Początek panowania jego następcy zaowocował przypomnieniem tej zasady, a mianowicie na sejmie 1634 r. zawarto klauzulę *„(…) aby to prawom, y zwyczaiom dawnym, o składaniu Sejmów, na potem nie szkodziło”*[44]. Postanowienia o zwołaniu kolejnych sejmów nadzwyczajnych nie zawierały tej reguły, aż po rok 1637 i 1638, gdy zakazano zwoływania tego rodzaju sejmów[45]. Na nic się to jednak zdało, gdyż już drugi z wymienionych sejmów przewidział zwołanie kolejnego sejmu jako nadzwyczajnego, z zastrzeżeniem o pozostawaniu konstytucji sejmu 1637 r. w mocy[46]. W przepisach uchwalonych przez kolejne sejmy nie znajdujemy wzmianki w interesującej nas kwestii. Zmiana nastąpiła w latach 1652, 1653 i 1655, gdy skrócenie sejmu zostało potraktowane jako wyjątkowe, przy pozostawaniu nadal w mocy *prawa pospolitego o seymach*[47].

8. Uwagi końcowe

Niniejszy artykuł stanowi przyczynek do dziejów staropolskiej kultury prawnej. Świadczy o bogactwie tej tematyki, zważywszy na fakt, że sejm walny prowadził w okresie XVI i XVII wieku niezwykle aktywną działalność ustawodawczą. Prawodawcami byli posłowie, spierający się o treść i wzajemne relacje pomiędzy dawniejszymi i późniejszymi uchwałami sejmowymi. Na tym tle pojawiało się niebezpieczeństwo uchwalania przepisów sprzecznych, a nadto rodziły się problemy w procesie formułowania przepisów, także w obrębie stosowanej wówczas techniki ustawodawczej.

Zagadnienie przepisów uchylających stanowiło istotną trudność dla ówczesnych prawodawców.

> *Lex specialis non derogat in posterum legi priori generali.*

Uchylanie przepisów dawniejszych z racji szacunku dla dawnego, dobrego prawa praktycznie nie było co do zasady możliwe. Ewentualnie dopuszczano ich reasumpcję, korektę, wykładnię wraz z nowelizacją. Jednak różne nieprzewidziane sytuacje wymuszały czasem chwilową rezygnację z dotychczasowego prawa. Tak było wówczas, gdy sejm stawał wobec potrzeby umorzenia powszechnie obowiązującego podatku, przeznaczenia z dochodów publicznych określonej kwoty na inne cele niż zapisano w prawie (wynagrodzenie *bene meritos*). Fakt, że indywidualne decyzje, głównie w sprawach skarbowych, leżały w kompetencji sejmu, można wytłumaczyć właśnie stosowaniem reguły *lex specialis derogat legi generali*. Jednak nie tylko w takich przypadkach zdarzały się wyjątki.

41 I. Lewandowska-Malec, *Sejm walny…*, s. 52.

42 Por. 1595: *„Tako we wszystkim jednak złożenie Seymu dla potrzeby Rzpltey pro hac una vice iest pozwolone, a napotym według zwyczaiów y praw w składaniu Sejmów zachować się mamy”*, VL II, s. 355; 1620: *„Warując to jednak napotym, że ten teraźniejszy postępek, dawnemu prawu y zwyczaiom, nic nie ma derogować”*, VL III, s. 176; 1621: *„ (…) to na potym prawu y zwyczaiom dawnym, o składaniu Sejmów, szkodzić nie ma”*, tamże, s. 198.

43 Por. 1626–II, VL III, s. 237, 1628, tamże, s. 276, 1629–II, tamże, s. 310.

44 1634, VL III, s. 394.

45 VL III, s. 433, 438.

46 1638: *„(…) nie derogując konstytucji anni 1637 o seymach”*, VL III, s. 439.

47 Por. 1652–II *„(…) takowe iednak skrócenie prawu pospolitemu o seymach, nic in posterum derogować nie ma”*, VL IV, s. 165, także: *„(…) nic w tym nie derogując prawu o Seymach ordynaryjnych uchwalonemu”*, tamże, s. 169; 1655: *„(…) aczby skrócenie Seymu tego, prawom o Seymach sześćniedzielnych uchwalonym nie derogowało”*, tamże, s. 221.

Przykładem sytuacji szczególnych było zwoływanie sejmów nadzwyczajnych na okres 2–3 tygodni. Nie mieściły się w ramach powszechnie obowiązującego prawa pospolitego, jakim były Artykuły henrykowskie, zyskujące coraz większe znaczenie; z tego tytułu można dopatrywać się początków nadrzędności tego prawa ustrojowego nad innymi, „zwykłymi" uchwałami sejmowymi. Wówczas wyjątkowo dopuszczano odmienną regulację, zastrzegając się, że prawo dotychczasowe nadal obowiązuje. Podkreślano to specjalną klauzulą niederogującą. Powstaje pytanie czy reguła, znana nam dzisiaj jako *lex specialis derogat legi generali* była wówczas znana? Z debaty na sejmie 1648 r. wynikać mogą dwa wnioski: albo była znana (padają tam określenia: *lex specialis*, *lex generalis*, *lex posterior*), albo wręcz przeciwnie, posłowie próbują rozstrzygnąć „na własną rękę" powstały problem w drodze interpretacji. Treść debaty przemawia za pierwszym rozwiązaniem. To oznaczałoby, że reguła ta była znana w XVII w., a wątpliwości posłów były wywołane powiązaniem *lex specialis* z klauzulą niederogującą; ta powodowała zmianę treści reguły kolizyjnej: *lex specialis non derogat legi generali*.

Z powyższych rozważań wynika, że ówcześni mieli problem z wyborem pierwszeństwa przepisów w wypadku zaistnienia kolizji między nimi. Można sądzić, że powodem tych trudności było inne rozumienie pojęć *lex specialis* i *lex generalis*. *Lex specialis* to prawo jednorazowe, stosowane jako wyjątek od reguły, konieczne w danym momencie na zasadzie *vis maior*, ale także prawo o mniejszym znaczeniu niż *lex generalis*, które postrzegano jako prawo ważniejsze. W tym kontekście dostrzec można próbę zhierarchizowania norm prawnych, aczkolwiek prymitywną. Ta konstrukcja prowadzi do wytworzenia pojęcia praw kardynalnych (niezmiennych, stałych), z którymi inne, zwyczajne normy muszą być bezwzględnie zgodne.

Sławomir Żółtek

Grzywna orzekana przy warunkowym zawieszeniu wykonania kary – rozważania na tle orzecznictwa Sądu Najwyższego

Sławomir Żółtek

Doktor nauk prawnych (2008), adiunkt w Katedrze Prawa Karnego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego. Członek Biura Studiów i Analiz Sądu Najwyższego.

A fine imposed in case of a conditional suspension of sentence – a reflection on the background of the Supreme Court's rulings

The present study is dedicated to Article 71 § 1 of the Criminal Code which says: "When suspending execution of sentence of imprisonment, the court may order a fine of up to 270 daily rates, if its imposition on a different basis is not possible; when suspending the penalty of restriction of liberty, the court may order a fine of up to 135 daily rates". The aim is to clarify the problems which appear while analyzing the condition: "if its imposition on a different basis is not possible". The above issues have been discussed with reference to the particular judicial decisions of the Polish Supreme Court.

I. Intencją autora niniejszego artykułu jest zwrócenie uwagi na kwestię prawidłowego rozumienia i stosowania początkowego fragmentu art. 71 § 1 k.k. (do średnika), stanowiącego, że „zawieszając wykonanie kary pozbawienia wolności, sąd może orzec grzywnę w wysokości do 270 stawek dziennych, jeżeli jej wymierzenie na innej podstawie nie jest możliwe". Zarazem wskazać należy na pewien dyskomfort, który przedsiębranemu zadaniu towarzyszy, a wynikający z faktu bardzo celnego wyłożenia podnoszonego zagadnienia z jednej strony przez Sąd Najwyższy (zob. m.in. postanowienie SN z 17 maja 2000 r., I KZP 12/00, OSNKW 2000/5–6, poz. 44), z drugiej przez J. Majewskiego,

w glosie do wzmiankowanego orzeczenia[1]. Jednakże od pewnego czasu w orzecznictwie sądów powszechnych dostrzec można powrót problematycznych kwestii wiążących się z zastosowaniem art. 71 § 1 k.k., co w dużej mierze wynika z dość niefortunnych wypowiedzi Sądu Najwyższego w nowszych judykatach (o czym poniżej). Jak się zatem wydaje, uprawnione jest powtórne sięgnięcie do tytułowej tematyki, ze szczególnym zwróceniem uwagi na zastosowanie art. 71 § 1 k.k. w przypadku orzekania warunkowego zawieszania wykonania kary jednostkowej pozbawienia wolności oraz w przypadku warunkowego zawieszania kary łącznej pozbawienia wolności lub ograniczenia wolności (orzeczonej wyrokiem łącznym). Zasadnie zarazem będzie wykazać ewolucję podejmowanych zagadnień w orzecznictwie SN.

Pierwszy z podniesionych problemów celnie został ujęty w pytaniu prawnym Sądu Okręgowego w W., będącego podstawą postanowienia SN z 17 maja 2000 r., I KZP 12/00, a które brzmi: „Czy wymierzając karę z warunkowym zawieszeniem jej wykonania, inną niż grzywna, sąd może wymierzyć oskarżonemu nadto karę grzywny na podstawie art. 71 § 1 k.k. w wypadku, gdy kara grzywny jest przewidziana jako kara alternatywna w ramach ustawowego zagrożenia za ten typ przestępstwa, którego popełnienie sąd przypisuje oskarżonemu, przy czym sprawca nie dopuścił się tego czynu w celu osiągnięcia korzyści majątkowej ani takiej korzyści nie osiągnął?".

Istota wskazanego pytania polega na interpretacji przesłanki orzekania grzywny zawartej w art. 71 § 1 k.k., tj. „jeżeli jej wymierzenie na innej podstawie nie jest możliwe". Bezspornym jest, że grzywny tej nie można orzec jeżeli sprawca dopuścił się czynu w celu osiągnięcia korzyści majątkowej (w takim przypadku grzywna może być fakultatywnie orzeczona na podstawie art. 33 § 2 k.k.). Nie ma również wątpliwości, że grzywny na podstawie art. 71 § 1 k.k. orzec nie można jeżeli w ustawowym zagrożeniu przewidzianym dla danego typu przestępstwa występuje sankcja kumulatywna, tj. kara pozbawienia wolności i grzywna (w takim przypadku zachodzi bowiem konieczność orzeczenia obu kar), ewentualnie zaistnieje inna podstawa do orzeczenia grzywny (np. art. 289 § 4 k.k.). Wątpliwość pojawia się jednak przy sankcji alternatywnej, w której oprócz kary pozbawienia wolności (ewentualnie ograniczenia wolności) przewidziano grzywnę. W takiej sytuacji orzeczenie jednej kary wyklucza orzeczenie drugiej. Problem jest doniosły, ponieważ sądy bardzo często decydując się na warunkowe zawieszenie wykonania kary pozbawienia wolności, chcą zadać sprawcy skonkretyzowaną dolegliwość w postaci kary grzywny, np. w przypadku przestępstwa przewidzianego w art. 178a § 1 k.k. (prowadzenie pojazdu w stanie nietrzeźwości). Z powodu alternatywnego określenia sankcji we wskazanym przepisie wykluczone jest orzeczenie na jego podstawie grzywny (z założenia, z uprzednio orzeczoną karą pozbawienia wolności), co powoduje, że sądy sięgają po podstawę przewidzianą w art. 71 § 1 k.k.

> *Od pewnego czasu w orzecznictwie dostrzec można powrót problematycznych kwestii wiążących się z zastosowaniem art. 71 § 1 k.k.*

Poprawność takiego procedowania zależna jest od rozumienia przytoczonej z początku przesłanki. Teoretycznie bowiem była możliwość orzeczenia grzywny wynikająca prosto z sankcji (była więc inna podstawa), ale wykluczała ona orzeczenie kary pozbawienia wolności z warunkowym jej zawieszeniem. Drugie rozumowanie polega na przesunięciu czasowym oceny występowania „podstawy do wymierzenia grzywny" na etap przypadający po wymierzeniu kary pozbawienia wolności (co oczywiste

1 J. Majewski, *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 17 maja 2000 r.*, OSP 2001, nr 2, s. 95.

przy zakładanym braku możliwości orzeczenia grzywny na podstawie art. 33 § 2 k.k. czy art. 289 § 4 k.k.). Przy takim założeniu, możliwym i poprawnym byłoby w przedstawionym przykładzie orzeczenie grzywny na postawie art. 71 § 1 k.k.

II. Zauważyć należy, że podniesiony problem występował już na gruncie Kodeksu karnego z 1969 r., który w art. 75 § 1 posługiwał się przesłanką „chociażby jej wymierzenie na innej podstawie nie było przewidziane". Jak się podkreśla, przesłanka ta jest tożsama z obecnie ujętą w art. 71 § 1 k.k. (tak postanowienie SN z 17 maja 2000 r., I KZP 12/00)[2].

Śledząc orzeczenia dotyczące art. 75 § 1 k.k. z 1969 r. wyraźnie widać dwoistość poglądów odnośnie do analizowanej kwestii. Historycznie najwcześniejsze były judykaty, w których nie dopuszczono do orzekania grzywny obok warunkowo zawieszonej kary pozbawienia wolności, jeżeli w sankcji występowało alternatywne zagrożenie grzywną. Stanowisko takie zajęto w uchwale SN z 20 sierpnia 1970 r.,VI KZP 34/70, OSNKW 1970, z. 11, poz. 140, w której stwierdzono, że: „Sąd może orzec grzywnę na podstawie art. 75 § 1 k.k. tylko wtedy, gdy jej wymierzenie na innej podstawie nie jest przewidziane". W uzasadnieniu argumentowano zaś, że kara grzywny orzekana na podstawie art. 75 § 1 k.k. z 1969 r., nie ma racji bytu, jeżeli została przewidziana w innym przepisie prawnym, zwłaszcza gdy przepis ten przewiduje obligatoryjne lub fakultatywne wymierzenie grzywny obok kary pozbawienia wolności. U podstaw takiego twierdzenia legło poniekąd słuszne założenie, że kodeks karny nie przewiduje możliwości skazania sprawcy jednego przestępstwa dwukrotnie na karę tego samego rodzaju[3]. Podobne stanowisko zaprezentowano w uchwale SN z dnia 16 stycznia 1976 r., VI KZP 38/75, OSNKW 1976, z. 3, poz. 4, zaznaczając, że zawieszając warunkowo wykonanie kary łącznej pozbawienia wolności, sąd może orzec grzywnę na podstawie art. 75 § 1 k.k. tylko wtedy, gdy jej wymierzenie za żadne ze zbiegających się przestępstw nie jest możliwe na podstawie innego przepisu kodeksu karnego lub innej ustawy. W uzasadnieniu podniesiono zaś, że: „Oznacza to, że jeżeli przewidziane jest wymierzenie grzywny jako kary samoistnej lub obok kary pozbawienia wolności (obligatoryjnie lub fakultatywnie), to wymierzenie grzywny na podstawie art. 75 § 1 k.k. nie ma racji bytu". Zdaniem Sądu zabezpieczać to miało możliwość wymierzenia kary grzywny na podstawie art. 75 § 1 k.k. z 1969 r. jedynie do wypadku, gdy sąd bazując na sankcji typu, mógł wymierzyć tylko karę pozbawienia wolności i wykonanie tej kary warunkowo zawiesił. Jak wskazano: „Tylko bowiem w takim wypadku istnieje (…) sytuacja, że dolegliwość skazania wyłącznie na karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania może być w opinii społecznej bagatelizowana i w celu podkreślenia momentu dolegliwości może zachodzić potrzeba wymierzenia grzywny na podstawie art. 75 § 1 k.k.".

Stanowisko przeciwne, choć tylko na marginesie głównych rozważań, zaprezentowano w uzasadnieniu

2 W uzasadnieniu do postanowienia wskazano, że „w art. 71 § 1 k.k. została zawarta samoistna podstawa orzeczenia grzywny w razie warunkowego zawieszenia wykonania kary pozbawienia wolności lub kary ograniczenia wolności. Ustawodawca posłużył się w tym przepisie zwrotem «jeżeli jej (tj. grzywny – dopisek Sądu Najwyższego) wymierzenie na innej podstawie nie jest możliwe». Kodeks karny z 1969 r. przewidywał zaś taką możliwość tylko w wypadku orzeczenia kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania «chociażby jej wymierzenie na innej podstawie nie było przewidziane» (art. 75 § 1 k.k. z 1969 r.). Różnica więc w sformułowaniu w powołanych przepisach wyłączenia możliwości wymierzenia grzywny na innej podstawie polega jedynie na zastąpieniu słowa «chociażby» wyrazem «jeżeli». Zmiana ta, co podkreślono w doktrynie, koreluje ze sposobem rozumienia dotychczasowego zapisu. Był on bowiem interpretowany właśnie jako oznaczający, iż orzeczenie kary grzywny na jego podstawie jest możliwe tylko wówczas, gdy nie wchodzi w grę inny przepis pozwalający na jej wymierzenie (por. E. Bieńkowska [w:] E. Bieńkowska, B. Kunicka-Michalska, G. Rejman, J. Wojciechowska, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Warszawa 1999, s. 1117–1118; W. Wróbel, *Grzywna w nowym kodeksie karnym* [w:] *Nowa kodyfikacja karna. Krótkie komentarze*, Warszawa 1998, s. 30–31; L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 1998, s. 188; J. Skupiński, *Warunkowe skazanie w prawie polskim na tle porównawczym*, Warszawa 1992, s. 278–281)".

3 W niektórych późniejszych orzeczeniach Sądu Najwyższego podnoszono jednak, że wskazana uchwała nie odnosiła się wprost do kwestii sankcji alternatywnej, co pozwalało na wywodzenie z niej odmiennych treści, przykładowo zob. uchwałę składu siedmiu sędziów SN z 20 października 1994 r., I KZP 16/94, OSNKW 1994, z. 11–12, poz. 66.

uchwały połączonych Izb Karnej i Wojskowej SN z 28 kwietnia 1978 r., VII KZP 15/76, OSNKW 1976, z. 3, poz. 4, gdzie zaznaczono, że „grzywna mająca charakter alternatywny, przewidziana w przepisie określającym przestępstwo, za które sprawcę skazano, nie wyłącza zastosowania art. 75 § 1 k.k., jeżeli orzeczono karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem wykonania". Zasadnie przy tym argumentowano, że wybór kary pozbawienia wolności eliminuje w przypadku sankcji określonej alternatywnie możliwość orzeczenia kary grzywny na innej podstawie niż art. 75 § 1 k.k. z 1969 r. Zapatrywanie takie zostało powtórzone i rozwinięte w uchwale składu siedmiu sędziów SN z dnia 20 października 1994 r., I KZP 16/94, OSNKW 1994, z. 11–12, poz. 66, w której uzasadnieniu stwierdzono, że w świetle reguł wykładni językowej ustawowe sformułowanie art. 75 § 1 k.k. z 1969 r. przesądza jedynie o tym „że zawieszając wykonanie kary pozbawienia wolności sąd może orzec grzywnę, choćby jej wymierzenie na innej podstawie nie było przewidziane, co nie może być utożsamiane z zakazem wymierzenia tej kary na podstawie art. 75 § 1 k.k. w sytuacji, gdy istnieje za dany występek możliwość orzeczenia grzywny na innej podstawie prawnej". Zdaniem Sądu żadne racje nie pozwalają na stwierdzenie, że orzeczenie grzywny na podstawie art. 75 § 1 k.k. z 1969 r. wykluczone jest i wówczas, gdy istniała możliwość orzeczenia wobec sprawcy grzywny samoistnej. Wyraźnie przy tym wskazano, że: „Nie może wyłączyć zastosowania art. 75 § 1 k.k. – jeżeli orzeczono karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem wykonania – ani grzywna mająca charakter alternatywny, przewidziana w przepisie określającym przestępstwo, za które sprawcę skazano, ani grzywna, której wymierzenie za dany czyn możliwe byłoby w związku z unormowaniem przewidzianym w przepisie art. 54 § 1 k.k. *in fine* lub przepisie art. 57 § 3 pkt 3 k.k. *in fine*". Zasadnie przy tym zauważono, że przeciwny pogląd pozbawiałby sąd możliwości zastosowania surowszego rodzaju kary (tj. kary pozbawienia wolności) z warunkowym zawieszeniem jej wykonania, uzupełnionej o jej część składową, w postaci grzywny orzekanej na podstawie art. 75 § 1 k.k. z 1969 r. Podkreślono zarazem, że przyjęte stanowisko ma na celu zapewnienie „rzeczywistej dolegliwości" oraz „przeciwdziałania opinii o pobłażliwości wobec sprawcy przestępstwa, tylko z tej przyczyny, iż istniała teoretyczna możliwość wymierzenia za dany czyn kary tzw. grzywny samoistnej".

III. Wejście w życie Kodeksu karnego z 1997 r. zmusiło Sąd Najwyższy do powtórnego wypowiedzenia się w analizowanej kwestii. Postanowieniem z 17 maja 2000 r., I KZP 12/00, OSNKW 2000, z. 5–6, poz. 44, jednoznacznie stwierdzono, że: „Orzeczenie grzywny na podstawie art. 71 § 1 k.k. jest niedopuszczalne wówczas, gdy zaistniały podstawy do jej wymierzenia określone w art. 33 § 2 k.k. albo w sankcji przepisu typizującego przestępstwo przewidziana jest kumulatywna kara grzywny"[4]. W uzasadnieniu znalazło się zaś odwołanie do przedstawionej powyżej uchwały składu siedmiu sędziów SN z 20 października 1994 r., I KZP 16/94 z podkreśleniem jej trafności. Uzupełniająco zauważono, że „z faktu, iż w myśl art. 71 § 1 *in fine* k.k. przewidziano możliwość warunkowego zawieszenia wykonania także kary ograniczenia wolności, nie można wyprowadzić wniosku, że wskazane wyżej poglądy straciły aktualność. Zarówno w wypadku wymierzenia

> *Przy braku innych podstaw, orzeczenie grzywny na podstawie art. 71 § 1 k.k. jest dopuszczalne, nawet gdy w sankcji zawarto alternatywną karę grzywny.*

4 Jak już wspomniano orzeczenie spotkało się z aprobującą wypowiedzią J. Majewskiego, *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 17 maja 2000 r.*, OSP 2001, nr 2, s. 95.

kary pozbawienia wolności, jak i ograniczenia wolności z warunkowym zawieszeniem ich wykonania, może bowiem zachodzić potrzeba ich obostrzenia przez orzeczenie kary grzywny". Na podstawie powyższych argumentów Sąd doszedł do wniosku, że orzeczenie grzywny na podstawie art. 71 § 1 k.k. jest niedopuszczalne tylko wówczas, gdy zaistniały podstawy do jej wymierzenia określone w art. 33 § 2 k.k. albo w sankcji przepisu typizującego przestępstwo przewidziana jest kumulatywna kara grzywny.

Orzeczenie to zdawało się klarować sytuacje, w których możliwe jest wymierzenie grzywny na podstawie art. 71 § 1 k.k. Jednakże w ostatnim czasie pojawiła się niepokojąca tendencja do prezentowania odmiennych zapatrywań. W pierwszej kolejności wskazać należy na wyrok SN z 8 września 2004 r., V KK 235/04, R-OSNKW 2004, poz. 1517, w którym stwierdzono, że: „Zgodnie z brzmieniem art. 71 § 1 k.k., w sytuacji gdy kara grzywny nie jest przewidziana w sankcji przepisu typizującego przestępstwo przypisane oskarżonym, jak również gdy nie ustalono, by działali oni w warunkach określonych w art. 33 § 2 k.k. – w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, albo gdy taką korzyść osiągnęli, zawieszając wykonanie kary pozbawienia wolności, sąd może orzec grzywnę li tylko w wysokości do 180 stawek dziennych". Podobnie w wyroku SN z dnia 15 kwietnia 2008 r., II KK 42/08, R-OSNKW 2008, poz. 873 stwierdzono, że: „Literalne brzmienie art. 71 § 1 k.k. («jej (grzywny – SN) wymierzenie na innej podstawie nie jest możliwe») nie pozostawia wątpliwości, że w sytuacji, gdy sąd zawiesza wykonanie orzeczonej kary pozbawienia wolności, orzeczenie grzywny na podstawie powołanego przepisu jest możliwe wyłącznie wówczas, gdy kara grzywny nie jest przewidziana w sankcji przepisu typizującego przestępstwo przypisane oskarżonemu, jak również wtedy gdy nie ustalono, aby działał on w warunkach określonych w art. 33 § 2 k.k. (w celu osiągnięcia korzyści majątkowej albo gdy korzyść majątkową osiągnął). Przepis ten ma więc charakter subsydiarny, zaś konsekwencją jego zastosowania jest możliwość orzeczenia grzywny w granicy w treści tego przepisu ustalonej, a więc w wysokości do 180 stawek dziennych". Zastanawia również wyrok SN z 25 marca 2009 r., III KK 14/09, R-OSNKW 2009, poz. 754, w którym podniesiono, że: „Zgodnie z brzmieniem art. 71 § 1 k.k., w sytuacji gdy kara grzywny nie jest przewidziana w sankcji przepisu typizującego przestępstwo przypisane oskarżonemu, jak również, gdy nie ustalono, by działał on w warunkach określonych w art. 33 § 2 k.k., tj. w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, albo gdy taką korzyść osiągnął, zawieszając wykonanie kary pozbawienia wolności, sąd może orzec grzywnę tylko w wysokości do 180 stawek dziennych". W końcu przedstawić trzeba wyrok SN z dnia 2 lutego 2010 r., III KK 15/10, niepubl., gdzie wskazuje się, że: „Przepis art. 71 § 1 k.k. stanowi samodzielną podstawę orzekania kary grzywny w sytuacjach, gdy nastąpiło warunkowe zawieszenie wykonania kary pozbawienia wolności. **Wymierzenie tej kary w takich warunkach jest jednak dopuszczalne wyłącznie wtedy, gdy nie jest możliwe orzeczenie kary grzywny w oparciu o inne podstawy, tj. ani jako kary samoistnej, ani wymierzanej obok kary pozbawienia wolności** (por. wyrok SN z 5 października 2000 r. II KKN 215/00, Prok. i Pr. 2001, z. 3, poz. 4, a także postanowienie SN z 17 maja 2000 r. I KZP 12/00, OSNKW 2000, z. 5–6, poz. 44). W świetle tej linii orzecznictwa, którą należy w pełni podzielić, grzywna – obok kary pozbawienia wolności warunkowo zawieszonej – może zostać wymierzona tylko wtedy, gdy nie jest przewidziana jako ustawowe zagrożenie za dany typ przestępstwa a sprawca nie dopuścił się czynu w celu osiągnięcia korzyści majątkowej lub takiej korzyści nie osiągnął [pogrubienie autora]". Co ciekawe, w cytowanym wyroku Sąd odwołuje się do postanowienia z 17 maja 2000 r. I KZP 12/00, niemniej jednak zaprezentowana myśl jest z nim w ewidentnej kolizji.

Oczywiście argumentować można, że podniesione wypowiedzi czynione były zawsze obok zasadniczego toku wywodu[5]. W swej zasadniczej treści są to orzeczenia prawidłowe (aczkolwiek przez ogólność tez są one wprost sprzeczne z postanowieniem SN z 17 maja 2000 r., I KZP 12/00). Jednakże w zestawieniu z niejednolitą interpretacją art. 71 § 1 k.k. przez doktrynę[6], w sposób uzasadniony mogą pojawić się

5 W trzech z wyroków rozważania Sądu dotyczyły granic kary grzywny, w czwartym zaś relacji art. 71 § 1 k.k. do art. 33 § 2 k.k.

6 Za możliwością orzekania grzywny obok warunkowo zawieszonej kary pozbawienia wolności, jeżeli występowało

wątpliwości w orzecznictwie sądów powszechnych odnośnie do możliwości orzekania grzywny przy warunkowym zawieszeniu wykonania kary (przy zakładanym alternatywnym ukształtowaniu sankcji). Pamiętać należy, że orzecznictwo Sądu Najwyższego *ex auctoritate* kształtuje orzecznictwo sądów powszechnych i wojskowych. Jak się zresztą wskazuje, w razie nawet jednostkowego orzeczenia, które prezentuje całkowicie odmienną od dotychczas reprezentowanej w orzecznictwie interpretację określonych przepisów, zwłaszcza gdy jest to interpretacja wadliwa, niewsparta należytą argumentacją ani niewynikająca np. ze zmiany stanu prawnego, zachodzi konieczność stosowania odpowiednich instrumentów prawnych. „Dopuszczenie bowiem do funkcjonowania takiego orzeczenia Sądu Najwyższego grozi potencjalnie pojawieniem się podobnych interpretacji w orzecznictwie sądów powszechnych lub wojskowych, a obowiązek zapewnienia przez Sąd Najwyższy jednolitości tego orzecznictwa (art. 1 pkt 1 lit. a ustawy o Sądzie Najwyższym z 2002 r.), to nie tylko reakcja na zaistniałe tam już rozbieżności w wykładni norm prawnych, ale także eliminowanie w ramach nadzoru judykacyjnego możliwości pojawienia się takich rozbieżności w oparciu o interpretacje zawarte w orzeczeniach Sądu Najwyższego" – tak uchwała składu siedmiu sędziów SN z 27 października 2005 r., I KZP 38/05, OSNKW 2005, z. 11, poz. 103.

Nie powinno budzić wątpliwości, że prawidłowa interpretacja art. 71 § 1 k.k. zaprezentowana została w cytowanym uprzednio postanowieniu Sądu Najwyższego z 17 maja 2000 r. I KZP 12/00 (jak zresztą starano się to wykazać, była ona wynikiem konsekwentnie reprezentowanej od 1978 r. linii orzeczniczej). Powtórzyć zatem należy, że w przypadku, w którym w zagrożeniu ustawowym danego typu przestępstwa alternatywnie przewidziana jest kara pozbawienia wolności i kara grzywny (ewentualnie kara ograniczenia wolności i kara grzywny), to orzeczenie przez sąd kary pozbawienia (ograniczenia) wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania, pozbawia go możliwości skorzystania z samoistnej kary grzywny i zarazem otwiera możliwość sięgnięcia do grzywny określonej w art. 71 § 1 k.k. (przy zakładanym braku działania sprawcy w warunkach opisanych w art. 33 § 2 k.k.). Przekonują w szczególności uwagi natury językowej podnoszone przez J. Majewskiego, że zestawienie wyrażenia „nie jest możliwe" ze zwrotem „zawieszając wykonanie kary" musi czynić uzasadnionym przyjęcie wniosku, że chodzi w art. 71 § 1 k.k. o możliwość orzeczenia grzywny aktualnej w czasie, w którym sąd zawiesza wykonanie kary pozbawienia wolności (ograniczenia wolności)[7]. Argumentem jest tutaj z pewnością konstrukcja wyroku sądowego, w którym najpierw wymierza się karę pozbawienia wolności, następnie warunkowo zawiesza się jej wykonanie, w końcu zaś następuje orzeczenie grzywny na podstawie art. 71 § 1 k.k. Co oczywiste, w czasie wymierzania grzywny, nie ma już innej podstawy do jej orzeczenia, ponieważ sąd orzekając karę pozbawienia wolności wyczerpał możliwość wyboru kary płynącą z sankcji określonej alternatywnie (przy założeniu braku podstaw przewidzianych w art. 33 § 2 k.k. i art. 289 § 4 k.k.).

IV. Przechodząc do drugiego problemu należy zauważyć, że w art. 89 § 2 k.k. przewidziano możliwość orzeczenia kary grzywny określonej w art. 71 § 1 k.k. przy warunkowym zawieszeniu wykonania kary łącznej pozbawienia albo ograniczenia wolności. Do tej pory sporne w praktyce sądowej było, czy możliwość zastosowania grzywny wskazanej w art. 89 § 2 k.k. uzależniona jest od uprzedniej możności

alternatywne zagrożenie grzywną, opowiadają się m.in.: A. Zoll [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks karny, Część Ogólna, Tom I, Komentarz*, Warszawa 2007, s. 860; R. Skarbek [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny, Część ogólna, Tom II*, Warszawa 2010, s. 460; J. Majewski, *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 17 maja 2000 r.*, OSP 2001, z. 2, s. 95. Przeciwko możliwości orzekania grzywny obok warunkowo zawieszonej kary pozbawienia wolności, jeżeli występowało alternatywne zagrożenie grzywną, opowiadają się m.in.: P. Hofmański, L. K. Paprzycki [w:] A. Marek (red.), *Kodeks karny, Komentarz*, Warszawa 2010, s. 374; G. Łabuda [w:] J. Giezek (red.), *Kodeks karny, Część ogólna*, Warszawa 2007, s. 515 (autor nie odnosi się do problemu wprost, ale przyjmuje interpretację bardzo daleko idącą w odniesieniu do art. 60 § 6 k.k.). M. Budyn-Kulik [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny, Praktyczny komentarz*, Kraków 2006, s. 165.

7 J. Majewski, *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 17 maja 2000 r.*, OSP 2001, nr 2, s. 95.

jej orzeczenia w stosunku do zbiegających się przestępstw oraz, co się z tym wiąże, czy wolno ją orzec w sytuacji, w której grzywna taka wymierzona została co do chociażby jednego przestępstwa w przypadku postępowania zasadniczego (art. 89 k.k. dotyczy wszak wydawania wyroku łącznego).

Szukając rozstrzygnięcia podniesionego zagadnienia, odwołać się trzeba do wyroku SN z 11 marca 2009 r., II KK 290/08, Prok. i Pr. – dodatek 2009, nr 9, poz. 3, w którym podniesiono, że „Treść art. 89 § 2 k.k. pozwala na taką interpretację, że przewidziana w nim możliwość orzeczenia grzywny określonej w art. 71 § 1 k.k. wiąże się wyłącznie z warunkowym zawieszeniem wykonania kary łącznej pozbawienia wolności (lub ograniczenia wolności) i jest niezależna od możliwych podstaw orzekania grzywien za poszczególne przestępstwa, wówczas gdy żadnej nie orzeczono". W pełni podzielając stanowisko Sądu

Z art. 89 § 2 k.k. nie można wyczytywać sposobności do podwójnego orzekania grzywien na podstawie art. 71 § 1 k.k.

nadmienić należy, że na podstawie art. 89 § 2 k.k. grzywnę można orzec „chociażby jej nie orzeczono za pozostające w zbiegu przestępstwa". Sformułowanie to świadczy o tym, że omawiana uprzednio przesłanka z art. 71 § 1 k.k. wskazująca, aby wymierzenie grzywny „na innej podstawie nie było możliwe" nie aktualizuje się w omawianym przypadku. Art. 89 § 2 k.k. należy bowiem odczytywać jako wskazanie, że „nie orzeczono [grzywny – przyp. autora] za pozostające w zbiegu przestępstwa", bo nie było takiej możliwości (np. sąd był władny wymierzyć karę grzywny na podstawie art. 33 § 2 k.k.) albo „nie orzeczono (…)", chociaż była taka możliwość, ale sąd z niej nie skorzystał.

Cytowane orzeczenie rozwiązuje także drugą z podnoszonych kwestii, pośrednio wskazując, że w przypadku wymierzenia kary łącznej z warunkowym zawieszeniem jej wykonania brak jest możliwości orzeczenia grzywny na podstawie art. 89 § 2 k.k., jeżeli grzywna na podstawie art. 71 § 1 k.k. orzeczona została chociażby co do jednego przestępstwa pozostającego w zbiegu[8]. Stanowisko takie, na gruncie obecnie obowiązujących przepisów, wydaje się być trafne. Art. 89 § 2 k.k. stanowiąc o orzeczeniu grzywny odnosi się bowiem tylko do tego, czy istniała możność jej orzeczenia w wyrokach dotyczących poszczególnych przestępstw i czy sąd z niej skorzystał. Jednakże nie można z niego wyczytywać sposobności do podwójnego orzekania grzywien na podstawie art. 71 § 1 k.k. Ujmowane systemowo regulacje Kodeksu karnego nie przewidują bowiem nakładania na sprawcę tego samego przestępstwa dwa i więcej razy kary tego samego rodzaju, co zabezpiecza przed ich nadmierną punitywnością (odnośnie do kary grzywny wynika to chociażby z samego art. 71 § 1 k.k.[9]). Przyjęcie przeciwnego założenia powodowałoby, że sprawca mógłby zostać skazany na

8 Podkreślić należy, że uchwała składu siedmiu sędziów SN z 20 października 1994 r., I KZP 16/94, OSNKW 1994, z. 11–12 poz. 66, która stanowi, że „Orzeczenie grzywny na podstawie art. 75 § 1 k.k. [z 1969 r. – przyp. autora] jest możliwe także wtedy, gdy za inne, pozostające w tzw. zbiegu realnym, przypisane oskarżonemu przestępstwa orzeczono samoistną karę grzywny" nie dotyczy orzekania grzywny przy warunkowo zawieszonym wykonaniu kary łącznej, a przy orzekaniu grzywny za jednostkowe przestępstwo, co do którego zastosowano wskazany środek probacyjny.

9 Interpretacja przeciwna byłaby trudna do wyjaśnienia także na gruncie art. 33 § 2 k.k. przewidującego grzywnę kumulatywną. Jeżeli bowiem przepis w sankcji przewidywałby karę pozbawienia wolności i grzywnę (*vide* art. 585 k.s.h.), to w dalszym ciągu istniałaby możliwość nałożenia „drugiej" grzywny na podstawie art. 33 § 2 k.k. Brak jest przy tym regulacji wskazujących czy byłaby to jedna grzywna orzekana na dwóch podstawach, czy też dwie niezależne grzywny, które musiałyby podlegać niezależnemu wykonaniu (z powodu braku zbiegu przestępstw, wykluczone jest bowiem stosowanie art. 85 i n. k.k.).

dwie niezależne od siebie kary grzywny, każda po maksymalnie 270 stawek dziennych (orzekanych co do przestępstwa, co do którego wykonanie kary warunkowo zawieszono oraz co do kary łącznej, której wykonanie również warunkowo zawieszono), podlegających odrębnemu wykonaniu. Szczególnie niejasna byłaby przy tym sytuacja, w której zostałoby orzeczonych kilka kar grzywny na podstawie art. 71 § 1 k.k. (za różne przestępstwa). Kary takie musiałyby zostać połączone w ramach kary łącznej, przy czym granica takiej operacji wyznaczana byłaby przez art. 86 § 1 k.k. i wynosiła odpowiednio 270 stawek dziennych – jeżeli grzywna związana jest z zawieszeniem wykonania kary pozbawienia wolności i 135 stawek dziennych – jeżeli jest ona związana z zawieszeniem wykonania kary ograniczenia wolności (kary te musiałyby zostać także połączone z grzywnami orzeczonymi na innych podstawach[10]). W obowiązującym stanie prawnym nie widać uzasadnionych powodów, dla których ustawodawca wprost przewidywałby rygorystyczne ograniczenie górnej granicy łączonych kar grzywien, orzeczonych na podstawie art. 71 § 1 k.k., jednocześnie zezwalając na niejako ponowne orzeczenie wskazanej kary na podstawie art. 89 § 2 k.k. Jak się wydaje rozumowanie takie przeczyłoby racjonalności regulacji art. 86 § 1 k.k.

Dostrzec jednak trzeba także wadę wskazanej interpretacji, polegającą na *de facto* niemożności zmiany zakresu raz orzeczonej grzywny w przypadku, w którym ta orzeczona byłaby tylko co do jednego przestępstwa (prawdopodobne bowiem jest, że sąd zawieszając warunkowo wykonanie kary łącznej pozbawienia wolności orzeczonej w zakresie przekraczającym najsurowszą karę jednostkową, może chcieć zwiększyć grzywnę orzeczoną obok kary zawieszonej – argumentem jest tu funkcja grzywny nakładanej na podstawie art. 71 § 1 k.k., która sprowadza się do urealnienia dolegliwości karnej)[11]. *De lege ferenda* postulować należy, aby w przypadku orzekania kary łącznej pozbawienia wolności lub ograniczenia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania, sąd mógł orzekać akcesoryjną grzywnę na podstawie art. 89 § 2 k.k., która uwzględniać będzie już uprzednio orzeczoną grzywnę na podstawie art. 71 § 1 k.k. z zastrzeżeniem, że ta nie może przekroczyć wartości wskazanych w art. 86 § 1 k.k. (w takiej sytuacji możliwe byłoby dostosowanie wskazanej kary grzywny, do ferowanej kary łącznej).

Słusznie też przyjął SN we wspominanym już wyroku z 2 lutego 2010 r., III KK 15/10, niepubl., że w przypadku orzeczenia chociażby co do jednego przestępstwa będącego w zbiegu grzywny na podstawie art. 33 § 2 k.k., wykluczone jest zastosowanie art. 89 § 2 k.k. Uzupełnić tylko należy, że nie będzie możliwości skorzystania z art. 89 § 2 k.k. także wtedy, kiedy za będące w zbiegu przestępstwa wymierzono grzywnę kumulatywną na innej podstawie niż art. 33 § 2 k.k. (np. na podstawie art. 289 § 4 k.k. czy w przypadkach grzywny obligatoryjnie orzekanej obok kary pozbawienia wolności). Analogicznie jak powyżej, oznaczałoby to możliwość dwukrotnego skazania sprawcy jednego przestępstwa na karę tego samego rodzaju, którą należy wykluczyć z powodów systemowych. Z założenia też, w zbieżnym zakresie zastosowania, grzywna orzekana jako kumulatywna przejmuje funkcję grzywny określonej w art. 71 § 1 k.k., tj. wyraża faktyczną dolegliwość represji karnej.

Jedynie na marginesie należy zauważyć, że zgodnie z brzmieniem art. 89 § 2 k.k. ma on zastosowanie w przypadkach orzekania kary łącznej pozbawienia lub ograniczenia wolności. Nie ma zatem możliwości, aby w zakresie przestępstw, za które orzeczono wskazane kary jako jednostkowe, znalazła się grzywna samoistna (z założenia nie podlegałaby ona łączeniu). Pewne problemy mogą się jednak pojawić w przypadku, w którym zbiegać się będą przykładowo dwa przestępstwa, za które orzeczono karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania i dwa przestępstwa, za które orzeczono karę grzywny. Nie ulega wątpliwości, że w ramach wyroku łącznego

10 Wedle schematu przyjętego w uchwale SN z 27 października 2005 r., I KZP 31/05, OSNKW 2005, z. 11, poz. 104.

11 Jedynie na marginesie podnieść należy, że zbieżny problem występuje przy analizie art. 89 § 3 k.k., który stanowi o zbiegu orzeczeń o okresach próby, umożliwiając sądowi orzeczenie tego okresu i związanych z nim obowiązków na nowo. Możliwości takiej nie będzie, jeżeli kara z warunkowym zawieszeniem jej wykonania orzeczona zostanie jedynie co do jednego przestępstwa ujmowanego węzłem kary łącznej, której wykonanie również zostanie warunkowo zawieszone. Szerzej zob. S. Żółtek [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki, *Kodeks karny, Część ogólna, Tom II*, Warszawa 2010, s. 664.

koniecznym stanie się osobne połączenie rodzajowo tożsamych kar. Jeżeli teraz sąd zdecyduje się na warunkowe zawieszenie wykonania kary łącznej pozbawienia wolności, to pojawia się pytanie o możliwość orzeczenia grzywny na podstawie art. 89 § 2 k.k., gdy wyrokiem łącznym zostanie również orzeczona kara łączna grzywny. Jak się wydaje, będzie to możliwe. W istocie, w wyroku łącznym sąd orzeka bowiem dwie kary łączne – pozbawienia wolności i grzywny (świadczyć o tym może sama konstrukcja wyroku łącznego). Akcesoryjnie orzeczona grzywna nie stanowi zatem podwójnego ukarania tą samą karą za określone przestępstwo, ponieważ jest ona immanentnie związana z przestępstwami, za które orzeczono karę pozbawienia wolności i jako taka nie wpływa na grzywny orzeczone za inne przestępstwa (co oczywiste będzie ona również z nimi niepołączalna)[12]. Zgodnie z powyższymi uwagami wymagać jedynie należy, aby w wyrokach skazujących za poszczególne przestępstwa, co do których orzeczono kary pozbawiania wolności, sąd nie orzekł grzywny na podstawie art. 71 § 1 k.k. albo grzywny kumulatywnej.

12 Analogiczne rozumowanie należy przeprowadzić w przypadku zbiegu przestępstw z orzeczonymi karami ograniczenia wolności i grzywnami.

Mateusz Irmiński

Wystąpienie z Unii Europejskiej w świetle projektowanych zmian Konstytucji RP

Mateusz Irmiński

Doktorant w Katedrze Prawa Europejskiego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego. Aplikant adwokacki Izby Adwokackiej w Warszawie. Absolwent Kolegium Międzywydziałowych Indywidualnych Studiów Humanistycznych Uniwersytetu Warszawskiego.

Withdrawal from the European Union in the light of proposed amendments to the Polish Constitution

The purpose of this article is to assess necessity and possible consequences of introducing into the Polish Constitution an explicit provision allowing Poland for withdrawal from the European Union. The new Article 50 of the European Union Treaty provides that a Member State may withdraw from the European Union after prior notification of its intention to the European Council and after carrying out obligatory negotiations to conclude an agreement on the arrangements for such withdrawal. The author summarizes crucial doctrinal theses referring to the questioned admissibility of unilateral renouncement of the Treaty not including a renouncement clause. He concludes that before the Lisbon Treaty has come into force, the withdrawal of a Member State from the European Union was possible; however it still remained much of a theoretical concept. Under the new European Union Treaty all previous doubts concerning this matter are no longer relevant; however there is still a question whether it shall be necessary to amend the Polish Constitution, which currently does not refer explicitly to the European Union, so that it would regulate the withdrawal procedure. The author finds seven substantial arguments against such necessity and emphasizes inter alia *that a sovereign state does not have to confirm its competence as regards renouncement of international agreements.*

1. Wprowadzenie

Wystąpienie Rzeczypospolitej Polskiej z Unii Europejskiej jest – i bywało – przedmiotem wielu publicystycznych i politycznych dyskusji, jednak okazuje się ono szczególnie interesujące zwłaszcza jako zagadnienie prawnoustrojowe. Zakres i doniosłość zmian w systemie prawa polskiego, spowodowanych przystąpieniem do Unii Europejskiej,

skłaniają do zasadniczej refleksji nad koniecznością ewentualnych zmian polskiej Konstytucji z 2 kwietnia 1997 r., które mogłyby uwzględnić szereg fundamentalnych reform systemowych i instytucjonalnych. W artykule tym zamierzam dokonać oceny propozycji zmiany Konstytucji RP, polegającej na dodaniu nowego przepisu regulującego odrębnie i wyraźnie tryb wystąpienia Rzeczypospolitej Polskiej z Unii Europejskiej. Asumpt do poniższych rozważań daje z jednej strony wejście w życie, w dniu 1 grudnia 2009 r., Traktatu z Lizbony, który wprowadził do Traktatu o Unii Europejskiej nowy art. 50 dotyczący wystąpienia z Unii państwa członkowskiego, a z drugiej strony – prezydencki projekt ustawy o zmianie Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, złożony Marszałkowi Sejmu 12 listopada 2010 r., postulujący w art. 1 pkt 8 wprowadzenie nowego art. 227k, mającego uregulować tryb wystąpienia z Unii w prawie polskim[1].

Projekt ustawy o zmianie Konstytucji zawiera propozycje zmiany dwóch materii obowiązującej ustawy zasadniczej. Pierwsza kategoria zmian jest związana z perspektywą zakończenia okresu derogacji z systemu wspólnej waluty euro w ramach Unii Gospodarczej i Walutowej[2]. Planowane wstąpienie Polski do Eurosystemu wymusza bowiem liczne zmiany w obowiązującej Konstytucji[3]. Zmiany ujęte w tej kategorii są zatem niezbędne dla zapewnienia zgodności z obowiązkami wynikającymi z członkostwa w UE[4]. Druga grupa projektowanych zmian, będąca przedmiotem poniższych rozważań, ma odmienny charakter, nie jest bowiem niezbędna dla usunięcia kolizji norm konstytucyjnych z zobowiązaniami wynikającymi z prawa unijnego. Zmiany te budzą wątpliwości zarówno natury merytorycznej, jak i formalnej, a w zakresie w jakim dotyczą uregulowania trybu wystąpienia Rzeczypospolitej Polskiej z Unii Europejskiej, zasługują na krytykę.

2. Wystąpienie z Unii Europejskiej w świetle projektu ustawy o zmianie Konstytucji

Omawianą grupę projektowanych przepisów ustawy o zmianie Konstytucji stanowią przepisy zamieszczone w art. 1 pkt 8 Projektu, zakładające dodanie do Konstytucji nowego Rozdziału Xa, zatytułowanego: *Członkostwo Rzeczypospolitej Polskiej w Unii Europejskiej*. Zmiany te, choć niezwykle obszerne, nie są – jak wstępnie wskazałem – w odróżnieniu od zmian dotyczących kompetencji NBP i zasad polityki pieniężnej, wymuszone członkostwem Polski w UE[5]. Są to w przeważającej mierze propozycje zmian mieszczących się w dotychczasowym porządku konstytucyjnym RP, o czym świadczy wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 11 maja 2005 r. o sygn. K 18/04

1 Druk sejmowy nr 3598; Sejm Rzeczypospolitej Polskiej VI Kadencji.

2 Por. art. 282 ust. 1 i art. 283 ust. 1 TFUE *a contrario*; nb. konsekwencją derogacji jest m.in. nieuczestniczenie polskich przedstawicieli w Radzie Prezesów Europejskiego Banku Centralnego oraz brak wpływu na prowadzenie polityki pieniężnej.

3 Należą do nich m.in.: zniesienie Rady Polityki Pieniężnej, reforma instytucjonalna Narodowego Banku Polskiego, zniesienie odpowiedzialności konstytucyjnej Prezesa Narodowego Banku Polskiego przed Trybunałem Stanu oraz zmiana zakresu kontroli NBP sprawowanej obecnie przez Najwyższą Izbę Kontroli; więcej na temat postulowanych zmian w związku z przystąpieniem do Eurosystemu zob. np.: Ł. Żukowski, *Nowelizacja Konstytucji RP wobec pełnego członkostwa Polski w Europejskiej Unii Gospodarczej i Walutowej* [w:] B. Banaszak, M. Jabłoński (red.), *Konieczne i pożądane zmiany Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 roku*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2010, s. 367 i n.

4 Nb. dotychczas doszło już do koniecznej zmiany Konstytucji (art. 55), wymuszonej m.in. obowiązkiem implementacji decyzji ramowych o Europejskim Nakazie Aresztowania, wydawanych w obszarze Współpracy policyjnej i sądowej w sprawach karnych – por. ustawę z 8 września 2006 r. o zmianie Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. z 2006 r. Nr 200, poz. 1471); zmiana ustawy służyła również zapewnieniu realizacji w prawie krajowym postanowień Statutu Międzynarodowego Trybunału Karnego (por. *infra*, nr 39).

5 Por. inne propozycje pożądanych, acz niekoniecznych zmian w Konstytucji RP w: B. Banaszak, R. Balicki, *Członkostwo w Unii Europejskiej a zmiana Konstytucji RP z 1997 roku – prawo unijne jako stymulator zmian* [w:] B. Banaszak, M. Jabłoński (red.), dz. cyt., s. 60–61; autorzy niejasno artykułują potrzebę zmian w zakresie kompetencji parlamentów krajowych, popadając przy tym w sprzeczność, twierdząc z jednej strony, że: *„wraz ze wzrostem kompetencji parlamentów narodowych definiowanych przez prawo unijne, zmianie powinny ulec również regulacje państw członkowskich"* a z drugiej strony, że: *„parlamenty narodowe wracają na polityczną scenę ogólnoeuropejską, jednak realizacja przyznanych kompetencji zależeć będzie o skuteczności ich działania oraz od merytorycznego i technicznego przygotowania"* – zob. tamże, s. 61.

w sprawie zgodności Traktatu Akcesyjnego z Konstytucją RP[6].

Szczególnie interesujący w świetle zmian TUE po wejściu w życie Traktatu z Lizbony jest projektowany art. 227k. Stanowi on w swym zaproponowanym brzmieniu, że: „*(1) Rada Ministrów podejmuje decyzję o wystąpieniu Rzeczypospolitej Polskiej z Unii Europejskiej za zgodą wyrażoną w trybie, o którym mowa w art. 227c. (2) Ratyfikacja umowy międzynarodowej określającej warunki wystąpienia Rzeczypospolitej Polskiej z Unii Europejskiej wymaga zgody wyrażonej w trybie, o którym mowa w art. 227c. (3) Zasady postępowania w sprawie wystąpienia Rzeczypospolitej Polskiej z Unii Europejskiej określa ustawa*".

Dwukrotnie przywołany, projektowany art. 227c przewiduje dwa alternatywne tryby wyrażenia zgody na ratyfikację umowy międzynarodowej „*określającej warunki wystąpienia Rzeczypospolitej Polskiej z Unii Europejskiej*". Sejm bezwzględną większością głosów w obecności co najmniej połowy ustawowej liczby posłów podejmowałby uchwałę w przedmiocie wyboru jednego z dwóch trybów wyrażenia zgody na ratyfikację: albo przez Sejm i Senat, albo w drodze referendum ogólnokrajowego.

Projektodawca przewidział jednak w art. 227c ust. 3 elastyczną formułę referendum wyrażającego zgodę na ratyfikację umowy międzynarodowej o warunkach wystąpienia z UE, proponując dla jego ważności zwykłą większość głosów za udzieleniem zgody na ratyfikację umowy międzynarodowej. Tym samym proponowane referendum przypominałoby referendum, o którym mowa w art. 235 ust. 6 Konstytucji RP. W ten sposób projektodawca planował niewątpliwie nadać referendum wiążący charakter i zminimalizować ryzyko braku kworum, jakie ma miejsce w zwykłym referendum ogólnokrajowym. Zaproponowane rozwiązanie i tak posiada jednak istotne wady, których krytykę przeprowadzę poniżej.

Istotne znaczenie dla poniższych rozważań ma także uchwalenie ustawy z 8 października 2010 r. o współpracy Rady Ministrów z Sejmem i Senatem w sprawach związanych z członkostwem Rzeczypospolitej Polskiej w Unii Europejskiej[7], która uchyliła z dniem 13 lutego 2011 r. poprzednią ustawę, o tym samym tytule, z 11 marca 2004 r. Nowa ustawa zmienia m.in. ustawę o umowach międzynarodowych (dalej w skrócie: „u.u.m."), poprzez dodanie do niej nowego art. 22a, regulującego krajowe postępowanie w sprawie podjęcia i notyfikowania decyzji o wystąpieniu z UE[8], które to zagadnienie wiąże się ściśle z projektowaną zmianą Konstytucji. Analizę krytyczną omawianego projektu należy jednak rozpocząć od przywołania nowego art. 50 Traktatu o Unii Europejskiej, po zmianach wprowadzonych Traktatem z Lizbony, który wszedł w życie między państwami członkowskimi UE z dniem 1 grudnia 2009 r.[9] Oto bowiem przywołany art. 50 po raz pierwszy *explicite* wyraża nie tylko zasadniczą dopuszczalność

> ***Jeżeli zmiany w Konstytucji podyktowane są wejściem w życie art. 50 TUE, warto postawić pytanie, czy przepis ten zmienił ocenę dopuszczalności wystąpienia państwa z UE.***

6 Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 11 maja 2005 r. sygn. akt K 18/04 (Dz.U. z 2005 r. Nr 86, poz. 744).

7 Dz.U. z 2010 r. Nr 213, poz. 1395.

8 Ustawa z 14 kwietnia 2000 r. o umowach międzynarodowych (Dz.U. z 2002 r. Nr 39, poz. 443).

9 Traktat z Lizbony zmieniający Traktat o Unii Europejskiej oraz Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską wszedł w życie pierwszego dnia miesiąca następującego po miesiącu, w którym ostatnie państwo członkowskie (*de facto*: Republika Czeska) złożyła dokument ratyfikacji depozytariuszowi traktatów założycielskich, którymi jest Rząd Republiki Włoskiej.

wystąpienia państwa członkowskiego z Unii, ale także w sposób zwięzły reguluje samą jego procedurę. Trzeba przy tym zauważyć, że omawiany art. 50 TUE stanowi niemal dosłowne powtórzenie planowanego art. I-60 Traktatu ustanawiającego Konstytucję dla Europy, który jednak nie wszedł w życie[10].

Jeżeli planowany Rozdział Xa ma odpowiadać nowym wyzwaniom europejskiej przestrzeni prawnej, a zarazem sformułować wprost w swym art. 227k możliwość odmowy uczestnictwa w formule integracji związanej z rozszerzającym się *acquis de l'Union*, a tym samym możliwość rezygnacji z dorobku tegoż *acquis*, warto postawić kilka pytań zasadniczych. Istotna jest bowiem ocena art. 50 TUE w świetle bogatego dorobku prawa międzynarodowego publicznego.

3. Wypowiedzenie umowy międzynarodowej niezawierającej klauzuli wypowiedzenia

Truizmem może się wydać twierdzenie, że traktaty założycielskie Unii stanowią klasyczne umowy międzynarodowe i podlegają zarówno zwyczajom prawa międzynarodowego, ogólnym jego zasadom, jak i przepisom umownym, zwłaszcza Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów z 1969 r.[11] Oczywistością jest również, że zasadą obowiązującą wszystkie podmioty prawa międzynarodowego jest zasada *pacta sunt servanda*[12]. Zasada ta dotyczy także umów, w tym co do zasady, także umów konstytuujących organizacje międzynarodowe. Od wspomnianej normy ogólnej przewiduje się jednak liczne wyjątki. Przed oceną proponowanych zmian w Konstytucji RP warto moim zdaniem spojrzeć na zagadnienie dopuszczalności jednostronnego wypowiedzenia umowy międzynarodowej w kontekście zmian wprowadzonych Traktatem z Lizbony. Jeżeli bowiem zmiany w Konstytucji proponowane są ze względu na wejście w życie traktatu, w tym na wejście w życie art. 50 TUE, warto postawić pytanie, czy przepis ten w ogóle zmienił jakkolwiek ocenę prawnej dopuszczalności wystąpienia państwa z UE[13]. W dodatku wobec sporu o status prawa unijnego względem prawa międzynarodowego powszechnego, warto nie usiłując zajmować nowego stanowiska w tej sprawie, spojrzeć na ocenę dopuszczalności wypowiedzenia umowy międzynarodowej z trzech punktów widzenia: powszechnego prawa międzynarodowego publicznego, szczególnego rodzaju umów konstytuujących organizacje międzynarodowe, jak i wreszcie z punktu widzenia prawa unijnego.

Na początku rozważań konieczne jest także poczynienie kilku uwag terminologicznych. Po pierwsze, omawiany problem dotyczy wyłącznie wypowiedzenia umowy międzynarodowej stanowiącej podstawę działania organizacji międzynarodowej, pomimo braku w samej umowie klauzuli wypowiedzenia, tj. wyraźnego postanowienia dopuszczającego wypowiedzenie. Po drugie, choć częściowo wyodrębniam kategorię umów konstytuujących organizacje międzynarodowe od pozostałych umów międzynarodowych, nie można zapominać, że utrata statusu członka organizacji z woli samego państwa członkowskiego może przyjąć m.in. formę wypowiedzenia umowy, na mocy której państwo to stało się jej członkiem. Dlatego pojęcia „wystąpienia z Unii" i „wypowiedzenia umów międzynarodowych" będę traktował zamiennie, mając jednak na uwadze istotne odrębności obu instytucji. Ponadto zasadniczo zgodnie z art. 54 lit. b) w zw. z art. 5 KPT państwo może zawsze utracić członkostwo w organizacji międzynarodowej w wyniku zgody wszystkich państw członkowskich, która może przyjąć bądź to postać wygaśnięcia traktatu, w wyniku czego ustaje byt prawny całej organizacji, bądź to poprzez udzielenie powszechnej zgody państw członkowskich na wystąpienie jednego z państw z danej organizacji. Pierwszy z przypadków jest dopuszczalny również pod rządami traktatów zreformowanych Traktatem z Lizbony i nie budzi szczególnych kontrowersji, natomiast tryb zgody pozostałych państw – mógł być

10 Traktat ustanawiający Konstytucję dla Europy z 23 października 2004 r. (Dz.Urz. UE C 310 z 2004 r., t. 47).

11 Konwencja wiedeńska o prawie traktatów z 23 maja 1969 r. (Dz.U. z 1990 r. Nr 74, poz. 439) – dalej jako „KPT"; por. sceptycznie co do zastosowania KPT do prawa unijnego, m.in.: M. Stępień, *Koncepcja self-contained régimes a prawo europejskie*, „Państwo i Prawo", Nr 7/2007, s. 92.

12 Nb. zasada ta została wyrażona w art. 26 KPT.

13 Por. uzasadnienie art. 227k projektu ustawy o zmianie Konstytucji RP, s. 12.

również zastosowany w przypadku państw członkowskich UE przed 1 grudnia 2009 r.[14] Nie jest natomiast do końca jasne, czy tryb ten może być również zastosowany po zmianach wprowadzonych Traktatem z Lizbony – o czym niżej.

Konwencja wiedeńska o prawie traktatów z 1969 r. przewiduje zasadniczo w art. 54 dwie podstawowe przesłanki dopuszczalności wycofania się strony traktatu lub wygaśnięcia traktatu. Z jednej strony sam traktat może dopuszczać taką możliwość, co ma miejsce w nowym art. 50 TUE, a z drugiej – jest to dopuszczalne za zgodą wszystkich stron traktatu i po konsultacji z pozostałymi umawiającymi się stronami. W przypadku, gdy traktat nie przewiduje możliwości jego wypowiedzenia, ani nie reguluje warunków jego wygaśnięcia lub wycofania się jego strony, państwo może zgodnie z art. 56 KPT wypowiedzieć traktat tylko wtedy, gdy „*a) ustalono, że strony miały zamiar dopuścić możliwość wypowiedzenia lub wycofania się, bądź b) prawa do wypowiedzenia lub wycofania się można domniemywać się z charakteru traktatu*".

Jak widać, KPT dopuszcza wyjątkowo możliwość wystąpienia państwa-strony traktatu nawet wówczas, gdy sam traktat w swych postanowieniach nie przewidział takiej możliwości, o ile zostanie dowiedzione, że taki był zamiar stron. W doktrynie sporne jest jednak, czy państwo, dobrowolnie związując się postanowieniami traktatu niezawierającego klauzuli wypowiedzenia, może od niego jednostronnie odstąpić. Innymi słowy sporne jest, czy istnieje domniemanie zamiaru dopuszczenia możliwości wypowiedzenia lub wycofania się, o którym mowa w art. 56 KPT[15]. M. Frankowska oraz R. Bierzanek skłaniają się ku stanowisku, zgodnie z którym powyższy spór został rozstrzygnięty w KPT na korzyść koncepcji odmawiającej stronie prawa do jednostronnego wypowiedzenia traktatu[16]. Zasadniczo zdanie to podzielał W. Góralczyk, poddający także w wątpliwość dopuszczalność powołania się przez państwo na klauzulę nadzwyczajnej zmiany okoliczności w celu jednostronnego odstąpienia od umowy[17]. Natomiast J. Menkes i A. Wasilkowski bliżsi są tezie, że niezależnie od okoliczności *rebus sic stantibus*, o których mowa w KPT, członek organizacji międzynarodowej może wystąpić z niej w każdym czasie, a to ze względu na suwerenność państwową[18].

W przypadku umów konstytuujących organizacje międzynarodowe dodatkowy argument za lub przeciw uznaniu za dopuszczalne jednostronnego odstąpienia lub wypowiedzenia umowy powinno stanowić kryterium wyraźnie przewidzianego lub domniemanego celu, dla którego powołana została dana organizacja. Jednak mimo to na gruncie TEWG, a następnie TWE i wreszcie TUE (do czasu wejścia w życie Traktatu z Lizbony), sporne było, czy państwo członkowskie mogło wystąpić jednostronnie z Unii. W przypadku TEWWiS ocena była odmienna, a to ze względu na to, że traktat ten był jedynym z trzech traktatów założycielskich Wspólnot Europejskich, który był zawarty na czas określony[19]. W przypadku umów tego rodzaju nie ma bowiem w zasadzie sporu co do niedopuszczalności przedterminowego wypowiedzenia traktatu, poza przypadkiem wypełnienia hipotezy *rebus sic stantibus*, która jednak zgodnie z art. 62 KPT nie stanowi w ścisłym sensie przesłanki „wypowiedzenia umowy", ile raczej podstawę wyjątkowego powołania się na wygaśnięcie lub wycofanie się państwa z traktatu. W zakresie zawartych na czas nieograniczony TWE i TUE dominowało natomiast stanowisko negatywne, przy czym autorzy z reguły bez zastrzeżeń przyjmowali postulowane powyżej zastosowanie KPT do

14 Por. np. M.M. Kenig-Witkowska (red.), A. Łazowski, R. Ostrihansky, *Prawo instytucjonalne Unii Europejskiej*, C.H. Beck, Warszawa 2008, s. 60.

15 Por. M. Frankowska, *Wypowiedzenie umowy międzynarodowej*, Wydawnictwo PWN, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk 1976, s. 186–197; R. Bierzanek, J. Symonides, *Prawo międzynarodowe publiczne*, LexisNexis, Warszawa 2003, s. 100.

16 Tamże.

17 W. Góralczyk, *Prawo międzynarodowe publiczne w zarysie*, Wydawnictwa Prawnicze PWN, Warszawa 1999, s. 87–88 i 90.

18 J. Menkes, A. Wasilkowski, *Organizacje międzynarodowe. Wprowadzenie do systemu*, LexisNexis, Warszawa 2004, s. 114–116; co do innych przesłanek wygaśnięcia traktatu oraz sporów na temat klauzuli *rebus sic stantibus*, zob. np.: G. von Glahn, *Law among Nations*, Macmillan Publishing Co., Inc., New York 1981, s. 504–510.

19 *Treaty establishing the European Coal and Steel Community*, art. 97, traktat dostępny w wersji angielskiej m.in. na: www.ena.lu (przeglądana 27 listopada 2010); traktat wygasł 22 lipca 2002 r.

traktatów unijnych. Tak przykładowo K. Lenaerts i P. van Nuffel uznawali w 1999 r. za oczywiste, że państwo członkowskie może wystąpić z Unii jedynie w następstwie zmiany Traktatu przewidzianej w ówczesnym art. 48 TUE. Jednocześnie jednak przywołani autorzy, uznając zastosowanie KPT do traktatów założycielskich, niejasno wypowiedzieli się co do możliwości wyjątkowego powołania się przez państwo członkowskie na podstawę wycofania się z Traktatów na mocy klauzuli *rebus sic stantibus*, sugerując zarazem, że ze względu na jeden z celów Unii jako systemu obligatoryjnego rozwiązywania sporów, powołanie się na art. 60, 61 i 62 KPT byłoby niedopuszczalne[20]. Osobiście zgadzam się ze wspomnianymi autorami, że przyjęcie, iż cel ów był lub okazał się niemożliwy do spełnienia, nie mógł wystarczyć do zakwalifikowania danej okoliczności za wypełniającą przesłanki klauzuli *rebus sic stantibus*. Podstawy wypowiedzenia TEWG, TWE i TEWEA można byłoby natomiast doszukiwać się w art. 56 lojalności, wspierająca integracyjną koncepcję Unii[22]. Trzeba bowiem zauważyć, że jednym z traktatowych, deklarowanych celów UE jest „*wspieranie dobrobytu jej narodów*" – a nie narodów państw członkowskich [sic!][23]. Skoro zatem integracja zakłada istotną intensyfikację stosunków między państwami członkowskimi Unii, trudno byłoby uznać, że z poszczególnych traktatów założycielskich i akcesyjnych wynika domniemanie dopuszczalności jednostronnego ich wypowiedzenia, czego wymaga art. 56 ust. 1 lit. b) KPT. Przeciwnie, twierdzenie, że unijne traktaty założycielskie zawierają takie domniemanie, wymagałoby wręcz karkołomnego uzasadnienia, grożącego stosowaniem wykładni *contra legem*. Istotnie, jak zostało wskazane, przegląd tylko niektórych publikacji naukowych poświęconych omawianemu zagadnieniu, a wydanych przed 1 grudnia 2009 r., pozwala na wysunięcie tezy, że dopuszczalność wystąpienia z Unii, uzasadnionego wyłącznie brakiem możliwości realizacji przez tę organizację celów traktatów

> ***Na gruncie TUE (do czasu wejścia w życie Traktatu z Lizbony) sporne było, czy państwo członkowskie mogło wystąpić jednostronnie z Unii.***

KPT, z tym jednak istotnym zastrzeżeniem, że nie wszystkie państwa członkowskie UE są jednocześnie stronami Konwencji wiedeńskiej z 1969 r.[21] Przed wejściem w życie Traktatu z Lizbony zastosowaniu art. 56 KPT lub analogicznej regule zwyczajowego prawa traktatów stałaby jednak na przeszkodzie obowiązująca państwa członkowskie Unii zasada założycielskich lub domniemaniem prawa do wypowiedzenia lub wycofania się z traktatów założycielskich lub akcesyjnych, wynikającym z charakterów tych traktatów, najczęściej oceniana była krytycznie. Wprawdzie zdaniem części judykatury i doktryny,

20 K. Lenaerts, P. van Nuffel, *Constitutional Law of the European Union*, Sweet & Maxwell, London 1999, s. 286.

21 Państwami członkowskimi UE, które nie są zarazem stronami KPT są: Francja, Malta i Rumunia (stan na 26 lutego 2011 r.); w odniesieniu do tych państw zastosowanie znajdują jednak w omawianym zakresie normy zwyczajowego prawa traktatów.

22 Obecnie art. 4 ust. 3 TUE; na temat ograniczenia suwerenności por. także: R. Kwiecień, *Suwerenność państwa w Unii Europejskiej: aspekty prawnomiędzynarodowe*, „Państwo i Prawo", nr 2/2003, s. 25 i n.; por. U. Fastenrath, *Lücken im Völkerrecht. Zu Rechtscharakter, Quellen, Systemzusammenhang, Methodenlehre und Funktionen des Völkerrechts*, Duncker & Humblot, Berlin 1990, s. 244–246; sceptycznie nt. zastosowania art. 56 KPT: M.M. Kenig-Witkowska (red.), A. Łazowski, R. Ostrihansky, *Prawo instytucjonalne Unii Europejskiej*, C.H. Beck, Warszawa 2007, s. 59.

23 Art. 3 ust. 1 TUE.

cel traktatów musi być definiowany przez same państwa członkowskie, które są „włodarzami traktatów" (*Herren der Verträge*) – i m.in. z tego względu Federalny Trybunał Konstytucyjny RFN uznał w głośnym wyroku w sprawie *Maastricht* prawo RFN do wystąpienia z Unii w każdym czasie[24], z drugiej jednak strony podkreśla się, że w przypadku UE państwa członkowskie podlegają tak głębokiej integracji, że jednokrotne przyjęcie *acquis* oznacza niemal równoczesne osiągnięcie przez nie tzw. „*point of no return*", w którym wystąpienie państwa z Unii jest, ze względu na związane z nim koszty, trudno wyobrażalne[25]. Chodzi tu przy tym dosłownie o „koszty" wycofania się z Unii – o czym jeszcze będzie mowa przy okazji omawiania treści umowy o warunkach wystąpienia, przewidzianej w art. 50 ust. 2 TUE.

z ONZ w 1965 r.[26], jakkolwiek należy uściślić, że przypadek ten daje się również rozpatrywać w świetle art. 56 KPT. Również ten przypadek wspiera zaprezentowaną koncepcję, tym bardziej że unaocznia on rozdźwięk pomiędzy prawem międzynarodowym a realiami polityki międzynarodowej i obrazuje, jak teoretycznie niezgodne z prawem międzynarodowym wypowiedzenie traktatu może być niekiedy przemilczane przez państwa i *post factum* uznane za rzeczywiście zaistniałe[27].

Warto jednak zaznaczyć, że nawet ci autorzy, którzy uznawali – przed wejściem w życie Traktatu z Lizbony – dopuszczalność wystąpienia państwa członkowskiego z Unii ze względu na łamanie przez nią prawa, uznają pierwotny obowiązek państwa wyczerpania sądowego trybu kontroli prawa unijnego,

> ***W razie fiaska negocjacji dotyczących warunków wystąpienia, notyfikacja państwa powinna być uznana za wiążącą w świetle prawa międzynarodowego.***

Powyższa konkluzja oparta jest jednak wyraźnie na przesłankach pozajurydycznych, konkretnie ekonomicznych lub politycznych i raczej zdaje się potwierdzać teoretyczną dopuszczalność wystąpienia z Unii, aniżeli jej przeczyć. Warto w tym miejscu jedynie zasygnalizować, że problem wystąpienia z organizacji międzynarodowej pomimo braku wyraźnego, traktatowego dopuszczenia jednostronnego wypowiedzenia traktatu był rozpatrywany bodaj jedyny raz w historii przy okazji wystąpienia Indonezji

przewidzianego w TFUE – co jednak nie wyklucza w końcu samodzielnej oceny państwa, odmiennej od przyjętej przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Jak bowiem zasadnie uznaje K. Wojtyczek, ostatecznie organy sądowe organizacji, podczas orzekania o naruszeniu prawa unijnego przez organy UE „*byłyby sędziami we własnej sprawie*"[28].

Podsumowując, moim zdaniem „argument z zasady lojalności" i celu traktatów stanowiących

24 Wyrok Federalnego Trybunału Konstytucyjnego RFN (Drugi Senat) z 12 października 1993 r.[w:] *BVerfGE* 89, s. 155; por. krytyka orzeczenia zawarta w: M. Herdegen, *Prawo europejskie*, tłum. E. Schwierskott, C.H. Beck, Warszawa 2004, s. 59–60.

25 J. Menkes, A. Wasilkowski, dz. cyt., s. 120; nb. autorzy podają przykład *sui generis* wystąpienia z WE, tj. kazus Grenlandii, która na mocy umowy między Królestwem Danii a WE została wyłączona – jako terytorium autonomiczne – z postanowień Traktatu.

26 Por. A. Łazowski, A. Zawidzka, *Prawo międzynarodowe publiczne*, C.H. Beck, Warszawa 2008, s. 191.

27 Nt. dorozumianego prawa do wypowiedzenia umowy międzynarodowej oraz sporów doktrynalnych w tej materii zob. zwłaszcza: M. Frankowska, dz. cyt., s. 134 i n.; por. także W. Góralczyk, dz. cyt., s. 88, który skłania się ku dopuszczalności wypowiedzenia Karty NZ pomimo braku klauzuli wypowiedzenia w tej umowie.

28 K. Wojtyczek, *Przekazywanie kompetencji państwa organizacjom międzynarodowym*, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 2007, s. 222.

podstawę działania Unii, w tym także zdekodowanego z postanowień preambuły TUE, nie może przeważyć bezwzględnej suwerenności państw członkowskich i nie może całkowicie unieważnić prawa państw członkowskich do jednostronnej oceny prawidłowości wykonywania celu Unii przez jej organy. Nie oznacza to – co podkreślam – przyzwolenia na nieuzasadnione naruszenie prawa międzynarodowego, a jedynie stanowi wyraz nadrzędnej suwerenności, która nie kłóci się z powinnością państwa co do koncyliacyjnego rozstrzygania sporów. Inną natomiast sprawą jest kwestia praktycznej możliwości i hipotetycznych korzyści wystąpienia z Unii, jak również jego politycznej skuteczności. Jak bowiem słusznie zauważa U. Fastenrath, państwa nie są „wolnymi cząstkami" i funkcjonują we wzajemnej koegzystencji[29] – i uwagę tę można z całą pewnością przenieść na grunt stosunków w ramach Unii Europejskiej. Jest to jednak, jak wskazałem, argument o pozanormatywnym charakterze i nie powinien być podnoszony w czysto teoretycznej debacie prawniczej.

Zmierzając jednak ku meritum, trzeba zauważyć, że powyższy spór, jakkolwiek posiadający nadal spory walor teoretyczny, na gruncie obowiązującego prawa UE jest już nieaktualny. Nowy art. 50 TUE wprost przewiduje bowiem procedurę wystąpienia. Jest ona na tyle skomplikowana, że może stanowić normę o znikomej użyteczności praktycznej. Nie można jednak wykluczyć, a wręcz należy mieć na uwadze to, że właśnie takie sformułowanie reguły wystąpienia było zamiarem autorów projektu traktatu. W ten bowiem sposób uzyskano polityczny argument za otwartością reformy instytucjonalnej Unii na potrzeby silniejszego niż dotąd wyartykułowania suwerenności państw, zarazem jednak przyjęto normę niezagrażającą zamierzonej koncepcji integracji europejskiej[30]. Z pewnością nie miejsce tu na pogłębioną analizę tego zagadnienia – tym bardziej że musiałaby ona otrzeć się o argumenty pozaprawne. Wystarczy jednak stwierdzić, że bez wątpienia formalna droga wystąpienia z Unii została po raz pierwszy od jej utworzenia *explicite* wypowiedziana i to rozstrzyga wszystkie zasygnalizowane wątpliwości.

Jak wspomniałem, państwo członkowskie mogło z całą pewnością wystąpić z Unii za zgodą pozostałych państw także przed 1 grudnia 2009 r. Dopuszczalność takiego konsensualnego trybu nie powinna budzić żadnych wątpliwości. O wiele trudniejsze natomiast może wydać się dopuszczenie tejże procedury w kontekście obowiązującego art. 50 TUE, a to ze względu na to, że państwa członkowskie zgodziły się wyraźnie w Traktacie z Lizbony na wprowadzenie art. 50 TUE, który zgodnie z wykładnią systemową stanowi jedyny tryb wystąpienia z Unii. Nie pretendując ku temu, by kwestię tę jednoznacznie rozstrzygać, można postawić tezę, że skoro państwa mają zawsze zgodnie ze swoim *ius contrahendi* prawo w dowolnym momencie zreformować traktaty, należy uznać, że mają one też pełne prawo zgodzić się na wystąpienie państwa z Unii, co w końcu stanowi zmianę traktatu (akcesyjnego). Sprawa ta jednak wykracza poza ramy niniejszych rozważań.

Powstaje jednak istotne pytanie, na ile zmiana traktatu w omawianym zakresie wymusza zmiany konstytucji państw członkowskich. W dalszej części wywodu postaram się ocenić konieczność zmian Konstytucji RP przede wszystkim w zakresie proponowanej jej zmiany poprzez dodanie art. 227k. Nie będę natomiast, ze względu na rozmiary artykułu, poświęcał pogłębionej uwagi celowości dodania całego Rozdziału Xa. Z kolei dla oceny modelu art. 227k konieczne będzie odniesienie się do art. 22a zmienionej u.u.m.

4. Wystąpienie państwa członkowskiego z Unii Europejskiej w świetle art. 50 TUE

Art. 50 TUE stanowi: „*(1) Każde Państwo Członkowskie może, zgodnie ze swoimi wymogami konsty-*

29 U. Fastenrath, dz. cyt., s. 246: „*Der übersteigerten Souveränitätslehre mit dem Prinzip der Handlungsfreiheit liegt ein überholtes, sehr mechanisches Weltbild zugrunde, wonach sich die Weltgesellschaft aus voneinender geschieden, freien Partikeln (Staaten) zusammensetzt, die nach festen Regeln miteinander in Verbindung stehen*".

30 Można zatem podejrzewać – na marginesie rozważań prawniczych – że był to zabieg polityczny, za pomocą którego próbowano zadowolić jednocześnie stanowiska skrajnie eurosceptyczne, jak i euroentuzjastyczne. Por. echa w publicystyce, np. stanowisko K. de Guchta, cytowane [w:] A. Kołakowska, *Sztuka owijania w bawełnę*, „Rzeczpospolita", 15 grudnia 2007; archiwum elektroniczne na stronie www.rp.pl (dostęp 30 listopada 2010 r.).

tucyjnymi, podjąć decyzję o wystąpieniu z Unii". To lakoniczne sformułowanie ust. 1 domaga się uzupełnienia, gdyż Traktat nie określa sposobu oświadczenia woli państwa Unii Europejskiej. Skądinąd użyty zwrot: „*zgodnie ze swoimi wymogami konstytucyjnymi*" może budzić wątpliwości z punktu widzenia prawa międzynarodowego. Czy nadaje on któremukolwiek z organów Unii kompetencję do badania zgodności trybu podjęcia decyzji państwa z jego własnym, konstytucyjnym porządkiem? Byłby to nonsens, dlatego raczej należy sądzić, że cytowany fragment TUE jest jedynie niezgrabnym sformułowaniem ogólnej zasady prawa państwa członkowskiego do wystąpienia z Unii[31].

Art. 50 TUE stanowi następnie w ust. 2: „*Państwo Członkowskie, które podjęło decyzję o wystąpieniu, notyfikuje swój zamiar Radzie Europejskiej. W świetle wytycznych Rady Europejskiej Unia prowadzi negocjacje i zawiera z tym państwem umowę określającą warunki jego wystąpienia, uwzględniając ramy jego przyszłych stosunków z Unią. Umowę tę negocjuje się zgodnie z artykułem 218 ustęp 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Jest ona zawierana w imieniu Unii przez Radę, stanowiącą większością kwalifikowaną po uzyskaniu zgody Parlamentu Europejskiego*". Ustęp 3 art. 50 stanowi z kolei: „*Traktaty przestają mieć zastosowanie do tego Państwa od dnia wejścia w życie umowy o wystąpieniu lub, w przypadku jej braku, dwa lata po notyfikacji, o której mowa w ustępie 2, chyba że Rada Europejska w porozumieniu z danym Państwem Członkowskim podejmie jednomyślnie decyzję o przedłużeniu tego okresu*".

Choć *prima facie* wymagana w ust. 3 jednomyślność dotyczy Rady Europejskiej, a zatem faktycznie wymagana jest zgoda samego państwa członkowskiego uczestniczącego w jej pracach, to art. 50 ust. 4 TUE wyjątkowo stanowi, że „*Do celów ustępów 2 i 3 członek Rady Europejskiej i Rady reprezentujący występujące Państwo Członkowskie nie bierze udziału w obradach ani w podejmowaniu decyzji Rady Europejskiej i Rady dotyczących tego Państwa. (…)*".

Art. 50 ust. 5 TUE dotyczy natomiast procedury przyjęcia państwa, które uprzednio wystąpiło z Unii. Przepis ten stanowi, że wniosek tego państwa „*podlega procedurze, o której mowa w art. 49*"[32].

Zgodnie z ust. 2 art. 50, procedura wystąpienia państwa członkowskiego z UE rozpoczyna się od notyfikacji. Podstawą – acz w ostateczności niekonieczną – do określenia warunków wystąpienia, w tym jego terminu, jest jednak co do zasady umowa międzynarodowa pomiędzy UE a zainteresowanym państwem. O tym, że zawarcie umowy międzynarodowej nie jest konieczne do wystąpienia z Unii, świadczy *explicite* art. 50 ust. 3, a konkretnie wyrażenie „*w razie jej braku*" – dotyczące niezawarcia odpowiedniej umowy. Innymi słowy, w razie fiaska negocjacji dotyczących warunków wystąpienia, notyfikacja państwa powinna być uznana za wiążącą w świetle prawa międzynarodowego i powinna rodzić skutek prawny w postaci wystąpienia z Unii, z tym, że w każdym wypadku będzie to skutek dodatkowo odsunięty w czasie o co najmniej 2 lata od daty notyfikacji – jak bowiem stanowi art. 50 ust. 3 TUE, Rada Europejska może podjąć jednomyślną decyzję o wydłużeniu wspomnianego dwuletniego okresu „*w porozumieniu z danym Państwem Członkowskim*"[33].

Kolejna uwaga na tle art. 50 TUE dotyczy obowiązku uwzględnienia w umowie ram przyszłych stosunków z Unią występującego państwa. Na osobną refleksję zasługuje samo *ratio* owej umowy. Umowa taka musiałaby regulować moim zdaniem cztery kategorie spraw, poza najmniej istotną kwestią terminu wystąpienia z Unii. Byłyby to sprawy: ustania kadencji

31 Co do kwestii reprezentacji państwa w stosunkach między państwem a organizacją międzynarodową, por. np. art. 7 Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów między państwami a organizacjami międzynarodowymi lub organizacjami międzynarodowymi z 21 marca 1986 r. (*United Nations publication*, Sales No. E.94.V.5 – Konwencja nie weszła jednak w życie).

32 Art. 49 TUE formułuje ogólną procedurę uzyskania członkostwa w UE.

33 Warto jednak zwrócić uwagę na konstrukcję art. 50 ust. 3 i 4 TUE. Przepisy te przewidują, że państwo członkowskie, które złożyło notyfikację o wystąpieniu z UE, nie uczestniczy w pracach Rady Europejskiej, ani nie bierze udziału w podejmowaniu przez nią decyzji o wydłużeniu okresu obowiązywania Traktatów w stosunku do tego państwa. Jednocześnie jednak w tym zakresie art. 50 ust. 3 przewiduje porozumienie Rady Europejskiej z danym państwem członkowskim. Na potrzeby decydowania o okresie „przedłużonego" obowiązywania Traktatów, występujące państwo członkowskie jest zatem traktowane jako państwo trzecie względem Unii Europejskiej.

członków organów UE, będących obywatelami występującego państwa, uregulowania warunków zwrotu dotacji UE udzielonych państwu występującemu oraz ewentualnego zwrotu składek poczynionych przez państwo na rzecz Unii, wycofania się z Eurosystemu, i wreszcie spraw związanych ze sformułowaniem niezwykle rozbudowanych przepisów przejściowych dotyczących głównie ochrony praw nabytych przez obywateli Unii, zamierzających w dalszym ciągu korzystać ze swobód rynku wewnętrznego na terytorium występującego państwa. Oczywiście ewentualne wystąpienie z Unii nie musiałoby jednocześnie oznaczać wyłączenia terytorium danego państwa z Europejskiego Obszaru Gospodarczego. Pozostanie występującego państwa stroną Porozumienia o EOG zależałoby od treści wynegocjowanego rozwiązania. Niewątpliwie odrębny problem stanowiłaby kwestia sukcesji występującego państwa w odniesieniu do umów międzynarodowych zawartych przez Unię na podstawie obecnego art. 218 TFUE. Uregulowanie obu ostatnich kwestii nie byłoby jednak niezbędnym elementem omawianej umowy.

Jak widać, o ile kwestie o charakterze personalnym byłyby relatywnie proste do rozwiązania, o tyle negocjacje dotyczące wzajemnych rozliczeń finansowych stanowiłyby najpoważniejszy element ewentualnej umowy. Można wręcz zaryzykować tezę, że to właśnie ten punkt negocjacji mógłby stać się powodem ich zerwania i np. wycofania oświadczenia o wystąpieniu.

Podsumowując, choć instytucja wystąpienia z Unii Europejskiej uzyskała w rezultacie reformy lizbońskiej niekwestionowaną podstawę traktatową, realna możliwość jej zastosowania wydaje się bardzo wątpliwa, także ze względu na szereg czynników pozaprawnych, takich jak argumenty ekonomiczne, społeczne i polityczne, mogące przemawiać za pozostaniem państwa w Unii Europejskiej.

5. Ocena konieczności konstytucjonalizacji wystąpienia z Unii Europejskiej w prawie polskim

Istnieje moim zdaniem kilka ważkich argumentów przemawiających przeciwko wprowadzeniu art. 227k do Konstytucji RP.

Po pierwsze, skorzystanie z art. 227k stworzyłoby niepożądany legislacyjny paradoks. Jednokrotne skorzystanie z procedury wystąpienia pozornie uzasadniłoby sens wprowadzenia art. 227k do Konstytucji, gdyż dyspozycja zawarta w normie nowego przepisu zostałaby wypełniona. Równocześnie jednak zastosowanie art. 227k oznaczałoby faktyczne unieważnienie całego Rozdziału Xa, który stałby się zbędny. Zarazem musiałby pojawić się przy tym problem, czy owo jednokrotne skorzystanie z art. 227k pociągałoby za sobą *ipso facto* konieczność ponownej zmiany Konstytucji, skoro art. 227a w proponowanym brzmieniu – jeśli zostałby wprowadzony wraz z art. 227k – stanowiłby, że „*Rzeczpospolita Polska jest członkiem Unii Europejskiej (...)*”[34]. Polska wystąpiłaby bowiem z UE i pierwszy przepis Rozdziału Xa stałby się wraz z następującymi po nim normami – martwy. Doszukiwanie się przy tym paraleli do innych przepisów konstytucyjnych, które nigdy dotąd nie były stosowane (np. art. 229 czy art. 234

> *Usunięcie art. 90 Konstytucji uzasadnia się również tym, że nie znalazł on zastosowania do członkostwa w organizacjach innych niż UE.*

34 Warto zwrócić uwagę na skojarzenie hipotetycznego stanu prawnego, który zaistniałby po zastosowaniu art. 227k Konstytucji, z art. 6 ust. 2 TUE, który stanowi, że „*Unia przystępuje do Europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności*”. UE dopiero ewentualnie przystąpi do EKPC w trybie art. 218 ust. 8 TFUE (z uwzględnieniem Protokołu nr 8 do TL oraz Deklaracji nr 2 dołączonej do Aktu końcowego Konferencji Międzyrządowej, która przyjęła TL z 13 grudnia 2007 r.); por. także: J. Barcz, *Przewodnik po Traktacie z Lizbony. Traktaty stanowiące Unię Europejską. Stan obecny oraz teksty skonsolidowane w brzmieniu Traktatu z Lizbony*, LexisNexis, Warszawa 2008, s. 61–62.

Konstytucji RP) byłoby o tyle nietrafione, że przepisy te z logicznego punktu widzenia nie składają się ze zdań prawdziwych lub nieprawdziwych, gdyż są zdaniami normatywnymi. Odwrotnie, art. 227a stanowiłby w danej sytuacji zdanie nieprawdziwe w sensie logicznym, a z całą pewnością w sensie normatywnym byłoby ono unieważnione przez *lex specialis* z art. 227k. Istnienie takiej normy nie tylko w systemie prawa w ogóle, ale wręcz na samym jej szczycie, tj. w akcie najwyższej rangi, byłoby niepożądane, tym bardziej że rodziłoby szereg paradoksów zagrażających spójności ustrojowej.

Drugi powód, dla którego należy ocenić projektowany art. 227k krytycznie, związany jest z samą konstytucjonalizacją członkostwa w UE. Należy przy tym moim zdaniem odróżnić dwa odrębne zagadnienia: czym innym byłaby kwestia użycia w Konstytucji nazwy Unii Europejskiej, a zgoła czym innym wątpliwość co do konstytucjonalizacji nie „aż" UE, ale „tylko" UE, tj. konstytucjonalizacji relacji z jedną tylko organizacją międzynarodową.

Co do pierwszego zarzutu, należy zastanowić się nad skutkami wskazania w Konstytucji z nazwy (własnej) jakiegokolwiek podmiotu „zewnętrznego" względem państwa. Konstytucja RP czyni w tym zakresie jeden wyjątek w art. 25 ust. 4, w którym odwołuje się do miana „Stolicy Apostolskiej". Czy wskutek zmiany nazwy podmiotu zewnętrznego lub jego ustania, normy Konstytucji automatycznie domagałyby się zmiany? Przykładowo, od 1 maja 2004 r. do 30 listopada 2009 r. Polska była członkiem Unii Europejskiej i Wspólnot Europejskich – to jest WE i EWEA. WE znalazła na mocy zmian w TL następczynię w postaci UE. Czy wobec tego, w przypadku użycia w Konstytucji RP przed 1 grudnia 2009 r. nazwy „Wspólnota Europejska" bądź „Wspólnoty Europejskie" oraz wejścia w życie TL, Polska zmuszona byłaby zmienić Konstytucję? Czy – analogicznie – wobec zmiany nazwy ESBC – które to gremium projektodawca postuluje ukonstytucjonalizować na podstawie art. 1 pkt 7) projektu w nowym art. 227 Konstytucji – należałoby zmienić Konstytucję? Wydaje się, że omawiany problem jest tylko o tyle niekontrowersyjny, że Polska miałaby wpływ na zmianę nazwy organizacji międzynarodowej, której jest członkiem – poprzez zmianę umowy międzynarodowej daną organizację konstytuującej[35].

Powyższy zarzut można rozwinąć także w oparciu o doświadczenia zmiany art. 55 Konstytucji, której dokonano w 2006 r.[36] Interesujące jest to, że zmieniony przepis dotyczący zasadniczego zakazu ekstradycji obywateli polskich, zastrzegający wyjątki wymuszone aktami przyjętymi w obszarze Współpracy policyjnej i sądowej w sprawach karnych w ramach UE, nie wymienia z nazwy ani Unii, ani też Międzynarodowego Trybunału Karnego. Projektodawca ustawy o zmianie Konstytucji RP w roku 2006 – Prezydent RP – nie wskazywał na konieczność umieszczenia nazwy UE lub MTK w samym tekście Konstytucji, chociaż w odniesieniu do MTK uczynił to ustawodawca, zamieszczając nazwę tego organu w tekście Kodeksu postępowania karnego[37].

> *Projektodawca całkowicie przeoczył w proponowanym nowym Rozdziale Xa Konstytucji członkostwo Polski w Europejskiej Wspólnocie Energii Atomowej.*

Odnośnie drugiego zarzutu, dotyczącego konstytucjonalizacji jako takiej członkostwa w Unii,

35 Odmienne jest jednak w przypadku Stolicy Apostolskiej, powszechnie uznawanej za odrębny podmiot prawa międzynarodowego.

36 Por. jw., nr 4.

37 Por. druk sejmowy nr 580, Sejm Rzeczypospolitej Polskiej V Kadencji.

należy zauważyć, że art. 1 pkt 1 omawianej ustawy o zmianie Konstytucji RP postuluje usunięcie obowiązującego art. 90. W zamian projektodawca proponuje dodanie art. 227b w ramach Rozdziału Xa, stanowiącego, że „*Rzeczpospolita Polska może przekazać Unii Europejskiej kompetencje organów władzy państwowej w niektórych sprawach*"[38]. Projektodawca uzasadnia usunięcie generalnej normy dotyczącej powierzenia kompetencji organizacji międzynarodowej w zasadzie jedynie tym, że nie znalazła ona zastosowania do członkostwa w organizacjach innych aniżeli UE. Warto jednak zauważyć, że Polska ratyfikowała w 2003 r. Statut Międzynarodowego Trybunału Karnego[39], którego postanowienia wiążą się z przeniesieniem na rzecz tegoż stałego sądu międzynarodowego istotnych kompetencji organów władz państwowych w rozumieniu art. 90 Konstytucji RP, zwłaszcza związanych z jurysdykcją uniwersalną MTK. Trybunał jest bowiem „organem międzynarodowym" w rozumieniu art. 90 Konstytucji RP i choć nie jest w ścisłym sensie organizacją międzynarodową, posiada zgodnie z art. 4 ust. 1 Statutu *ius contrahendi* w stosunkach między państwami oraz osobno – na podstawie art. 2 Statutu – z Narodami Zjednoczonymi. Co ważne jednak, Statut MTK był ratyfikowany w trybie art. 89, a nie 90 Konstytucji – co w praktyce pozwoliło obu izbom parlamentu na przeprowadzenie głosowania w trybie zwykłym, bez uzyskiwania kwalifikowanych większości. Na okoliczność tego trybu ratyfikacji powołuje się np. W. Czapliński, który rozważa, czy podstawa z art. 90 Konstytucji mogłaby być w przyszłości wykorzystana w celu przekazania kompetencji innym organizacjom międzynarodowym[40].

Można zatem zasadnie zapytać, czy usunięcie *pro futuro* jedynej w Konstytucji normy upoważniającej do przekazania kompetencji władzy państwowej organowi międzynarodowemu lub organizacji międzynarodowej jest celowe i właściwe. Podstawa z art. 89 ust. 1 pkt 3 Konstytucji nie wystarczy bowiem do zawierania w przyszłości wszystkich umów o przystąpieniu do organizacji międzynarodowych, a wręcz ograniczy grono możliwych organizacji, których członkiem mogłaby stać się Polska, wyłącznie do organizacji o charakterze koordynacyjnym. W tej bowiem sytuacji żadne kompetencje władzy państwowej nie mogłyby już być przekazane podmiotom zewnętrznym.

Wreszcie należy zauważyć, że projektodawca całkowicie przeoczył w treści proponowanych przepisów członkostwo Polski w Europejskiej Wspólnocie Energii Atomowej i o wystąpieniu z tej nietypowej z wielu względów organizacji międzynarodowej nie wspomina również art. 227k[41]. Trzeba wprawdzie przyznać, że TEWEA nie zawiera przepisu, który wyraźnie zezwalałby na wystąpienie ze Euratomu, a tym samym aktualność zachowują w odniesieniu do tej Wspólnoty uwagi dotyczące jednostronnego wypowiedzenia traktatu, zgłaszane w stosunku do UE przed 1 grudnia 2009 r. Objętość artykułu nie pozwala niestety na osobne rozpatrzenie tej kwestii, a zwłaszcza ewentualnej dopuszczalności wystąpienia z EWEA z jednoczesnym kontynuowaniem członkostwa w UE lub odwrotnie. Projektodawca uzasadnia jednak swoje stanowisko w następujący sposób: „*Przepisy dotyczące Unii Europejskiej dotyczą także Europejskiej Wspólnoty Energii Atomowej, która pomimo odrębności prawnej jest ściśle związana z Unią Europejską zasadą tożsamości instytucjonalnej oraz zasadą spójności procesu decyzyjnego*"[42]. Polska stała się członkiem EWEA na mocy art. 2 Aktu dotyczącego przystąpienia Rzeczypospolitej Polskiej, siedmiu państw Europy Środkowo-Wschodniej, Malty oraz Cypru do UE, stanowiącego część Traktatu akcesyjnego z Aten z 16 kwietnia 2003 r.[43] Wypowiedzenie

38 Por. pkt 3 uzasadnienia do projektu ustawy, s. 3 i 4.

39 Statut Międzynarodowego Trybunału Karnego sporządzony w Rzymie dnia 17 lipca 1998 r. (Dz.U. z 2003 r. Nr 78, poz. 708).

40 W. Czapliński, *Glosa do wyroku TK z 11 maja 2005 r. (sygn. K 18/04)* [w:] „Kwartalnik Prawa Publicznego", nr 4/2005, s. 216.

41 EWEA stanowi odrębną od UE organizację międzynarodową, jednak jej członkami są wszystkie państwa członkowskie Unii oraz tylko te państwa. Członkostwo w EWEA jest zatem członkostwem powiązanym i uzależnionym od członkostwa w UE.

42 Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie Konstytucji RP z 1997 r., s. 7.

43 Akt dotyczący warunków przystąpienia Republiki Czeskiej, Republiki Estońskiej, Republiki Cypryjskiej, Republiki Łotewskiej, Republiki Litewskiej, Republiki Węgierskiej, Republiki Malty, Rzeczypospolitej Polskiej, Republiki Słowenii i Republiki Słowackiej oraz dostosowań w traktatach stanowiących podstawę Unii Europejskiej (Dz.U. z 2003 r. Nr 90, poz. 864).

„traktatów" byłoby formalnie wypowiedzeniem traktatu akcesyjnego, tym samym o ile zakres wypowiedzenia nie zostałby ograniczony, nawet pod rygorem art. 50 TUE pojawiłby się problem jednoczesnego wystąpienia z EWEA, czego TEWEA nie przewiduje. Jednakże w świetle konkluzji artykułu wysuwanie jakichkolwiek postulatów *de lege ferenda* w tej materii wydaje się bezprzedmiotowe. Tym bardziej, ze względu na brak odpowiednika art. 50 TUE w TEWEA, trudno wymagać od ustrojodawcy uwzględnienia Euratomu w art. 227k.

Trzeci argument przeciwko wprowadzeniu jakiegokolwiek przepisu do polskiej Konstytucji, który wyraźnie odnosiłby się do kwestii wystąpienia z UE, jest następujący: art. 227k dublowałby art. 89 ust. 1 obowiązującej Konstytucji. Zanim jednak przejdę do szczegółowego uzasadnienia postawionego zarzutu, wydaje mi się konieczne ponowne odnotowanie, że art. 50 TUE przewiduje zasadniczo dwuetapowe wystąpienie z Unii. Pierwszym etapem – co już zaznaczyłem – ma być notyfikacja zamiaru wystąpienia Radzie Europejskiej. Notyfikacja wypowiedzenia umowy międzynarodowej, która sama dopuszcza jej wypowiedzenie, takiej jak TUE, wystarcza zazwyczaj do wywołania skutków prawnych, pod warunkiem jej prawidłowego dokonania zgodnie m.in. z art. 65, 67 i 78 KPT. W przypadku TUE wymagane jest prowadzenie negocjacji w celu zawarcia umowy międzynarodowej i ów drugi etap podlega regułom prawa zwyczajowego, którym poddane jest wciąż zawieranie umów międzynarodowych między państwami a organizacjami międzynarodowymi. Oczywiste jest przy tym, że wskutek zawarcia umowy o wystąpieniu z UE państwo występujące zostałoby związane nowymi, ustalonymi w niej postanowieniami.

Konstytucja RP przewiduje w art. 89 ust. 1 procedurę nie tylko zawarcia, ale także wypowiedzenia traktatu dotyczącego przystąpienia do organizacji międzynarodowej. Dodać należy – co okaże się kluczowe – że kompetencja w zakresie wypowiedzenia umowy międzynarodowej należy do Prezydenta RP[44]. Jest ponadto jasne, że art. 90 Konstytucji dotyczy szczególnego rodzaju umów konstytuujących organizacje międzynarodowe, którym państwo przekazuje część swoich kompetencji. Art. 90 nie przewiduje procedury wypowiedzenia takiej szczególnej umowy, gdyż jest ona właśnie uregulowana w art. 89. Nie można przy tym w pełni zgodzić się z argumentem W. Czaplińskiego, zdaniem którego wypowiedzenie umowy międzynarodowej, ratyfikowanej za uprzednią zgodą wyrażoną w referendum akcesyjnym, możliwe jest jedynie w drodze tzw. *actus contrarius*, tj. wyłącznie w ponownym referendum dotyczącym wypowiedzenia umowy[45]. Brak jest bowiem ku temu przesłanek konstytucyjnych. Przeciwnie, art. 89 dotyczy wyraźnie zarówno przystąpienia do organizacji międzynarodowej, jak i wystąpienia z jej struktur, natomiast ustrojodawca nie wypowiada się w art. 90 o wystąpieniu, a jedynie o przekazaniu kompetencji danej organizacji. Wydaje się zresztą, że skoro dla przekazania kompetencji organów państwa organizacji międzynarodowej – co wszak słusznie podlega obostrzonej kontroli – Konstytucja wymaga zgody kwalifikowanej, tym bardziej dla przywrócenia organom państwowym ich pierwotnych kompetencji tryb ten nie powinien być wymagany.

Tak więc uchwalenia ustawy wymaga *de lege lata* wypowiedzenie – tj. w większości przypadków sama notyfikacja – umowy międzynarodowej, dla której ratyfikacji była wymagana zgoda ustawowa. Omawiany projekt zmiany Konstytucji nie przewiduje uchylenia art. 89 (ani tym bardziej art. 133 ust. 1), a zarazem proponuje dla UE wprowadzenie w cytowanym art. 227k osobnego trybu wystąpienia z Unii, pomijając przy tym całkowicie, że art. 89 będzie mógł nadal być zastosowany do wypowiedzenia Traktatu akcesyjnego z Aten. Proponowany art. 227k dotyczy wszak jedynie podjęcia decyzji o wystąpieniu z Unii przez Radę Ministrów, ale nie unieważnia on kompetencji Prezydenta RP do dokonania aktu w sferze międzynarodowoprawnej – za zgodą, o której mowa w art. 89 Konstytucji.

Wobec powyższego, nasuwa się pytanie, czy art. 227k w zakresie wypowiedzenia umowy międzynarodowej konstytuującej UE miałby stanowić *lex specialis* względem art. 89 ust. 1, czy też miałby go w jakiś sposób uzupełniać. Wykładnia systemowa

44 Art. 133 ust. 1 pkt 1 Konstytucji RP.

45 Por. W. Czapliński, dz. cyt., s. 213.

skłania ku temu, by uznać art. 227k za wyłączający zastosowanie art. 89 do jednej kategorii umów – dotyczących członkostwa w UE. Nie można jednak wykluczyć związanych z tym kontrowersji. Najważniejsza i samoistnie się nasuwająca jest związana z faktem, że w dwuetapowej procedurze wystąpienia w art. 227k, projektodawca nie przewidział aktu wywołującego skutki międzynarodowoprawne, tj. wypowiedzenia umowy. Omawiany przepis reguluje jedynie decyzję Rzeczypospolitej Polskiej *pro foro interno*, oraz warunki ratyfikacji umowy o wystąpieniu z Unii, która, jak już wskazałem, w przypadku zakończenia negocjacji fiaskiem, w zasadzie nie byłaby konieczna dla wystąpienia z UE. Art. 227k pomija natomiast wypowiedzenie. Sam projektodawca twierdzi zresztą: „*Po uzyskaniu takiej zgody Rada Ministrów może notyfikować zamiar wystąpienia z Unii Europejskiej*"[46]. Pojawia się zatem możliwość kolizji między dwoma trybami – przewidzianym dla podjęcia decyzji o wystąpieniu, oraz właściwym dla wypowiedzenia umowy międzynarodowej na podstawie art. 89 Konstytucji. Proponowany art. 227c przewiduje bowiem wyraźnie surowsze wymogi dla udzielenia zgody. Tryb z art. 89 nie tylko nie przewiduje referendum, ale i tryb uchwalenia ustawy jest w tym przypadku trybem zwykłym.

Czwartą przyczyną krytyki art. 227k jest propozycja oddania w gestię Sejmu – a następnie, zgodnie z art. 227c, pod obrady Sejmu i Senatu bądź alternatywnie narodu wypowiadającego się w referendum, zgody na podjęcie określonej decyzji przez Radę Ministrów oraz pośrednio – na dokonanie wypowiedzenia Traktatu akcesyjnego przez Prezydenta RP. Rada Ministrów, zgodnie z art. 146 Konstytucji m.in. „*prowadzi politykę zagraniczną Rzeczypospolitej Polskiej*", „*zapewnia bezpieczeństwo zewnętrzne państwa*", „*sprawuje ogólne kierownictwo w dziedzinie stosunków z innymi państwami i organizacjami międzynarodowymi*". Być może większe zaufanie do władzy ustawodawczej niż wykonawczej, jak i niewypowiedziane postulaty legitymizmu demokratycznego decydują o przyznaniu Sejmowi kontroli nad wykonywaniem właściwych Radzie Ministrów kompetencji, ale zaproponowana regulacja nie wytrzymuje krytyki. Skutki decyzji RM mogą mieć wprawdzie doniosłość w sferze ustawodawczej, m.in. poprzez udział przedstawicieli RM w posiedzeniach Rady Unii Europejskiej, ale kontroli tej kompetencji poświęcono osobną ustawę[47]. Zgodnie z art. 2 wspomnianej ustawy, RM jest zobowiązana do współpracy z Sejmem i Senatem w sprawach związanych z członkostwem Polski w UE, ale pomijając spór o to, czy przez owe sprawy rozumieć należy także wystąpienie z Unii – który wydaje się łatwy do rozstrzygnięcia na korzyść zdania pozytywnego – należy zauważyć, że RM nie mogłaby „z dnia na dzień", do tego samodzielnie, doprowadzić do wystąpienia z Unii, ze względu na złożony tryb wystąpienia i konieczność ratyfikacji umowy dotyczącej warunków wystąpienia. W każdym razie krytycznie należy ocenić propozycję poddania decyzji RM pod referendum ogólnokrajowe, gdyż narażałoby to proces decyzyjny Rady Ministrów na całkowity paraliż. Paradoksalnie również byłoby to niewskazane ze względu na możliwość całkowitego pominięcia – przy dwukrotnym zastosowaniu procedury z art. 227c – Senatu w procesie decyzyjnym dotyczącym wystąpienia z UE.

> *Polska nie mogłaby uchylić się od wykonania umowy o wystąpieniu, uzasadniając to sprzecznością umowy z Konstytucją.*

46 Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie Konstytucji RP z 1997 r., s. 13.

47 Ustawa z 8 października 2010 r. o współpracy Rady Ministrów z Sejmem i Senatem w sprawach związanych z członkostwem Rzeczypospolitej Polskiej w Unii Europejskiej (Dz.U. z 2010 r. Nr 213, poz. 1395).

Jak już wspomniałem, tryb zatwierdzenia i notyfikacji decyzji o wystąpieniu z Unii przewiduje także art. 22a zmienionej od 13 lutego 2011 r. ustawy o umowach międzynarodowych. Abstrahując od analizy nowego przepisu pod kątem jego zgodności z obowiązującą Konstytucją oraz jego współobowiązywania z art. 50 TUE, warto zauważyć sam fakt regulacji trybu wystąpienia na poziomie ustawy. *Prima facie* zmiana ta jest zgodna z art. 50 TUE, jako że reguluje ona wewnątrzustrojowy tryb podjęcia decyzji o wystąpieniu. Projekt owej decyzji ma być przedłożony Prezydentowi po jego przyjęciu przez RM, ale dopiero „*po uzyskaniu zgody wyrażonej w ustawie*". Tym samym, jako że art. 22a ogranicza się do uregulowania notyfikacji (dokonywanej przez Prezesa Rady Ministrów), nie przesądzając trybu ewentualnych negocjacji RM z Radą Europejską, zasadniczo przewiduje on dwustopniową procedurę wystąpienia. Czy zatem wobec jej ustawowej regulacji konieczne jest dodatkowe jej wysłowienie w tekście Konstytucji? Wydaje się to mocno wątpliwe.

Piąty powód sprzeciwu wobec zmiany istniejącego *status quo* w zakresie wystąpienia z Unii jest powiązany z dwoma argumentami poprzednimi. Jeśli bowiem uznać, że art. 227k wyłącza całkowicie w stosunku do UE zastosowanie art. 89 Konstytucji, do czego należałoby się skłonić na podstawie wykładni systemowej, pojawiłby się zgoła inny problem – dotyczący dublowania trybu w ramach samego art. 227k. Trudno przypuszczać, aby dwukrotne odwołanie w omawianym przepisie do art. 227c było przypadkowe. Oto zatem projektodawca proponuje, aby Sejm dwukrotnie decydował o trybie – wpierw podjęcia decyzji na forum Rady Ministrów – a następnie wyrażenia zgody na ratyfikację umowy wieńczącej proces występowania z UE. Mogłoby się zatem zdarzyć, że wyniki dwóch następujących po sobie referendów byłyby różne[48]. Pomijając kwestię kosztów dwóch referendów, należy zastanowić się, czy np. udzielenie Prezesowi Rady Ministrów mandatu do notyfikowania Radzie Europejskiej zamiaru wystąpienia i tym samym podjęcia żmudnych negocjacji przez Radę Ministrów, a następnie referendalny (ale równie dobrze parlamentarny) sprzeciw wobec ratyfikacji względnie korzystnej umowy międzynarodowej nie oznaczałby konieczności wycofania notyfikacji, ze wszystkimi tego politycznymi i dyplomatycznymi skutkami. Należy bowiem pamiętać, że brak zgody na ratyfikację, wyrażony w referendum (wskutek braku wymaganej zwykłej większości), jest w świetle proponowanego art. 227c ust. 4 wiążący[49]. Również zwykły sprzeciw Sejmu i Senatu musiałby oznaczać konieczność wycofania notyfikacji – co jednak moim zdaniem nie musi oczywiście stanowić samo w sobie wady zaproponowanego rozwiązania.

> ***Ratyfikacja umowy międzynarodowej ustalającej warunki wystąpienia Polski z UE musiałaby nastąpić równocześnie lub po przywróceniu Konstytucji do stanu sprzed nowelizacji.***

Szósty argument przemawiający za krytyką omawianego projektu, dotyczy kontrowersyjnej kwestii kompetencji Prezydenta RP co do momentu podjęcia decyzji o ratyfikacji umowy międzynarodowej. Jak wiadomo, obowiązująca Konstytucja nie wyznacza Prezydentowi w tym zakresie żadnego terminu, co jest zrozumiałe z punktu widzenia istoty wielostronnych

48 Jest to tym bardziej prawdopodobne, że referendum udzielające zgody na decyzję RM o wystąpieniu mogłoby zostać podjęte bez rozmysłu lub pod wpływem wyłącznie emocji, natomiast drugie – następujące już po wynegocjowaniu np. dotkliwych finansowo skutków wystąpienia – mogłoby odbywać się już w całkiem innej atmosferze.

49 Podobnie jest w przypadku art. 125 ust. 3 i art. 235 ust. 6 Konstytucji RP.

umów międzynarodowych. Ich wejście w życie jest bowiem często obwarowane odpowiednią liczbą ratyfikacji i niewątpliwym elementem suwerenności państwowej jest możliwość decydowania przez głowę państwa o czasie ratyfikacji traktatu w zależności od przystępowania (a częściej nieprzystępowania) określonych państw do danej umowy[50]. W dodatku zgodnie z art. 133 ust. 2 Konstytucji, Prezydentowi przysługuje przed dokonaniem ratyfikacji wniosek o przeprowadzenie przez Trybunał Konstytucyjny prewencyjnej kontroli umowy międzynarodowej co do jej zgodności z Konstytucją. Trybunał Konstytucyjny nie jest związany w tej mierze żadnym terminem na rozpoznanie sprawy, a jego pozytywny wyrok, w odróżnieniu od prewencyjnej kontroli ustawy, nie wiąże głowy państwa. Jest to zresztą wobec powyższych uwag na temat uprawnień Prezydenta zupełnie zrozumiałe. Wszystko to jednak skłania do uznania, że procedura wystąpienia z UE może zostać zablokowana również tuż przed ratyfikacją umowy – co notabene w tej sytuacji osłabia również sens instytucji fakultatywnych referendów[51].

Ostatni, siódmy argument jest z pewnością najbardziej dyskusyjny i dotyczy konsekwencji ewentualnego uznania przez Trybunał Konstytucyjny za sprzeczną z Konstytucją umowy dotyczącej warunków wystąpienia. Rozmiar artykułu nie pozwala na przeanalizowanie wszystkich nasuwających się przy tym wątpliwości. Z całą pewnością w przypadku negatywnego wyniku kontroli prewencyjnej dokonywanej w trybie art. 133 ust. 2, ratyfikacja umowy byłaby niedopuszczalna. W takim przypadku skutek orzeczenia Trybunału byłby *de facto* tożsamy ze zwykłą odmową ratyfikacji przez Prezydenta, z różnicą wynikającą z mocy argumentów wyroku jako wskazówek negocjacyjnych dla Rady Ministrów. Natomiast większe wątpliwości nasuwają potencjalne konsekwencje uznania za niekonstytucyjną umowy dotyczącej warunków wystąpienia z UE już po jej ratyfikacji. Z całą pewnością kontrola formalnej zgodności wystąpienia z Unii z Konstytucją, tj. ze wzorcem z art. 227k, byłaby dopuszczalna i nie powinna budzić kontrowersji. Problem natomiast pojawia się w związku z ewentualnością uznania niektórych materialnych postanowień omawianej umowy za niezgodne z Konstytucją. W obu sytuacjach – naruszenia zarówno proceduralnych, jak i materialnych norm Konstytucji – należałoby wypowiedzieć umowę o warunkach wypowiedzenia w przewidzianym przez nią samą trybie, a w braku jakichkolwiek postanowień w tej kwestii znów pojawiłby się problem dopuszczalności jednostronnego wypowiedzenia traktatu na podstawie art. 56 ust. 1 KPT. Warto przypomnieć, że zgodnie z art. 27 KPT, „*Strona nie może powoływać się na postanowienia swojego prawa wewnętrznego dla usprawiedliwienia niewykonywania przez nią traktatu*"[52]. Polska zatem – także ze względu na treść art. 9 Konstytucji – nie mogłaby w świetle prawa międzynarodowego uchylić się od zobowiązań wynikających z umowy o wystąpieniu, uzasadniając to sprzecznością danej umowy z Konstytucją. Pojawiłby się zatem w tym hipotetycznym przypadku niezwykle skomplikowany problem na styku prawa konstytucyjnego i prawa międzynarodowego publicznego, którego rozstrzygnięcie domagałoby się osobnej analizy.

Oczywiście warto postawić pytanie o podstawę, tj. wzorzec kontroli możliwy do zastosowania przez Trybunał Konstytucyjny przy ewentualnym orzeczeniu o niekonstytucyjności umowy o warunkach wystąpienia Polski z UE. Z całą pewnością podstawy tej nie mogłoby stanowić wystąpienie jako takie, natomiast trzeba zauważyć, że jeśli wystąpieniu temu nie towarzyszyłaby ponowna zmiana Konstytucji w zakresie usunięcia art. 227a (a wraz z nim w zasadzie całego Rozdziału Xa), Trybunał mógłby dostrzec tę wewnętrzną sprzeczność i orzec niezgodność wynegocjowanej umowy z wymienionym przepisem. Ponadto niezgodne z Konstytucją mogłyby okazać się normy intertemporalne związane z ochroną praw nabytych – choć trzeba pamiętać, że treść umowy

50 Tytułem przykładu można podać choćby rozciągnięty w czasie i politycznie uwarunkowany proces ratyfikacji Traktatu z Lizbony – w szczególności w Polsce i Czechach; por. także np.: G. von Glahn, dz. cyt., s. 486–487.

51 Wiążąca moc wyniku referendum co do zgody na ratyfikację umowy międzynarodowej nie unieważnia sporu o związanie nią także Prezydenta RP.

52 Art. 27 zd. 2 KPT odwołuje się wprawdzie do art. 46, lecz dotyczy on jedynie formalnych wad przy zawieraniu umowy międzynarodowej, np. braku umocowania organu krajowego do jej zawarcia.

o wystąpieniu nie jest zdeterminowana ani przepisem art. 50 TUE, ani proponowanego art. 227k. Co jednak najważniejsze – wystąpienie mogłoby okazać się niezgodne z Konstytucją, gdyby wzorcem miał być nowy art. 227. Przepis ten dotyczy w swoim proponowanym brzmieniu nowych kompetencji NBP i jak zaznaczyłem we wprowadzeniu, zmienia m.in. jego kompetencje oraz umiejscawia ten organ w strukturze ESBC. Brak zmiany Konstytucji przy jednoczesnej ratyfikacji umowy o wystąpieniu z UE mógłby – w zależności od umówionego terminu wystąpienia – spowodować tymczasowo, że NBP nie odpowiadałby za wartość polskiego pieniądza[53], nie posiadałby wyłącznego prawa emisji pieniądza, jak i nie miałby podstaw do ustalania i realizowania polityki pieniężnej. W tym samym okresie nie istniałaby również RPP[54].

Wszystkie powyższe skutki zmuszają do konstatacji, że ratyfikacja umowy międzynarodowej ustalającej warunki wystąpienia Polski z UE musiałaby nastąpić równocześnie lub po zmianie Konstytucji, polegającej na jej przywróceniu do stanu sprzed nowelizacji[55]. Oczywiście, założeniem zasadniczym jest w tej mierze wejście w życie wszystkich zmian zaproponowanych w omawianym projekcie. Jeśliby jednak ów warunek został spełniony, pojawiłby się problem z ową jednoczesną reformą konstytucyjną i przebiegiem ratyfikacji umowy dotyczącej warunków wystąpienia. Rada Ministrów bowiem, która byłaby uprawniona do prowadzenia negocjacji, nie posiada, zgodnie z art. 235 ust. 1 Konstytucji, inicjatywy w zakresie projektu ustawy o zmianie Konstytucji. Inicjatywa taka przysługuje wyłącznie 1/5 ustawowej liczby posłów, Senatowi lub Prezydentowi. Wprawdzie współpraca RM z Sejmem i Senatem, wymuszona przywołaną ustawą o ich współdziałaniu, mogłaby stanowić forum dla wypracowania właściwego projektu (poselskiego lub senackiego), ale należy przy tym uwzględnić także istotne ryzyko dyskontynuacji prac Sejmu i związane z tym perturbacje spowodowane odsunięciem w czasie wymaganej reformy Konstytucji.

Poza prowadzonymi rozważaniami, ze względu na nadzwyczaj obszerną materię problemu, trzeba pozostawić kwestię skutków wystąpienia Polski z UE dla obowiązywania w Polsce umów międzynarodowych zawartych przez UE z państwami lub organizacjami międzynarodowymi. Zaznaczyć jedynie należy, że o ile wystąpienie nie spowodowałoby zmiany obowiązywania tzw. umów mieszanych, tj. zawieranych jednocześnie przez Unię, jak i przez państwa członkowskie, o tyle zasadniczo ustałyby skutki umów międzynarodowych zawartych przez UE, jako że ich postanowienia, należące do prawa wtórnego Unii i stanowiące część jej *acquis*, nie stanowiłyby już dla Polski prawa przez nią stanowionego w rozumieniu art. 91 ust. 3 obowiązującej Konstytucji. Jak już jednak wskazałem, kwestia sukcesji Polski w stosunkach międzynarodowych w odniesieniu do zawartych traktatów stanowi odrębny problem, niezwiązany bezpośrednio z omawianym zagadnieniem.

6. Podsumowanie

Wszystkie wymienione problemy konstytucjonalizacji wystąpienia z Unii Europejskiej skłaniają ku tezie, zgodnie z którą wprowadzanie zmian do Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 r., polegających na bezpośrednim wyrażeniu w jej tekście dopuszczalności i trybu wystąpienia z Unii Europejskiej, jest niewskazane. Nie oznacza to identycznej oceny innych postulatów *de lege ferenda* związanych ze zmianą Konstytucji spowodowaną członkostwem w UE. Istnieje mimo wszystko obszerna materia konstytucyjna, która domaga się niezbędnych zmian w związku z planowanym przyjęciem waluty euro. Z kolei co do zmian niekoniecznych, a ewentualnie pożądanych, można spierać się o celowość zamieszczenia w Konstytucji osobnego rozdziału poświęconego członkostwu w UE. Na część problemów związanych z konstytucjonalizacją członkostwa w Unii już wskazałem – w podsumowaniu jedynie ograniczę się do stwierdzenia, że nie całkiem bezzasadne jest wprowadzenie pewnych zmian w Konstytucji – zwłaszcza w zamieszczonym w niej katalogu źródeł prawa.

53 Por. art. 227 ust. 1 zd. 2 Konstytucji RP *a contrario*; omawiany projekt zmiany Konstytucji zawiera postulat usunięcia przywołanego przepisu.

54 Por. art. 227 ust. 2 i 6 Konstytucji RP *a contrario*.

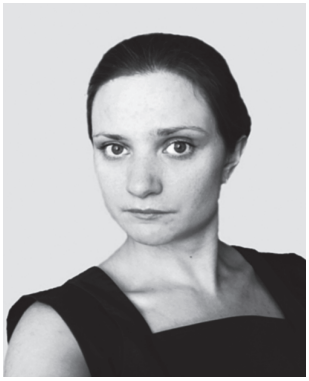
55 Mogłoby to stanowić jednak okazję do dalszych zmian, np. do dekonstytucjonalizacji NBP, której potrzebę omawia np.: Ł. Żukowski, dz. cyt., s. 372.

Krytycznie ocenić jednak trzeba koncepcję konstytucjonalizacji instytucji wystąpienia z Unii i w tej mierze można stwierdzić, że obowiązujące *status quo* dotyczące wypowiedzenia umowy międzynarodowej, wraz z normą traktatową z art. 50 TUE oraz odpowiednią, znowelizowaną regulacją ustawy o umowach międzynarodowych, daje wystarczającą podstawę do ewentualnego wystąpienia Polski z Unii Europejskiej. Przedłożony Marszałkowi Sejmu projekt ustawy o zmianie Konstytucji, w zakresie, w jakim reguluje omawianą instytucję, nie jest w moim przekonaniu wolny od błędów, zarówno o zasadniczym, jak i formalnym charakterze. Wypada mieć nadzieję, że planowanej i nieuniknionej zmianie Konstytucji, z uwagi na jej szczególną doniosłość, towarzyszyć będzie dalsza debata przedstawicieli nauki prawa konstytucyjnego, międzynarodowego i europejskiego, jak i że wyłącznym uzasadnieniem uzupełnienia ustawy zasadniczej o instytucję wystąpienia z Unii nie będzie sam fakt zamieszczenia odpowiedniej klauzuli wystąpienia w zreformowanym tekście Traktatu o Unii Europejskiej.

Ewa Kabza

Precedensowy i prawotwórczy charakter orzeczeń Sądu Najwyższego

Kilka uwag na tle uchwały z 14 września 2007 r.[1]



Ewa Kabza

Doktorantka w Katedrze Prawa Cywilnego i Rodzinnego na Wydziale Prawa i Administracji UMK w Toruniu.

Precedential and the law-making character of the Supreme Court's rulings (some remarks on the Supreme Court's resolution as of 14 September 2007)

The article deals with the case of a sanction provided for a defective legal act of a legal person (society) which serves as a background for discussion on a problem of precedential and law-making decisions of the Polish Supreme Court. As a matter of principle, courts in Poland are not empowered to create law. However, on closer examination of the case-law it appears that the abovementioned clause is false in many cases and often the final result of judicial proceedings is in fact in the court's hands. It seems that the main difference between the common law and the civil law is not precedential and the law-making character of rulings per se but the way in which they are reasoned. The case under discussion does not only neatly illustrate that it is high time to recognize the lawmaking character of judicial exposition of the existing law but also may be an instructive example of the current judicial approach to the separation of powers.

1. Uwagi wprowadzające

W systemie prawa kontynentalnego, sędzia jest niejako „młodszym kolegą" (*junior partner*) ustawodawcy[2]. *De iure* więź ta powinna ograniczać się do stosowania przepisów uchwalonych przez ustawodawcę. Jednakże można też twierdzić, iż *de facto*

1 III CZP 31/07, OSNC 2008/2/14.

2 A. Barak, *The Judge in a Democracy*, Princeton University Press 2006, s. XVIII. Podaję za: T. Flemming-Kulesza, *Czy w Polsce możemy mówić o prawie precedensowym?* [w:] A. Śledzińska-Simon, M. Wyrzykowski, *Precedens w polskim systemie prawa*, Warszawa 2010, s. 15.

sędzia, jako dobry „kolega" powinien, jeśli to niezbędne, wytknąć też „wady" swemu „starszemu koledze". Problematyczne pozostaje natomiast w jakim stopniu „młodszy kolega" jest (powinien być) legitymowany do poprawiania (ignorowania?) przepisów prawa po to, aby wydane orzeczenie czyniło zadość poczuciu sprawiedliwości i racjonalności. *A fortiori* trzeba postawić pytanie, w jakim więc stopniu Monteskiuszowski podział jest tylko „martwą" reminiscencją XIX-wiecznej francuskiej kodyfikacji, a w jakim „żyjącą" zasadą o priorytetowym znaczeniu. Możliwe jest także, iż trójpodział władzy przeobraził się w kooperację trzech władz a idea separacji ewaluowała i w efekcie zrodziła się idea partycypacji instytucji państwowych i pozapaństwowych w procesie tworzenia i stosowania prawa[3].

Stosowanie analogii[4] przez dogmatyków prawa jest uważane za swoisty bastion tradycjonalizmu. „W ogromnej większości przypadków analogia jest w gruncie rzeczy tylko pewnym pretekstem, jedną z licznych fikcji, którymi operujemy w prawie, chcąc ratować walor pewnych zasad, które praktycznie są nie do utrzymania"[5]. Oznacza to, że w prawie XXI wieku, w którym stabilność i prostota ustępuje raz po raz miejsca elementom „teraźniejszości, zmienności, dynamiczności i złożoności"[6], analogia stanowi doskonałą metodę petryfikacji przyjętych wcześniej rozwiązań. Zaprzeczeniem tego twierdzenia jest natomiast uchwała z 14 września 2007 r., w której SN właśnie poprzez zastosowanie analogii wyszedł naprzeciw nowym potrzebom oraz tendencjom istniejącym w prawie zagranicznym. Posługując się wnioskowaniem *per analogiam legis* Sąd Najwyższy wydał uchwałę o prawotwórczym charakterze, która stała się ponadto (co można stwierdzić po upływie trzech lat od jej wydania) rozstrzygnięciem precedensowym. Z punktu widzenia teoretyka, dokonana przez Sąd Najwyższy wykładnia jest pogwałceniem zasad *ius interpretandi* oraz sposobem na tworzenie prawa z pominięciem demokratycznych procedur ustawodawczych. Niemniej jednak posłużyła jednocześnie do sformułowania „bardziej" sprawiedliwego i „bardziej" europejskiego rozstrzygnięcia. Prześledzenie wywodu Sądu Najwyższego, a także krytyczna ocena dokonanej wykładni posłuży do wykazania, iż postępowanie *lege artis* było tylko fasadą i zasłoną dla aktywizmu sędziowskiego (tzw. kryptoprawotwórstwo sądowe)[7]. Trzeba bowiem sobie uświadomić prostą zależność. Im bardziej będzie eksponowana ideologia związanej prawem decyzji sądowej, tym śmielej będą sądy formułowały wypowiedzi o występowaniu luki w prawie.

2. Stan faktyczny sprawy

Stan faktyczny sprawy, która stanowi kanwę dla dalszych rozważań był następujący: aby spełnić ustawowy wymóg minimalnych funduszy własnych, osiem małych banków spółdzielczych „przystąpiło do siebie nawzajem", art. 38 § 1 pkt 6 Prawa spółdzielczego[8] zastrzega do wyłącznej właściwości walnego zgromadzenia podejmowanie uchwał w sprawie przystąpienia do innych instytucji gospodarczych, w tym np. do innej spółdzielni. W stanie faktycznym będącym przedmiotem rozstrzygnięcia, niektóre zarządy, umocowane do reprezentacji spółdzielni, złożyły oświadczenia o przystąpieniu do pozostałych spółdzielni bez wymaganej uprzedniej zgody walnego zgromadzenia. Zgoda taka natomiast została wyrażona *ex post*. Oświadczenia zarządów, mimo późniejszego potwierdzenia dokonanego przez walne zgromadzenie, dotknięte były, zgodnie z utrwaloną linią orzeczniczą, sankcją nieważności bezwzględnej. O ile w odniesieniu do niektórych osób prawnych (np. spółek kapitałowych) istnieje możliwość potwierdzenia wadliwej czynności prawnej dokonanej przez zarząd[9], takiej możliwości nie przewiduje

3 Zob. stanowisko T. Staweckiego wobec „radykalnych" poglądów prezentowanych przez L. Morawskiego. Tenże, *Precedens w polskim porządku prawnym. Pojęcie i wnioski de lege ferenda* [w:] A. Śledzińska-Simon, M. Wyrzykowski, *Precedens…*, s. 93.

4 Szerzej na temat analogii w prawie cywilnym zob. E. Kabza, *Problem stosowania analogii w prawie cywilnym*, „Forum Prawnicze" 2010, nr 1, s. 44–65.

5 A. Stelmachowski, *Zarys teorii prawa cywilnego*, Warszawa 1998, s. 301. Zob. też Z. Radwański, *Uwagi o wykładni prawa cywilnego*, RPEiS 2009, nr 1, s. 13.

6 R. Tokarczyk, *Kultura prawa europejskiego* [w:] C. Mik (red.), *Europeizacja prawa krajowego*, Toruń 2000, s. 21.

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

8 Ustawa z 16 września 1982 r. Prawo spółdzielcze, t.j. Dz.U. z 2003 r. Nr 188, poz. 1848 ze zm.

9 Zob. np. art. 17 Kodeksu spółek handlowych (ustawa z 15 września 2000 r., Dz.U. z 2000 r. Nr 94, poz. 1037 ze zm.), art. 17a ust. 2 ustawy o zasadach wykonywania uprawnień przysłu-

prawo spółdzielcze. Różnicowanie takie, jak sądzić trzeba, pozbawione jest głębszego uzasadnienia. Pojawiła się więc wątpliwość, czy dopuszczalne byłoby (w odniesieniu do spółdzielni) stosowanie *per analogiam* przepisów art. 103 i art. 104 k.c.[10] do wadliwych działań organów i „fałszywych" piastunów osób prawnych. W ten sposób organ stosujący prawo mógłby bowiem wydać orzeczenie odpowiadające oczekiwaniom społeczeństwa, które zarazem stanowiłoby pewną „nowość normatywną"[11].

Podkreślenia wymaga uniwersalny charakter rozważań Sądu Najwyższego. Choć zadane pytanie *explicite* dotyczyło wyłącznie problemu sankcji w przypadku wadliwej czynności zarządu spółdzielni, SN w omawianej uchwale udzielił „odpowiedzi na pytanie o sankcję dokonania czynności prawnej w imieniu osoby prawnej w charakterze jej organu bez kompetencji do tego". Tak więc celem Sądu Najwyższego było *explicite* sformułowanie normy generalnej, nie zaś rozstrzygnięcia w danej konkretnej sytuacji. Wobec tego, Sąd Najwyższy intencjonalnie (jak się wydaje) ukształtował normę o charakterze ogólnym i abstrakcyjnym[12]. Nie ograniczył się wyłącznie do aktu stosowania prawa. Postawił krok dalej i stworzył nową podstawę prawną dla rozstrzygania kwestii sankcji wadliwych czynności prawnych osób prawnych (nie tylko spółdzielni).

Dodać trzeba, że uchwała Sądu Najwyższego nie dość, że ma charakter prawotwórczy, to z perspektywy czasu można ją również zakwalifikować jako precedensową. „Oddolne" (sądowe) tworzenie prawa jest „skrojone" na potrzeby konkretnego rozstrzygnięcia. Odpowiada ono potrzebom określonego stanu faktycznego. Gdy okazuje się, że podobnych przypadków jest więcej, a rozwiązanie zastosowane we wcześniejszej sprawie „pasuje", wówczas norma konkretno-indywidualna może stać się wiążącą normą generalno-abstrakcyjną uznaną przez organy „odgórnie" tworzące prawo (ustawodawcę). Tak też się stało niemal we wszystkich sprawach zawisłych przed Sądem Najwyższym od 2007 r., w których pojawił się problem czynności prawnej dokonanej w imieniu osoby prawnej bez kompetencji do tego. Bez większego uzasadnienia kolejne składy orzekające przywoływały właśnie uchwałę będącą kanwą niniejszych rozważań[13]. Pożądana przez praktyków zmiana w prawie dokonała się poprzez prawotwórczą uchwałę Sądu Najwyższego niejako „w zastępstwie" uprawnionych do takich działań organów ustawodawczych. Uchwała ta funkcjonuje

> ***Zmiana w prawie dokonała się poprzez prawotwórczą uchwałę SN niejako „w zastępstwie" uprawnionych organów ustawodawczych.***

gujących Skarbowi Państwa (ustawa z 28 sierpnia 1996 r., Dz.U. z 1996 r. Nr 106, poz. 493 ze zm.), postanowienie SN z 28 marca 1990 r., III CRN 62/90, LEX nr 110579.

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

11 L. Morawski, *Główne problem współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, Warszawa 2005, s. 282; M. Zirk-Sadowski, *Precedens a tzw. decyzja prawotwórcza*, PiP 1980, z. 6, s. 73; A. Stelmachowski, *Prawotwórcza rola sądów (w świetle orzecznictwa cywilnego)*, PiP 1967, z. 4–5, s. 619.

12 Tak m.in. J. Wróblewski, *Sądowe stosowanie prawa a prawotwórstwo*, PiP 1967, z. 6, s. 871.

13 Zob. m.in. wyrok SN z 9 listopada 2007 r., V CSK 278/06, LEX nr 467478; wyrok SN z 29 listopada 2007 r., III CSK 169/07, OSNC 2009/1/17; wyrok SN z 14 lutego 2008 r., II CSK 501/07, LEX nr 361439; wyrok SN z 11 czerwca 2008 r., V CSK 6/08, LEX nr 453127; uchwała SN z 19 grudnia 2008 r., III CZP 122/08, OSNC 2009/7–8/115 [„Sprzedaż nieruchomości przez kościelną osobę prawną osobie świeckiej, bez wymaganego w prawie kanonicznym zezwolenia właściwej władzy kościelnej, stanowi czynność prawną niezupełną (art. 63 k.c.)]; wyrok SN z 5 lutego 2009 r., I CSK 297/08, LEX nr 494004; wyrok SN z 6 lutego 2009 r., IV CSK 271/08, LEX nr 529733; wyrok SN z 17 kwietnia 2009 r., III CSK 304/08, LEX nr 511002; wyrok SN z 17 września 2009 r., IV CSK 144/09, LEX nr 564977; wyrok SN z 17 marca 2010 r., II CSK 511/09, Biul. SN 2010/5/13.

zatem tak, jak gdyby miała za sobą autorytet ustawy[14], faktycznie wpływa na podejmowanie innych decyzji[15]. *De facto* powstała nowa, niepisana (niemniej jednak respektowana) norma prawa cywilnego. Nie ulega więc wątpliwości waga zapadłego w sprawie rozstrzygnięcia, które bywa nawet określane w doktrynie (może nieco przesadnie) jako jedno z najbardziej doniosłych orzeczeń Izby Cywilnej SN po 1989 r.[16]

3. *Sankcja wadliwych czynności prawnych spółdzielni* de lege lata

Sąd Najwyższy w przedmiotowej uchwale rozstrzygnął niezwykle doniosły problem, a mianowicie, czy w razie zawarcia umowy przez zarząd spółdzielni, bez wymaganej do jej ważności uchwały walnego zgromadzenia lub rady nadzorczej, ma zastosowanie przepis kodeksu cywilnego dopuszczający potwierdzenie umowy zawartej przez *falsus procurator* (art. 103 § 1 i § 2 k.c.)[17]. Innymi słowy – czy w razie braku apriorycznej zgody walnego zgromadzenia lub rady nadzorczej, czynność prawna dokonana przez zarząd będzie dotknięta sankcją nieważności bezwzględnej (na podstawie art. 58 § 1 k.c.[18], lub art. 39 w związku z art. 38 k.c.[19]), czy też bezskuteczności zawieszonej. W dotychczasowym orzecznictwie dominował pogląd, iż „art. 103 k.c. nie może (…) w drodze analogii znaleźć zastosowania w razie działania «fałszywego organu» (art. 39 k.c.)"[20], co oznaczało bezwzględną nieważność takich czynności *ab initio* oraz *ipso iure*. W piśmiennictwie natomiast od dawna pojawiały się głosy podające w wątpliwość rygorystyczne stanowisko SN. Nieliczni przedstawiciele doktryny wywodzili, że skoro osoba prawna działa przez swoje organy, to zarówno działania fałszywego organu, jak też organu rzeczywistego, ale z przekroczeniem jego kompetencji, powinny być zakwalifikowane jako pozór czynności prawnej (czynność prawna nieistniejąca)[21]. Zdecydowana większość doktryny postulowała złagodzenie sankcji bezwzględnej nieważności czynności prawnej dokonanej z przekroczeniem zakresu umocowania. Przy czym niektórzy opowiadali się za wykreowaniem jednolitej instytucji przedstawicielstwa, która obejmowałaby swym zakresem także zagadnienia związane z reprezentacją osób prawnych przez organy tych osób[22]. Tym samym, wadliwa czynność prawna osoby prawnej podlegałaby reżimowi przewidzianemu dla czynności dokonanych przez rzekomego pełnomocnika. Inni natomiast, mniej radykalni, postulowali pozostawienie decyzji w kwestii konwalidacji wadliwej czynności prawnej stronom zobowiązania. Oznacza to, że sanacja czynności prawnej dokonanej z naruszeniem art. 39 k.c. byłaby dopuszczalna „w drodze wzajemnego porozumienia" stron[23]. Urzeczywistnieniem zgłaszanych („liberalizujących") wniosków jest art. 52 § 1 projektu księgi pierwszej kodeksu cywilnego, opracowany przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa

14 Tak A. Stelmachowski, *Prawotwórcza rola sądów (w świetle orzecznictwa cywilnego)*, PiP 1967, z. 4–5, s. 612.

15 J. Wróblewski, *Wartości a decyzja sądowa*, Wrocław 1973, s. 133.

16 S. Sołtysiński, *Glosa do uchwały siedmiu sędziów SN – Izba Cywilna z dnia 14 września 2007, III CZP 31/07*, OSP 2008, nr 5, s. 390.

17 Trzeba bowiem pamiętać, że czasami ogólna kompetencja zarządu do reprezentacji jest ograniczona obowiązkiem uzyskania zgody innego organu.

18 Por. co do znaczenia art. 58 k.c. wyrok SN z 28 marca 2007 r., II CSK 530/06, LEX nr 315395; uchwała SN z 12 października 2001 r., III CZP 55/01, OSNC 2002/7–8/87; wyrok SN z 12 maja 2000 r., V CKN 1029/00, OSNC 2001/6/83 (art. 58 k.c. dotyczy jedynie przesłanki nieważności odnoszącej się do treści i celu czynności prawnej). Zob. też Z. Radwański [w:] Z. Radwański (red.), *System prawa prywatnego. Prawo cywilne – część ogólna. Tom II*, Warszawa 2002, s. 224. Odmiennie: wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 6 czerwca 2002 r., I ACa 1372/01, OSA 2004/1/2.

19 Wątpliwości budzi jednak sama kwalifikacja dokonania czynności prawnej bez wymaganej uchwały innego organu osoby prawnej jako przekroczenia zakresu umocowania organu. Co do szczegółów zob. np. M. Smyk, *Glosa do wyroku SN z dnia 17 kwietnia 2009 r., III CSK 304/08*, LEX/el. 2010 i cyt. tam literatura.

20 Wyrok SN z 12 grudnia 1996 r., I CKN 22/96, OSNC 1997/6–7/75. Por. wyrok SN z 26 czerwca 1997 r., I CKN 130/97, LEX nr 78438; wyrok SN z 5 lipca 2007 r., II CSK 162/07, OSNC 2008/11/130 (Do czynności prawnych dokonanych z naruszeniem przepisów o właściwości i zakresie reprezentacji Skarbu Państwa stosuje się odpowiednio art. 103 § 1 i 2 k.c.).

21 E. Gniewek (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz do art. 1–534*, Warszawa 2004, s. 137. Zob. też wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 6 czerwca 2002 r., I ACa 1372/01, OSA 2004/1/2.

22 Tak M. Gutowski, *Nieważność czynności prawnej*, Warszawa 2008, s. 145.

23 S. Grzybowski (red.), *System Prawa Cywilnego. Część ogólna*, Wrocław 1985, s. 375.

Cywilnego. We wspomnianym przepisie dopuszcza się potwierdzenie czynności prawnej, dokonanej przez osobę prawną, do której odrębne przepisy wymagały zgody innego organu niż ten, który złożył oświadczenie[24]. Bowiem, jak wynika to z uzasadnienia Komisji Kodyfikacyjnej, sankcja nieważności bezwzględnej jest „zbyt surowa i nieadekwatna do celów, którym ma służyć. Ani ochrona pewności obrotu, ani wzgląd na interes osoby prawnej nie wymagają stosowania sankcji nieważności".

4. Przesłanki stosowania wnioskowania per analogiam legis

Aby ocenić zasadność posłużenia się przez SN analogią z ustawy, trzeba po pierwsze rozważyć, czy w obecnym stanie prawnym istnieje luka konstrukcyjna co do sankcji przekroczenia kompetencji przez organ osoby prawnej. Dopiero jej wykazanie otwiera drogę do stosowania wnioskowania *per analogiam*[25]. Po wtóre, rozstrzygnięcia wymaga kwestia oparcia mechanizmu działania osoby prawnej na teorii przedstawicielstwa (*Vertretertheorie*) w obliczu jasno sformułowanej kodeksowej teorii organu. Odwołanie się do teorii przedstawicielstwa i „ożywienie" sformułowanej w literaturze przedwojennej koncepcji przedstawicielstwa statutowego, jako trzeciego rodzaju przedstawicielstwa (obok pełnomocnictwa i przedstawicielstwa ustawowego) miało na celu wskazanie instytucji podobnej do organu osoby prawnej. Bowiem jeśli dany przepis ma być stosowany w drodze analogii do innej, prawnie relewantnej lecz nieuregulowanej sytuacji (w uchwale chodzi o analogiczne stosowanie przepisów o pełnomocnictwie do organu osoby prawnej), musi on normować przypadki najbliższe, najbardziej podobne, najbardziej stosowne[26], bardzo zbliżone[27], „najbliższe, podobne do rozstrzyganego przypadku ze względu na istotne cechy"[28].

Zarówno istnienie luki konstrukcyjnej, jak i wykazanie istotnego podobieństwa między normą istniejącą w porządku prawnym, a sytuacją nieuregulowaną, są koniecznymi przesłankami dopuszczalności wnioskowania *per analogiam*. Tylko ich kumulatywne wystąpienie umożliwia stosowanie analogii. Inną kwestią jest natomiast zasadność zastosowania w danej sprawie reguł odstępstwa oraz wydanie przez SN prawotwórczego rozstrzygnięcia (o tym w dalszej części).

5. Kwestia „podobieństwa" instytucji pełnomocnictwa oraz organu osoby prawnej

Analogia *legis* polega na tym, że do danego stosunku prawnego stosuje się normę prawną, której hipoteza dotyczy wprawdzie innego, ale podobnego stanu faktycznego. Chodzi bowiem o to, „aby norma prawna harmonijnie wchodziła do całości prawa stanowionego jako nowy człon powstały z jego organizmu i dzielący jego właściwości, albowiem norma ta wchodziłaby w tę całość, gdyby ta nie zawierała luki"[29]. W ocenie składu orzekającego, między instytucją pełnomocnictwa a instytucją organu osoby prawnej istnieje „istotne podobieństwo", polegające na tym, że „zarówno pełnomocnik, jak i osoba pełniąca funkcję organu mają działać w granicach przyznanych im kompetencji, skutki zaś takiego ich działania są przypisywane bezpośrednio – odpowiednio – mocodawcy lub osobie prawnej. Funkcja obu tych instytucji jest więc podobna"[30]. Tym samym

24 Projekt księgi pierwszej kodeksu cywilnego, opracowany przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Cywilnego działającą przy Ministrze Sprawiedliwości z października 2008 r. Por. też Z. Radwański (red.), *Zielona Księga. Optymalizacja wizji Kodeksu Cywilnego w Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2006, s. 51. Ponadto bogatą dokumentację prezentuje S. Sołtysiński. Tenże, *Skutki działań piastunów wadliwego składu zarządu lub rady nadzorczej w spółkach kapitałowych oraz spółdzielniach* [w:] W. Popiołek (red.), L. Ogiegło (red.), M. Szpunar (red.), *Rozprawy prawnicze. Księga pamiątkowa Profesora Maksymiliana Pazdana*, Zakamycze 2005, s. 1367–1391.

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

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

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

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

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

30 Uchwała SN (7) z 14 września 2007 r., III CZP 31/07, OSNC 2008/2/14. Zob. A. Klein, *Charakter prawny organów osób prawnych* [w:] J. Błeszyński, J. Rajski (red.), *Rozprawy z prawa cywilnego. Księga pamiątkowa ku czci Witolda Czachórskiego*, Warszawa 1985, s. 127.

SN odwołał się do koncepcji przedstawicielstwa statutowego osoby prawnej[31], odchodząc zarazem od dogmatycznej interpretacji teorii O. Gierke'go.

Jądrem teorii przedstawicielstwa statutowego jest postrzeganie organu osoby prawnej jako „części treści podmiotowego stosunku prawnego", utożsamienie go częściowo z porządkiem organizacyjnym, określonym zespołem uprawnień danej osoby prawnej. Bowiem organ nie jest wyłącznie częścią konstrukcji osoby prawnej, czy elementem jej ustroju. W strukturze każdej osoby prawnej wyróżnić można określone składniki oraz pewne cechy charakterystyczne, przemawiające przeciwko utożsamieniu istoty osoby prawnej ze zdolnością prawną i traktowaniu tej osoby wyłącznie jako „punktu zaczepienia" dla praw i obowiązków grupy ludzi, działających w ramach danej osoby prawnej[32]. Co istotne, zwolennicy teorii przedstawicielstwa statutowego przez reprezentację rozumieją taką konstrukcję prawną, która umożliwia łączenie skutków cudzych działań prawnych z podmiotem sfery praw[33]. Oznacza to, przy założeniu odrębności podmiotowej organu od osoby prawnej, że reprezentacja jest konstrukcją prawną jednolitą, bez względu na to czy odnosi się do działania przedstawiciela ustawowego, pełnomocnika, czy organu osoby prawnej. Reprezentacja osoby prawnej obejmuje więc te zdarzenia prawne, które mogą być objęte przedstawicielstwem ustawowym, jak i pełnomocnictwem[34].

Wobec powyższego – w opinii składu orzekającego w tej sprawie – spełniona jest przesłanka „istotnego podobieństwa" uzasadniająca zastosowanie analogii.

Sądzić można, że zasadność odwołania się do koncepcji przedstawicielstwa statutowego jest wątpliwa. *De lege lata*, słuszne jest bowiem twierdzenie, że organ osoby prawnej oraz jej pełnomocnik to dwie odrębne instytucje i nie należy ich utożsamiać[35]. O ile na gruncie przepisów kodeksu zobowiązań z 1933 r., z racji braku ogólnych przepisów o osobach prawnych, można byłoby bronić koncepcji przedstawicielstwa statutowego, o tyle w obecnie obowiązującym porządku prawnym teoria organów jest przesądzona wyraźnym przepisem kodeksowym. Zgodnie z art. 38 k.c., osoba prawna działa przez swoje organy w sposób przewidziany w ustawie i w opartym na niej statucie. Źródłem przyznania kwalifikacji organu i uprawniania organu jest struktura organizacyjna osoby prawnej. Zachowania więc takiego podmiotu są zachowaniami samej osoby prawnej (fikcja prawna). Dlatego też osoba prawna ponosi bezpośrednią odpowiedzialność za szkodę wyrządzoną z winy organu (art. 416 k.c.). Kompetencja pełnomocnika natomiast wynika z umocowania, a więc czynności prawnej dokonanej przez osobę prawną. Pełnomocnik działa w imieniu i na rzecz innej osoby w granicach umocowania i jest odrębnym podmiotem od reprezentowanego, podczas gdy organ jest częścią struktury osoby prawnej[36]. „Osoba występująca w charakterze członka organu osoby prawnej (…) nie jest jej przedstawicielem i odwrotnie – osoba działająca jako przedstawiciel nie jest członkiem organu osoby prawnej uprawnionym do reprezentacji tejże osoby prawnej"[37]. Rację przyznać trzeba zwolennikom twierdzącym, że w aktualnym stanie prawnym brak podstaw dla formułowania tezy o podobieństwie organu osoby prawnej oraz pełnomocnika[38]. Dodać można, że w prawie polskim poszczególne przypadki ustawowego umocowania do działania w cudzym imieniu są objęte regulacją szczególną. Dla przykładu można wymienić chociażby art. 98 k.r.o., art. 159 k.r.o.[39] czy też, według niektórych, art. 97 k.c.[40] Brak

31 Tak też E. Skowrońska w glosie do uchwały SN (7) z 30 maja 1990 r., III CZP 8/90, PiP 1991, z. 4, s. 116. Zwolennikami byli: T. Dziurżyński, Z. Fenichel, M. Honzatko (co do szczegółów zob. T. Szczurowski, *Przekroczenie kompetencji przez organ osoby prawnej*, Glosa 2008, nr 3, s. 72–73).

32 A. Klein, *Ewolucja instytucji osobowości prawnej* [w:] E. Łętowska (red.), *Tendencje rozwoju prawa cywilnego*, Warszawa 1983, s. 71.

33 M. Smyk, *Pełnomocnictwo według kodeksu cywilnego*, Warszawa 2010, s. 106.

34 Tamże.

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

36 A. Kidyba, *Członek zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością jako pełnomocnik*, Glosa 2007, nr 2, s. 21.

37 Postanowienie SN z 18 października 2002 r., V CKN 111/01, LEX nr 56065.

38 Co do szczegółów zob. K.A. Dadańska, *Działanie osoby prawnej*, Warszawa 2006, s. 30–36.

39 M. Borkowski, *Glosa do uchwały SN z 14 września 2007 r.*, III CZP 31/07, LEX/el 2009.

40 Tak np. A. Kidyba, J. Mojak, *Glosa do wyroku SN z 17 grudnia 1985 r., III CRN 395/85*, Palestra 1988, nr 5, s. 128.

natomiast podobnego przepisu dotyczącego organu osoby prawnej. Jedynie w zakresie, w jakim treść struktury organizacyjnej osoby prawnej kształtowana jest przepisami prawnymi, obok czynności prawnych i decyzji administracyjnych, organ osoby prawnej jest przedstawicielem ustawowym osoby prawnej[41]. Niemniej jednak, część przedstawicieli doktryny uznała zasadność odwołania się do koncepcji przedstawicielstwa statutowego przy określaniu charakteru prawnego zarządu spółki partnerskiej, zarządu wspólnoty mieszkaniowej oraz zarządcy, któremu powierzono zarząd nieruchomością wspólną należącą do właścicieli lokali tworzących tzw. dużą wspólnotę mieszkaniową[42].

6. Luka w prawie co do sankcji wadliwych czynności prawnych spółdzielni

Nawet jeśli uzna się spełnienie warunku „istotnego podobieństwa" (akceptując teorię przedstawicielstwa), to trudno zaakceptować twierdzenie o istnieniu luki w prawie. Luka konstrukcyjna, a tylko jej wystąpienie otwiera drogę do stosowania analogii, istnieje wtedy, „gdy określona kwestia wymagająca regulacji prawnej nie została w ogóle unormowana"[43]. Wykazanie istnienia luki w prawie wymaga przedstawienia jednoznacznych argumentów, gdyż luki takiej nie można domniemywać[44].

Sąd Najwyższy przyjął założenie, zgodnie z którym „nie normując w art. 39 k.c. sankcji dokonania czynności prawnej w imieniu osoby prawnej w charakterze jej organu bez kompetencji do tego, ustawodawca pozostawił ustalenie tej sankcji sądom, przy zastosowaniu ogólnych reguł wykładni prawa". Oznacza to, że interpretator w pierwszej kolejności powinien posłużyć się wykładnią językową, systemową i funkcjonalną, co jest zgodne z dyrektywą pierwszeństwa wykładni *sensu stricto*. Dopiero gdy mimo zastosowania całego instrumentarium wykładni *sensu stricto* luka istnieje nadal, sąd może odwołać się do reguł wnioskowań prawniczych (w tym do analogii)[45]. Mimo tej deklaracji, SN nie uwzględnił wyników wykładni systemowej, które dają precyzyjną odpowiedź na pytanie będące przedmiotem rozpoznania w danej sprawie[46]. W drodze wykładni systemowej można bowiem zrekonstruować sankcję prawną działania organu osoby prawnej w sposób sprzeczny z art. 38 § 1 pkt 6 Prawa spółdzielczego. Jest to sankcja bezwzględnej nieważności. Wobec powyższego, nie ma podstaw do twierdzenia o istnieniu luki konstrukcyjnej. Co najwyżej można mówić o luce niewłaściwej (aksjologicznej), która występuje wówczas, gdy co prawda norma prawna daje pozytywne rozstrzygnięcie, jednakże jest ono sprzeczne z oceną interpretatora[47]. Niemniej jednak „to, że trafność (…) zamierzeń i ich społeczne skutki są przedmiotem krytyki, nie może uzasadniać tezy, że ma (…) miejsce luka prawna, do wypełniania której, w ramach wykładni mieszczącej się w stosowaniu, a nie już w tworzeniu prawa, upoważnione są sądy"[48].

Dokonując dalszej analizy uzasadnienia omawianej uchwały, natrafić można na ciekawą konstatację. W ocenie SN fakt, iż „art. 39 § 1 k.c. zawiera jedynie normę odpowiadającą art. 103 § 3 k.c., a brak w nim odpowiedników art. 103 § 1 i 2, nie oznacza woli ustawodawcy uznania wszystkich czynności prawnych dokonanych przez osoby działające w imieniu osoby prawnej w charakterze jej organu bez kompetencji do tego za bezwzględnie nieważne". Wątpliwa bowiem jest wykładnia, która z milczenia ustawodawcy wywodzi najpoważniejszą sankcję – *negotium nullum*[49]. W takiej sytuacji należałoby przyjąć raczej mechanizm tzw. otwartej sankcji. Oznaczać by to miało uzależnienie przyjęcia sankcji nieważności bezwzględnej lub

41 A. Klein, *Charakter prawny* …, s. 129.

42 Zob. M. Smyk, *Pełnomocnictwo* …, s. 109 i cyt. tam literatura.

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

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

45 L. Morawski, *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2006, s. 197.

46 Odmiennie E. Rott-Pietrzyk, *Dopuszczalność potwierdzenia czynności rzekomego organu* [w:] J. Gołaczyński, P. Machnikowski, *Współczesne problemy prawa prywatnego. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Edwarda Gniewka*, Warszawa 2010, s. 540.

47 J. Wróblewski, *Interpretatio secundum, praeter et contra legem*, PiP 1961, z. 4–5, s. 619.

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

49 A. Zbiegień, *Zgoda organu na dokonanie czynności prawnej przez zarząd spółki kapitałowej i spółdzielni. Rozważania na tle uchwały SN z 14 września 2007 r. (III CZP 31/07)*, Studia Iuridica 2008, nr 49, s. 255.

bezskuteczności zawieszonej od sposobu działania rzekomego organu[50]. Argumentacja SN przypomina w tym miejscu „zabieg" zwany w literaturze zagranicznej „odmładzaniem" starych przepisów według nowych wzorów[51]. Symptomatyczna dla takiego podejścia jest uchwała z 26 września 1969 r., w której SN stwierdził: „ogólne uregulowanie (…) jest całkowicie nieadekwatne do zasługujących ze wszech miar na ochronę interesów znacznej części ludności (…) i jako takie nie czyni zadość istotnej potrzebie społecznej. To zaś usprawiedliwia z kolei ocenę, że takie całkowicie nieodpowiadające uzasadnionym potrzebom społecznym uregulowanie jest równoznaczne z omawianego punktu widzenia z brakiem uregulowania, a więc że w takim wypadku występuje także luka w prawie, usprawiedliwiająca zastosowanie analogii"[52]. Mówiąc inaczej, SN posłużył się następującą argumentacją – co nie jest zakazane, to jest dozwolone, ale co miało być zakazane, powinno być wyraźnie zakazane[53]. Zestawienie art. 39 k.c. i art. 103 k.c. prowadzi do odmiennych wniosków. „Ewentualne braki w zakresie reprezentacji (…) są oceniane na podstawie art. 39 k.c., natomiast działanie przez daną osobę przy braku umocowania lub z przekroczeniem jego granic podlega ocenie na podstawie art. 103–105 k.c."[54]. Ustawodawca odrębnie i w sposób zupełny unormował skutki wadliwej reprezentacji w odniesieniu do organów osób prawnych oraz pełnomocników. „Normatywnym odpowiednikiem art. 39 § 1 k.c. jest art. 103 § 3 k.c., z tą jednak różnicą, że norma wyrażona w art. 39 k.c. ma charakter bezwzględny, natomiast regulacja zawarta w art. 103 § 3 k.c. obwarowana jest zastrzeżeniem, że znajdzie ona zastosowanie «w braku potwierdzenia»"[55]. Nie ma bowiem w obecnym stanie prawnym normatywnych przesłanek do odniesienia skutków określonych w art. 103 i 104 k.c. do uchybienia zasadom reprezentacji przez organ osoby prawnej. Nie dostarcza ich z pewnością art. 39 k.c. Gdyby racjonalny ustawodawca chciał sanacji wadliwych czynności dokonanych przez organ osoby prawnej, znalazłoby to odzwierciedlenie w odmiennym kształcie art. 39 k.c. Prawodawca „dostrzegł" problem np. w art. 17 k.s.h.[56] (możliwość potwierdzenia *ex post* czynności prawnej dokonanej przez spółkę[57] w przypadku braku zgody na jej dokonanie, gdy zgoda na jej dokonanie wymagana jest *ex lege*), czy art. 17a ust. 2 ustawy o zasadach wykonywania uprawnień przysługujących Skarbowi Państwa. Zatem nie można domniemywać, iż mamy do czynienia z „niezamierzonym przeoczeniem" ustawodawcy[58]. W związku z tym, przy założeniu zamkniętego katalogu przypadków, w których dopuszczalne jest potwierdzenie wadliwych czynności prawnych (przy „wyczerpującym uregulowaniu kwestii"[59]), *a contrario* stwierdzić trzeba, że w innych

> ***Precedensy w systemie prawa stanowionego są niezbędnym lekarstwem na niedomagania funkcjonowania porządku prawnego.***

50 E. Rott-Pietrzyk, *Dopuszczalność potwierdzenia…*, s. 545.

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

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

53 Tak trafnie A. Kidyba, *Członek zarządu…*, s. 22.

54 Uchwała SN z 23 sierpnia 2006 r., III CZP 68/06, OSNC 2007/6/82. Analogicznie M. Borkowski, *Konsekwencje prawne działania „fałszywego" piastuna organu osoby prawnej*, PPH 2008, nr 7, s. 52.

55 J. Grykiel, *Skutki wadliwej reprezentacji w ramach organu osoby prawnej*, Prawo Spółek 2008, nr 11, s. 50.

56 Ustawa z 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych, Dz.U. z 2000 r. Nr 94, poz. 1037 ze zm.

57 Przepis nie znajduje więc zastosowania w sytuacji dokonania czynności prawnej przez byłego członka zarządu, czy tzw. zarząd kadłubowy.

58 Wyrok SN z 25 kwietnia 2007 r., IV CSK 34/07, LEX nr 461601. Zob. też trafna argumentacja w wyroku SN z 4 czerwca 1993 r., I PRN 58/93, OSNC 1994/2/45.

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

przypadkach wadliwego działania osób prawnych nie jest dopuszczalna konwalidacja. To właśnie dzięki istnieniu wyraźnych regulacji szczególnych możliwe jest potwierdzenie wadliwie dokonanej czynności prawnej. Analogia jest bowiem niedopuszczalna, gdy przepis wyjątkowy (np. art. 17 k.s.h., art. 17 a ust. 2 ustawy) mógłby stanowić podstawę do argumentu *a contrario*[60]. Niewłaściwe jest też założenie, że „termin «nieważność» użyty w art. 17 § 1 k.s.h. odnosi się, analogicznie jak termin «nieważność» użyty w art. 17 k.c., do konsekwencji braku potwierdzenia czynności prawnej w odpowiednim czasie, a nie do – podlegających jedynie uwzględnieniu przy rozstrzyganiu o rodzaju sankcji – konsekwencji wadliwości czynności prawnej występującej już w chwili dokonania czynności prawnej"[61]. Istnienia luki nie dopatrzył się także SN w uchwale z 5 grudnia 2008 r.[62] *Expressis verbis* stwierdził, iż brak *de lege lata* podstawy prawnej dla uznania bezskuteczności czynności prawnej dokonanej przez osobę prawną bez wymaganej przez ustawę uchwały walnego zgromadzenia. „W konsekwencji skoro nie ma luki prawnej w regulacji, to sięganie po analogię jest wykluczone"[63]. Bowiem analogia *legis* jako „ewidentny przypadek prawotwórstwa interpretatora, dopuszczalna jest wyłącznie wtedy, gdy służy uzupełnieniu systemu prawa przez wypełnienie tzw. luk konstrukcyjnych tego systemu"[64].

7. Teleologiczny charakter uchwały

Dyskutowane orzeczenie, z teoretycznego punktu widzenia, jest sprzeczne z rudymentarnymi zasadami *ius interpretandi*. *De lege lata* nie istnieje bowiem luka konstrukcyjna co do sankcji wadliwych czynności prawnych dokonanych przez spółdzielnię. Brakuje również przekonującego uzasadnienia posługiwania się konstrukcją przedstawicielstwa statutowego. Co więcej, dopóki obowiązuje art. 39 k.c., dopóty podejmowane próby „wprowadzenia bocznymi drzwiami" zwyczaju potwierdzania czynności prawnych dokonanych przez osoby prawne z przekroczeniem ich kompetencji, będzie napotykało na opór ze strony zwolenników pozytywizmu prawniczego. Niemniej jednak warto rozstrzygnąć jego poprawność na płaszczyźnie teleologicznej. Tym samym jest również niezbędne rozważenie potrzeby powszechnej akceptacji aktywnej postawy sędziów w procesie stosowania prawa.

Zgodzić się można bowiem w pewnym stopniu z twierdzeniem SN, iż najdonioślejsze znaczenie „należy przypisać wykładni funkcjonalnej, nie zaś tak zwanym logicznym konsekwencjom teoretycznych konstrukcji". Trzeba mieć na uwadze, że potwierdzenie jest postacią zgody na dokonanie czynności prawnej, z tą różnicą, że wyrażona jest już po złożeniu oświadczenia przez osoby dokonujące czynności prawnej. Wobec powyższego nieuzasadniona wydaje się być odmowa uznania zgody wyrażonej *ex post* tylko dlatego, że nie została uzyskana przed powzięciem uchwały.

Zarówno teoretycy prawa, jak i judykatura, co do zasady opowiadają się za niedopuszczalnością stosowania analogii do przepisów szczególnych. W omawianym przypadku za *lex specialis* uznać trzeba art. 17 k.s.h., czy art. 17a ust. 2 ustawy o zasadach wykonywania uprawnień przysługujących Skarbowi Państwa. Jednak zasada, że wyjątków analogicznie stosować nie można, nie ma charakteru absolutnego. Jest to tylko pewien topos argumentacyjny, nie zaś bezwzględnie obowiązująca reguła. Jeśli bowiem u podstaw wydania przepisu wyjątkowego leżało tożsame *ratio iuris*, z jakim mamy do czynienia w sytuacji nieuregulowanej, dopuszczalne jest stosowanie w drodze analogii przepisu o charakterze *lex specialis* (zgodnie z paremią *ubi eadem legis ratio, ibi eadem dispositio*)[65]. Takim *ratio legis* są względy natury celowościowej. Z uwagi na masowy charakter i skalę gospodarczą umów zawieranych przez osoby prawne działające przez organy (i nie chodzi tu wyłącznie o spółki prawa handlowego), istnieje potrzeba

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

61 Wyrok SN z 17 kwietnia 2009 r., III CSK 304/08, LEX nr 511002.

62 Uchwała SN z 5 grudnia 2008 r., III CZP 124/08, LEX nr 469106.

63 T. Szczurowski, *Glosa*…, s. 69.

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

65 R. Longchamps, *Wstęp do nauki prawa cywilnego*, Lublin 1922, s. 40. Por. też literaturę przywołaną przez J. Nowacki, *Przyczynek do uzasadnienia analogii*, PiP 1965, z. 5–6, s. 760 oraz uchwałę SN (7) z 19 stycznia 2006 r., III CZP 100/05, OSNC 2006/6/95.

potwierdzania wadliwych czynności prawnych[66]. Dla obrotu gospodarczego bowiem korzystniejsza jest sytuacja, w której jego uczestnikom pozostawiona jest decyzja o losie (ważności) dokonanej czynności prawnej. Nie ma wątpliwości, że sankcja bezskuteczności zawieszonej skuteczniej ochroni interesy osoby prawnej, której zasady reprezentacji zostały naruszone. Najczęściej zarówno wadliwie reprezentowania osoba prawna, jak i jej kontrahent, mogą być zainteresowani utrzymaniem ważności dokonanej czynności prawnej[67]. Dlatego też, w opinii niektórych, nie wydaje się być uzasadniony istniejący w obecnym stanie prawnym dualizm sankcji (nieważność bezwzględna oraz bezskuteczność zawieszona) uzależniony wyłącznie od rodzaju osoby prawnej.

Sądzić jednak należy, że właściwszym przepisem do stosowania *per analogiam legis* byłby art. 17 k.s.h. Gdyby SN zastosował analogię z art. 17 k.s.h., zamiast odnosić się do ogólnej normy z art. 103 k.c., możliwość potwierdzenia wadliwej czynności prawnej byłaby ograniczona dwumiesięcznym terminem zawitym. Przyjęcie takiego rozwiązania nie tylko umożliwiałoby sanację wadliwej (bo dokonanej bez wymaganej zgody) czynności prawnej, ale również gwarantowałoby pewność obrotu, bez zbytniego uprzywilejowania jednej ze stron poprzez brak ograniczenia czasowego do potwierdzenia tej czynności. Trzeba bowiem zauważyć, że art. 103 k.c. nie wprowadza *ex lege* żadnego terminu do potwierdzenia umowy, pozostawiając ewentualne jego ustalenie uznaniu stron. O ile w przypadku będącym przedmiotem analizy SN w interesie obu stron było utrzymanie istniejącego węzła obligacyjnego, to w sytuacjach, w których istnieje konflikt interesów, brak zakreślonych granic czasowych może wywoływać skrajnie nieuczciwe zachowania kontraktujących stron i stanowi pogwałcenie zasady słuszności kontraktowej[68].

Ponadto, uzasadnione byłoby ograniczenie katalogu podmiotów, których czynności prawne dokonane „za osobę prawną" (jako organ) podlegałyby sanacji. Rozwiązanie przyjęte przez SN umożliwia potwierdzenie czynności prawnej dokonanej przez jakąkolwiek osobę – w tym np. przez odwołanego członka zarządu[69]. Art. 17 k.s.h. natomiast zawęża przypadki, w których istnieje możliwość wyrażenia zgody *ex post* do czynności prawnych dokonanych przez spółkę. Z drugiej strony, w k.s.h. przewidziano tylko sanację czynności prawnej, dokonanej bez wymaganej zgody. Poza zakresem art. 17 k.s.h. pozostaje więc każda taka czynność prawna zawarta w imieniu spółki, której wadliwość ma podstawy inne niż brak uzyskania zgody.

> *Różnorodność systemów prawa w Europie to* vis affirmativa *dla wzbogacenia własnej kultury (także prawnej) o elementy obce.*

Zauważyć też trzeba, iż coraz częściej głoszony jest postulat „śmielszej" wykładni tekstów prawa cywilnego[70] i odejścia od absolutyzacji tekstu przepisu jako „materiału" interpretacji, nawet jeśli wydaje się jasny językowo[71]. Egzemplifikacją tego zjawiska

66 Uchwała SN z 5 grudnia 2008 r., III CZP 124/08, MoP 2009/7. SN dopuścił możliwość potwierdzenia umowy zawartej przez niemający wymaganej kompetencji organ osoby prawnej m. in. w następujących orzeczeniach: uchwała SN (7) z 30 maja 1990 r., III CZP 8/90, OSNC 1990/10–11/124; wyrok SN z 5 grudnia 2007 r., I CNP 41/07, OSNC-ZD 2008/3/92; wyrok SN z 22 lipca 1998 r., I PKN 223/98, OSNP 1999/16/509; wyrok SN z 22 stycznia 2002 r., V CKN 650/00, LEX nr 54335.

67 A. Opalski, *Pojęcie organu osoby prawnej*, PiP 2009, z. 1, s. 30.

68 C. Żuławska, *Wokół zasady wolności umów*, Acta Universitatis Wratislaviensis 1994, nr 1690, s. 180 i n.

69 M. Grykiel, *Sankcja wobec czynności prawnej dokonanej przez „fałszywy organ" osoby prawnej*, PPH 2008, nr 3, s. 51.

70 Z. Radwański, *Uwagi o wykładni prawa cywilnego*, RPEiS 2009, nr 1, s. 13.

71 T. Stawecki, *O praktycznym zastosowaniu hermeneutyki w wykładni prawa*, s. 16; http://konferencja.wpia.uw.edu.pl/files/streszczenia.pdf.

jest praktyka wykształcona na tle art. 108 k.c., który reguluje problem dokonywania czynności prawnych przez pełnomocnika z „samym sobą". Wydawać by się mogło, iż sankcją dokonania czynności prawnej z „samym sobą", wobec jasnego i niebudzącego żadnych wątpliwości brzmienia przepisu (*verba legis*: „pełnomocnik nie może być drugą stroną czynności prawnej, której dokonywa w imieniu mocodawcy"), jest nieważność bezwzględna. Niemniej jednak przyjmuje się, iż chodzi tutaj o tzw. czynność niezupełną. Tym samym, dopuszczalne jest jej potwierdzenie przez mocodawcę[72]. Uważa się bowiem, iż zgoda mocodawcy na dokonanie czynności prawnej „z samym sobą" stanowi poszerzenie udzielonego pełnomocnikowi umocowania. Jednak w momencie dokonywania czynności prawnej „z samym sobą" bez zgody mocodawcy na jej dokonanie, pełnomocnik działa bez umocowania. Wobec tego powinien być traktowany jako *falsus procurator*[73]. Wykładnia taka jest ewidentnym przejawem „życzliwej interpretacji" (*benigna interpretatio*) oświadczeń woli. Niezrozumiałe jest więc opowiedzenie się przez SN za „rygorystyczną interpretacją" czynności prawnych dokonanych przez osoby prawne z przekroczeniem granic umocowania.

8. Uchwała SN na tle prawnoporównawczym

Dworkin stworzył postać „super-sędziego", „sędziego-Herkulesa", który orzekając stawia sobie za cel znalezienie takiego rozwiązania, które najlepiej pasuje do systemu prawnego jako całości oraz znajduje najmocniejsze uzasadnienie w systemie (*dimension of fit* oraz *dimension of justification*)[74]. Orzekanie przez sędziego-Herkulesa jest procesem dynamicznym, w którym rzeczywistość odzwierciedlona jest na bieżąco w jego orzeczeniach[75]. Decyzja sądowa wydana przez Herkulesa powinna w szczególności uwzględniać to, czy dany przepis prawny nie spotkał się z krytyką środowiska prawniczego oraz czy nie jest traktowany przez społeczeństwo jako niesprawiedliwy[76]. Jeśli na tak postawione pytania padnie odpowiedź twierdząca oznacza to, że przepis traci swoje „grawitacyjne właściwości" (jest błędny) a w rezultacie można nawet odstąpić od jego zastosowania[77]. Dlatego w pewnych okolicznościach należy dopuścić możliwość poszukiwania podstawy normatywnej przy użyciu nie tylko przepisów prawa, ale i ocennych kryteriów otwartych oraz innych decyzji stosowania prawa[78]. Tak też postąpił SN w uchwale z 14 września 2007 r., orzekając w zgodzie z „duchem" europejskich ustawodawstw. Wystarczy wspomnieć przepis § 177 BGB (umowa zawarta przez fałszywego piastuna jest czynnością kulejącą – *schwebend unwirksam*[79]). We Francji dopuszczalność potwierdzenia wadliwych umów dokonanych z przekroczeniem zakresu kompetencji przez piastunów spółki handlowej potwierdza wyrok Trybunału Kasacyjnego z 8 stycznia 2002 r.[80] Również w zasadach UNIDROIT 2004 przesądzono dopuszczalność stosowania ogólnych reguł dotyczących przedstawicielstwa do organów osób prawnych, a więc i potwierdzenie czynności prawnej dokonanej przez pełnomocnika działającego bez umocowania lub z jego przekroczeniem[81]. Także w prawie angielskim, gdzie istnieją tzw. ogólne zasady pełnomocnictwa (*general principles of*

72 Co do szczegółów zob. M. Smyk, *Pełnomocnictwo*…, s. 318–319 i przywołana tam literatura.

73 P. Drapała, *Czynność prawna z „samym sobą"*, PiP 2002, z. 10, s. 59.

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

75 Tamże.

76 L. Morawski formułuje trzy przesłanki, których wystąpienie uzasadnia tworzenie przez sąd nowych reguł – a mianowicie: rażący błąd legislacyjny, aksjologiczny lub prakseologiczny – L. Morawski, *Główne problemy*…, s. 333.

77 M. Koszowski, *Anglosaska doktryna precedensu. Porównanie z polską praktyką orzeczniczą*, Warszawa 2009, s. 70–71.

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

79 W doktrynie zwolennicy teorii organu, traktują piastunów osoby prawnej jako przedstawicieli organizacyjnych. Co do szczegółów zob. S. Sołtysiński, *Skutki*…, s. 1386.

80 Bezwzględna nieważność dotyka czynności prawnej dokonanej z naruszeniem przepisów o umocowaniu organizacyjnym piastuna spółki handlowej (*dirigeants sociaux*) np. w przypadku udzielenia gwarancji czy obciążenia majątku spółki prawem rzeczowym. Podobne rozwiązania przyjęła prowincja Quebec. Zob. S. Sołtysiński, *Skutki*…, s. 1387.

81 Art. 2.2.9, art. 2.2.1. Zob. też komentarz do art. 2.2.1. http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2004/integralversionprinciples2004-e.pdf.

agency), próżno szukać rozwiązania podobnego do przyjętego w Polsce[82]. Wobec powyższego nie ulega wątpliwości, iż w zachodnich porządkach prawnych dominująca jest tendencja uznawania wadliwych czynności prawnych za czynności kulejące (*negotium claudicans*). Z uwagi na trwający w Europie proces harmonizacji prawa prywatnego, szczególnie istotne jest uwzględnianie tak w tworzeniu, jak i stosowaniu prawa metody prawnoporównawczej. Skład orzekający SN w omawianej uchwale jest świadomy ciążącej na nim powinności sięgania do obcych porządków prawnych i rozstrzygania spraw w zgodzie z duchem prawa państw Europy.

9. Wnioski końcowe

Konkludując poczynione uwagi stwierdzić trzeba, iż teza omawianej uchwały, z punktu widzenia reguł teleologicznych, zasługuje na aprobatę. Względy natury celowościowej przemawiają za dopuszczalnością zastosowania w drodze analogii art. 103 § 1 i 2 k.c. do umowy zawartej przez zarząd spółdzielni bez wymaganej do jej ważności uchwały walnego zgromadzenia lub rady nadzorczej. Niemniej jednak, co było sygnalizowane, w drodze stosowania tradycyjnych reguł egzegezy prawniczej wywieść należałoby tezę przeciwną. Taki dualizm rozwiązań, uzależniony wyłącznie od aktywistycznej lub pasywnej postawy organu stosującego prawo, nie jest zjawiskiem pożądanym, gdyż rodzi niepewność prawa. Z jednej strony można krytykować sposób wykładni Sądu Najwyższego, gdyż „właściwym sposobem zmiany nietrafnych rozwiązań [czyli braku możliwości sanacji wadliwej czynności prawnej zarządu spółdzielni – przyp. autorki] może być ich korekta, dokonana na – jedynie możliwej w państwie prawa – drodze ustawodawczej"[83]. Z drugiej strony natomiast, w opinii niektórych nie da się w dalszym ciągu utrzymywać, biorąc pod uwagę globalnie judykaturę, iż „sądy są powołane tylko do stosowania prawa i jego prawidłowej wykładni. Nawet jeżeli zdaniem sądu obowiązująca norma zdaje się wymagać reformy, sąd jest nią związany, dopóki nie wkroczy ustawodawca"[84]. Współczesne kanony wykładni stały się bardziej elastyczne i dynamiczne.

Doktryna w większości uznała precedensowy charakter omawianej uchwały. Mówi się nawet, iż wykładnia przyjęta przez skład orzekający w 2007 r. stała się „aktualną interpretacją"[85]. Biorąc pod uwagę tylko liczbę orzeczeń Sądu Najwyższego, które zapadły po wydaniu tego precedensowego orzeczenia jest oczywiste, że istnieje nagląca potrzeba przeciwdziałania uznawaniu czynności prawnych za bezwzględnie nieważne. Ustawodawca zaś do dnia dzisiejszego zdaje się „nie zauważać" problemu i aprobować prawotwórczy charakter orzeczenia. W związku z powyższym uzasadniona jest teza, iż precedensy w systemie prawa stanowionego są niezbędnym lekarstwem na niedomagania funkcjonowania porządku prawnego[86]. I nie ma w tej sytuacji antynomii pomiędzy stałością i niezmiennością prawa a potrzebą elastyczności orzekania. Ustalone orzecznictwo w rezultacie wydania precedensowego rozstrzygnięcia i wysoki „współczynnik jego akceptacji" również wpływa na pewność prawa.

> ***„Fetyszyzm zasad" oraz monizm prawniczy, jak się wydaje, powinny ustąpić różnorodności źródeł prawa – polijurystyczności (polyjurality).***

82 Por. *Grant v United Kingdom Switchback Railways Co* (1888) 40 ChD 135; D. French, S. Mayson, Ch. Ryan, *Company Law*, Oxford 2007–2008, s. 592–593.

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

84 Uchwała SN (7) z 19 marca 1962 r., I CO 4/62, OSPiKA 1962/191.

85 P. Machnikowski, *Prawo wekslowe*, Warszawa 2009, s. 95.

86 T. Stawecki, *Precedens…*, s. 98.

Postępujące procesy harmonizacji prawa powodują stopniowe zacieranie się różnic między systemami prawa stanowionego i precedensowego. Nie powinno oznaczać to jednak „ekskomuniki anglosaskiego sposobu rozumienia świata i skazania na zesłanie poglądów wypracowanych na gruncie tej tradycji”[87]. Różnorodność systemów prawa w Europie to *vis affirmativa* dla wzbogacenia własnej kultury (także prawnej) o elementy obce. „Fetyszyzm zasad” oraz monizm prawniczy, jak się wydaje, powinny ustąpić różnorodności źródeł prawa – polijurystyczności (*polyjurality*)[88]. Normy prawa stanowionego, które „rodzą się” w umyśle ustawodawcy po to, by kiedy przyjmą postać konkretnych aktów prawnych, regulować rzeczywiste stosunki prawne mogą koegzystować z normami, które sędzia formułuje w oparciu o konkretny stan faktyczny. Prawo nie jest „wielkością stałą, określoną aktem ustawodawczym «raz na zawsze»”[89]. Raczej jest dziedziną praktyczną związaną ze społeczną rzeczywistością. Kodeksy zaś mają „spartańską cechę bezlitosności względem spontaniczności oraz nieczułości na to, co mgliste i nieznane”[90]. Posłuszeństwo prawniczemu pozytywizmowi, traktowanie sędziów wyłącznie jako *la buche de la loi,* a w rezultacie zakaz prawotwórstwa sądowego, *de facto* wzmacnia (zamiast ograniczać) pozycję organów stosujących prawo[91]. Nikt nie czyni ich odpowiedzialnymi za kształt prawa. A to właśnie sądy nadają znaczenie normom prawnym, czego dowodem jest omawiana uchwała. Tak więc należałoby konsekwentnie trwać bądź to przy deklarowanym pasywizmie, lub też przyznać sądom pewne uprawnienia normotwórcze.

87 P. Legrand, *Diaboliczna idea*, Nowa Europa. Przegląd Natoliński 2008, nr 2 (7), s. 95.

88 P. Legrand, *Against a European Civil Code*, The Modern Law Review 1997, tom 60, nr 1, s. 59.

89 J. Stelmach, *Przypadek trudny w prawie* [w:] A. Choduń, S. Czepita, *W poszukiwaniu dobra wspólnego. Księga jubileuszowa Profesora Macieja Zielińskiego*, Szczecin 2010, s. 143.

90 M.A. Schneider, *Culture and Enchantment*, Chicago 1993, s. 40.

91 L. Morawski, *Precedens…*, s. 11.

Michał Kiełb

Pewność prawa vs. nieokreśloność prawa

Michał Kiełb

Doktorant w Katedrze Teorii i Filozofii Prawa WPiA Uniwersytetu Śląskiego, asystent sędziego w Sądzie Okręgowym w Katowicach.

Legal Certainty vs. Legal Indeterminacy

Among the fields of interests of the European jurisprudence the concept of legal certainty plays a significant role. Whereas Americans, at least those of a more progressive orientation, seem to proclaim "we are all realists now", and declare that they are no longer interested in this topic. The indeterminacy thesis made in America is a matter of their concern.

Firstly, being inspired by these completely different approaches, I try to bring forward the issue of legal certainty and present the indeterminacy thesis. The presented analysis focuses only on one element of the legal certainty concept – the predictability. As the concept of predictability seems to be enigmatic, I try to explore particularly what exactly is demandable by the requirement of predictability and when it is satisfied – the literature does not provide an answer here.

Secondly, when referring to the decision theory, I put forward a maximalistic understanding of this requirement and claim that only this one is capable of fulfilling the aims which are commonly associated with legal certainty.

The problem is that the presented understanding of the requirement of legal certainty is not only maximalistic but unrealistic too. The indeterminacy thesis explains why it is so.

1. Wstęp

Podejmując próbę wskazania elementów, jakie łączą Europejczyków i Amerykanów w odniesieniu do zagadnienia pewności prawa, można powiedzieć, że zarówno jednym jak i drugim pojęcie to jest znane. Mówiąc o tym co wspólne, na tym stwierdzeniu należałoby właściwie poprzestać. O ile w Stanach Zjednoczonych pewność prawa postrzegana jest, przynajmniej przez realistycznie zorientowanych prawników, jako *„mit z okresu dzieciń-*

stwa, z którego wyrasta się tak samo jak wyrasta się z wiary w Świętego Mikołaja czy Czarnoksiężnika z Krainy OZ"[1], o tyle w Europie, zarówno na poziomie prawa wspólnotowego, jak i prawa krajowego wszystkich państw członkowskich UE, pewność prawa uznaje się za jedną z podstawowych zasad prawa[2]. Nie przesądzając na wstępie sposobu rozumienia tego pojęcia, niewątpliwie można powiedzieć, że europejskie systemy prawne są do niego ściśle przywiązane, a pewność prawa uznawana jest w nich za wartość o dużym znaczeniu – wspomnieć można chociażby poglądy Radbrucha, dla którego pewność, obok sprawiedliwości i celowości, jest jednym z komponentów idei prawa[3]. Amerykanie z kolei, wraz z pojawieniem się ruchów filozoficzno-prawnych określanych wspólnym mianem realizmu prawniczego (*American Legal Realism*)[4], a następnie wraz z rozwojem Ruchów Krytycznych nad Prawem (*Critical Legal Studies*) porzucili zagadnienie pewności prawa, wątpiąc w możliwość jej osiągnięcia oraz koncentrując dyskurs prawniczy wokół kwestii całkowicie odmiennej – nieokreśloności prawa (*legal indeterminacy*)[5]. Toczoną w tym przedmiocie debatę uważają zaś za kluczową dla współczesnego prawoznawstwa[6].

Diametralnie różne spojrzenia na to samo zagadnienie sugerują, że problem wart jest uwagi. Analizę tematu rozpoczynam od próby przybliżenia zarówno zagadnienia pewności jak i nieokreśloności prawa. Ze względu zaś na to, że poruszana tematyka jest niezwykle obszerna, z konieczności skupiam się wyłącznie na wybranych aspektach rozumienia tych pojęć, by dalej podjąć próbę wskazania wpływu, jaki teza o nieokreśloności prawa wywiera na realną możliwość realizacji jednego z wymogów pewności prawa – przewidywalności. Co istotne, już w tym miejscu wymaga zaznaczenia, że amerykańską teorię prawa, a już zwłaszcza wydanie reprezentowane przez realistów, cechuje szczególne skupienie uwagi na analizie sądowego stosowania prawa[7]. Tezę o nieokreśloności trzeba zatem traktować bardziej jako element „teorii sądzenia" (*theory of adjudication*), a nie teorii prawa w ogóle. W rezultacie, przedstawione rozważania, zwłaszcza prezentowana w ostatniej części artykułu analiza dotycząca realizacji wymogu przewidywalności w warunkach nieokreśloności, ograniczają się jedynie do fragmentu funkcjonowania prawa, tj. przypadków sądowego rozstrzygania sporów.

2. Pewność prawa

Rozważania o pewności prawa warto rozpocząć od zwrócenia uwagi na kwestię, która w dyskursie dotyczącym tego zagadnienia nie jest dostatecznie akcentowana, co z kolei, jak podejrzewam, bezpośrednio wpływa na prezentowane w tej materii twierdzenia. Pojęcie pewności prawa przywoływane jest w wielu kontekstach oraz na użytek różnych argumentacji. Powołują je zarówno sądy i trybunały w uzasadnieniach orzeczeń, równie często można je odnaleźć w dogmatycznych, jak i teoretycznych pracach z zakresu prawoznawstwa. W konsekwencji pojęcie to na tyle przeniknęło do języka prawniczego, że przestało wzbudzać zdziwienie, w jaki sposób prawo jest lub powinno być pewne. Odpowiedź zaś na to niedoceniane i niezauważane pytanie o sens, w jakim cecha ta może przysługiwać prawu, nie jest

1 J.R. Maxeiner, *Legal Certainty: A European Alternative to American Legal Indeterminacy?*, „Tulane Journal of International and Comparative Law", Spring 2007.

2 J. Raitio, *The Principle of Legal Certainty in EC Law*, Dordrecht 2003; P. Mantysaari, *The Law of Corporate Finance: General Principles and EU Law*, Springer 2010, s. 51.

3 G. Radbruch, *Filozofia prawa*, Warszawa 2009, s. 80 i n. Wyjaśnienia wymaga, iż pojęcie „*Rechtssicherheit*", jakim posługuje się Radbruch, bywa również tłumaczone jako „*bezpieczeństwo prawne*". O sposobach rozumienia powołanego pojęcia przez Radbrucha por. M. Wojciechowski, *Uwagi na marginesie pewnego twierdzenia na temat pewności prawa*, „Gdańskie Studia Prawnicze" 2005, t. XIV, s. 208. Terminy „*pewność prawa*" i „*bezpieczeństwo prawne*" często traktowane są w literaturze synonimicznie, por. J. Wróblewski, *Wartość a decyzja sądowa*, Warszawa 1973, s. 94–95. O różnicach rozumienia pewności i bezpieczeństwa prawnego por. T. Spyra, *Granice wykładni prawa: znaczenie językowe tekstu prawnego jako granica wykładni*, s. 192.

4 B. Leiter, *American Legal Realism* [w:] D. Patherson (ed.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Blackwell Publishing 1996, s. 261 i n.

5 J.R. Maxeiner, *Legal Certainty...*, J.R. Maxeiner, *Some Realism about Legal Certainty in the Globalization of the Rule of Law*, „Houston Journal of International Law", Fall 2008.

6 A. D'Amato, *Pragmatic Indeterminacy*, „Northwestern University Law Review" 1990, vol. 8, no. 18, s. 148.

7 I. McLeod, *Legal Theory*, New York 2005, s. 139.

wcale oczywista. Jej udzielenie z kolei należałoby poprzedzić spojrzeniem na kwestie metodologiczne jakie leżą u podstaw formułowanych już w tym zakresie twierdzeń.

Analiza prac poświęconych omawianemu zagadnieniu pozwala zaobserwować, iż jedną z metod, jaka skłania do prezentowania tez odnoszących się do rozumienia pewności prawa, jest odwołanie się do leksykalnej definicji samego pojęcia „pewność". Jeden z autorów, wyjaśniając, iż pod pojęciem pewności prawa należy rozumieć „odznaczanie się przez prawo cechami gwarantującymi możność polegania na przepisach prawnych jako na czymś, czego można być pewnym, co budzi zaufanie, jest wiarygodne i zapewnia poczucie bezpieczeństwa", bezpośrednio odwołuje się do związku głoszonej tezy ze słownikową definicją terminu „pewność"[8]. Łatwo zauważalnym problemem, jaki zarysowuje się na tle przyjęcia powyższej metody, jest brak uzasadnienia wyboru wykorzystanego przez autora słownika, a w konsekwencji wyboru tej a nie innej definicji. Definicje leksykalne różnią się bowiem w zależności od danego słownika[9]. Skorzystanie z różnych słowników może prowadzić do różnych rezultatów, a przede wszystkim prowadzi do wniosku, że oprócz znaczenia leksykalnego, na jakie powołał się autor cytowanej definicji, „pewność" to także: „niezachwiane przekonanie o istnieniu czegoś lub o tym, że rzecz się ma w określony sposób, ufność co do czegoś", „mocne przeświadczenie o istnieniu czegoś, o zgodności czegoś z faktycznym stanem rzeczy", „zdecydowanie, sprawność, niezawodność w działaniu", „całkowita wiarygodność, prawdziwość"[10]. Przymiotnik „pewny" oznacza z kolei: „taki, który niewątpliwie nastąpi; niechybny, zapewniony", „niebudzący wątpliwości, niewątpliwy, udowodniony, wiarygodny", „całkowicie przekonany o czymś, wierzący w coś, niemający wątpliwości"[11].

Wielość i różnorodność przytoczonych wyżej znaczeń leksykalnych prowadzi do wniosku, że rozpatrywanie ich w odniesieniu do prawa niewiele wyjaśnia. Podejmując próbę ustalenia tego, co rozumie się pod pojęciem pewności prawa, metodą w której miałaby ona być „wypadkową" znaczenia takich pojęć jak „pewność" i „prawo", w dalszym ciągu napotyka się równie enigmatyczny rezultat jak punkt wyjścia, od którego próby zostały rozpoczęte i to nawet wówczas, gdy nie zada się pytania o analogiczne wyjaśnienie dla samego pojęcia prawa[12]. Nie dość, że katalog możliwych rozumień kształtowałby się niezwykle obszernie, to w jego skład wchodziłyby rozumienia całkowicie odmienne. Przykładowo można wskazać, że czym innym jest niezachwiane przekonanie, a czym innym sprawność w działaniu. Twierdzenia zaś, że prawo pewne to takie, na którym można polegać, które budzi zaufanie czy wreszcie takie, które niewątpliwie nastąpi, rodzą szereg kolejnych wątpliwości, a możliwość uzyskania jakiegokolwiek sensownego wniosku w tym stanie rzeczy oddala się wraz z sięgnięciem do kolejnego słownika.

Amerykański realizm prawniczy postrzega pewność prawa jako „mit z okresu dzieciństwa".

Mimo wspomnianych mankamentów metoda ta o tyle jednak jest przydatna, iż jej zastosowanie pozwala zwrócić uwagę, że „pewność" jest cechą, która charakteryzuje stan, w jakim może znajdować się dany podmiot. Niezależnie bowiem od istotnych różnic w zakresie przytaczanych definicji ww. terminu,

8 A. Zieliński, *Pewność prawa* [w:] *Jakość prawa*, Dom Wydawniczy ABC 1996, s. 43.

9 Por. A.B. Brodziak, Z. Tobor, *Słowniki a interpretacja tekstów prawnych*, „Państwo i Prawo" 2007, z. 5, s. 28 i n. wraz z przywołaną tam literaturą.

10 S. Dubisz (red.), *Uniwersalny słownik języka polskiego*, Warszawa 2003, t. 3, s. 104; E. Sobol (red.), *Nowy słownik języka polskiego*, Warszawa 2003, s. 650; B. Dunaj (red.), *Słownik współczesnego języka polskiego*, Warszawa 1996, s. 736.

11 *Ibidem*.

12 Enigmatyczność rezultatu uzyskanego przy tej metodzie można porównać do rezultatu zastosowania tej metody przy próbie ustalenia znaczenia zwrotu „zima za pasem".

tym co jest dla nich wspólne jest to, że w mniej lub bardziej zbliżony sposób charakteryzują sytuację podmiotu, stan jego świadomości. O „pewności" można zatem sensownie mówić jedynie w odniesieniu do podmiotu poznania, a nie jego przedmiotu – nie bez przyczyny pewność jest jednym z centralnych pojęć teorii decyzji czy epistemologii[13]. Postrzeganie pewności jako kategorii podmiotowej może z kolei prowadzić do wniosku, iż „pewność prawa" jest pojęciem metaforycznym, bądź po prostu skrótem myślowym – cecha ta, niezależnie od tego jak ostatecznie ją rozumieć, ze swej natury nie może przysługiwać prawu. Czy w takim razie zasadnie można ulec nasuwającej się intuicji, zgodnie z którą mówiąc o pewności prawa nie chodzi nam o to, by prawo było pewne, ale by pewny był podmiot prawa, a prawo tę pewność stwarzało[14]? Rozpatrując to pytanie w ramach przynajmniej jednej ze spotykanych w literaturze i orzecznictwie interpretacji tego pojęcia, odpowiedź jest moim zdaniem pozytywna.

W literaturze przedmiotu pewność prawa jest powszechnie uważana za jeden z elementów składowych koncepcji rządów prawa w jej formalnej wersji (*rule of law*)[15]. Formalne ujęcie rządów prawa nie skupia uwagi na kwestiach odnoszących się do treści prawa, a jedynie na wymogach formalnych, do których zalicza się m.in. wymóg publicznego ogłaszania aktów prawnych, tworzenia norm o charakterze wyłącznie generalnym i abstrakcyjnym, równego stosowania prawa oraz wreszcie – pewności prawa. W jaki zaś sposób rozumiane jest samo pojęcie pewności prawa? Nie powinno być zaskoczeniem, że pojęcie to ani nie doczekało się powszechnie akceptowanej definicji, ani też nie ma w literaturze zgody co do jego elementów składowych. Pewne jest jedno, koncepcja pewności prawa jest wieloaspektowa i różni się w zależności od tego, w ramach jakiej teorii prawa jest rozpatrywana. Wspomniana wieloaspektowość przejawia się chociażby w tym, że podobnie jak ideę rządów prawa postrzega się w ujęciu formalnym i materialnym, tak też czyni się w zakresie pewności prawa[16]. Niestety, obraz zagadnienia zaciemnia fakt, że niektóre z elementów składowych obu tych koncepcji, jak przykładowo wspomniane wymogi promulgacji oraz generalności i abstrakcyjności norm, wymieniane są zarówno jako elementy pewności prawa w wersji formalnej i formalnego ujęcia rządów prawa[17].

Nie pretendując do przedstawienia kompleksowego ujęcia koncepcji pewności prawa chciałbym skupić się wyłącznie na jednym z jej formalnych aspektów, który niewątpliwie wchodzi w jej zakres, a którym jest wymóg przewidywalności skutków prawnych danych zachowań[18]. Wspomnieć można, że ten właśnie aspekt jest przez niektórych uznawany za rdzeń pewności prawa[19], inni zaś traktują przewidywalność rozstrzygnięć prawnych wręcz jako synonim pewności prawa w ujęciu formalnym[20]. Równocześnie

13 R.D. Luce, H. Raiffa, *Games and decisions: introduction and critical survey,* New York: Wiley 1957; J. Woleński, *Epistemologia. Poznanie, prawda, wiedza, realizm,* Warszawa 2007, passim.

14 W zaproponowanym ujęciu wyjaśnienia wymaga, czego miałaby dotyczyć owa pewność. Zagadnienie to będzie przedmiotem rozważań czynionych w dalszej części pracy.

15 B.Z. Tamanaha, *On the Rule of Law,* Cambridge 2004, s. 119.

16 J. Raitio, *The Principle...,* s. 369.

17 *Ibidem*, s. 337, 373.

18 S. Bertea, *Certainty, Reasonableness and Argumentation in Law,* „Argumentation", Springer Netherlands 2004, vol. 18, no. 4, s. 466; T. Bingham, *The Rule of Law*, London 2010, s. 37–47; F.A. Hayek, *Droga do niewolnictwa*, Wrocław 1989, s. 66; P. Popelier, *Five Paradoxes on Legal Certainty and the Lawmaker,* „Legisprudence" 2008, vol. II, no. 1, s. 48, 51–53, 60; J. Waldron, *The Rule of Law in Contemporary Liberal Theory* [w:] G.W. Smith (ed.), *Liberalism. Critical Concepts in Political Theory*, Routledge 2002, s. 93 i n.; J. Wróblewski, *Wartość...*, s. 94.

19 J. Raitio, *The Principle...,* s. 129; T.C. Hartley, *The Foundations of European Community Law,* Oxford 1998, s. 142–143.

20 A. Peczenik, *On Law and Reason*, Dordrecht 1989, s. 31. W niniejszym opracowaniu utożsamiam przewidywalność określenia skutków prawnych danych zachowań z przewidywalnością rozstrzygnięć organów stosujących prawo odnoszących się do owych skutków prawnych. W związku zaś z tym, że w ramach każdego procesu stosowania prawa wyróżnić można warstwę ustaleń faktycznych oraz warstwę dotyczącą ustaleń stanu prawnego, a obie z nich mają równie doniosły wpływ na ostateczną decyzję o skutkach prawnych, zastrzeżenia wymaga, iż wszelkie rozważania o przewidywalności rozstrzygnięć ograniczam jedynie do warstwy prawnej, bazując na idealizującym założeniu, że mają one miejsce w bezspornym stanie faktycznym. Zastrzeżenie to ułatwi skupienie się na warstwie prawnej i zarazem uniemożliwi przeniesienie toczonego dyskursu na zagadnienie możliwości obiektywnego, pewnego poznania rzeczywistości oraz problematykę dowodzenia.

należy zaznaczyć, że takie rozumienie pewności prawa określa się mianem tradycyjnego i bezpośrednio wiąże się je z ujęciem prawno-pozytywistycznym[21].

Na wspomniany wymóg przewidywalności, jako jeden z elementów pewności prawa, zwraca się uwagę nie tylko w literaturze, lecz również w orzecznictwie i to zarówno Europejskiego Trybunału Praw Człowieka[22], Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości[23] jak i krajowych sądów i trybunałów państw członkowskich UE, włącznie z polskim Trybunałem Konstytucyjnym i Sądem Najwyższym[24]. Standard przewidywalności prawa jest również wymogiem zgłaszanym na gruncie Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych, a także Międzynarodowego Paktu Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych[25].

Naturalnie nasuwającym się w tym miejscu pytaniem jest pytanie o to, komu bądź czemu stawiany jest ów „wymóg przewidywalności", a zwłaszcza jak ten wymóg rozumieć i wreszcie – jak przedstawia się jego realizacja. Tego typu dociekania nie są w literaturze podejmowane, a spotykane wypowiedzi kończą się na sformułowaniu hasła o przewidywalności – czyli u progu sygnalizowanych problemów.

Właściwie jedynym istotnym elementem charakterystyki tego wymogu, jaki można zrekonstruować na podstawie twierdzeń prezentowanych czy to w literaturze, czy też w orzecznictwie, jest podstawa owych przewidywań. Twierdzenia te, niekiedy *expressis verbis*, innym razem w sposób dorozumiany, odnoszą się do przewidywalności w oparciu o obowiązujące, należycie ogłoszone prawo, a nie jakiekolwiek inne czynniki o charakterze pozaprawnym, które również mogą stanowić podstawę przewidywania. W rezultacie, co istotnym będzie przy omawianiu tezy o nieokreśloności, jako spełniające wymóg przewidywalności nie mogą być uznane sytuacje, w których obowiązujące prawo nie stanowiłoby podstawy do prognozowania o przyszłym rozstrzygnięciu, a równocześnie dla doświadczonego prawnika rozstrzygnięcie to, nawet w dużym stopniu arbitralne, byłoby stuprocentowo przewidywalne z racji znajomości chociażby politycznych czy religijnych upodobań sędziego rozstrzygającego daną sprawę bądź, najogólniej rzecz biorąc, jego „stylu orzekania"[26]. Ujmując rzecz nieco inaczej, wymóg przewidywalności w omawianym tradycyjnym ujęciu oznacza przewidywalność rządów prawa, a nie rządów człowieka.

Wątpliwości i problemów związanych z charakterystyką wymogu przewidywalności jest znacznie więcej niż wątków, które przynajmniej *prima facie* można by uznać za wyjaśnione. Wątpliwości pojawiają się

21 S. Bertea, *Towards a New Paradigm of Legal Certainty*, „Legisprudence" 2008, vol. II, no. 1, s. 28 i n.

22 *Sunday Times v. the United Kingom*, no. 6538/74, ECHR, 26 April 1979; *Baranowski v. Poland*, no. 28358/95, § 50–52, ECHR 2000-III; *Ječius v. Lithuania*, no. 34578/97, § 56, ECHR 2000-IX; *Kawka v. Poland*, no. 25874/94, § 51, 9 January 2001; *Korchuganova v. Russia*, no. 75039/01, ECHR, 8 June 2006.

23 *Ireland v. Commision*, Case 325/85, 1987, ECR II-5041, por. H.G. Schermers, D.F. Waelbroeck, *Judicial Protection in the European Union*, The Hague London New York 2001, s. 64 i n.

24 Wyrok TK z 2 marca 1993 r., K 9/92, OTK 1993/1/6; wyrok TK z 24 maja 1994 r., K 1/94, OTK 1994/1/10; wyrok TK z 2 czerwca 1999 r., K 34/98, OTK 1999/5/94; wyrok TK z 14 czerwca 2000 r., P 3/00, OTK 2000/5/138; wyrok TK z 25 kwietnia 2001 r., K 13/01, OTK 2001/4/81; wyrok TK z 22 maja 2002 r., K 6/02, OTK-A 2002/3/33; wyrok TK z 24 lutego 2003 r., K 28/02, OTK-A 2003/2/13; wyrok TK z 28 lutego 2006 r., P 13/05, OTK-A 2006/2/20; wyrok TK z 4 kwietnia 2006 r., K 11/04, OTK-A 2006/4/40; wyrok TK z 18 października 2006 r., P 27/05, OTK-A 2006/9/124; wyrok TK z 13 października 2008 r., K 16/07, OTK-A 2008/8/136; wyrok SN z 18 listopada 2009 r., II PZP 7/09, Biul. SN 2009/11/24.
Terminologia używana przez Trybunał Konstytucyjny w odniesieniu do takich pojęć jak *„pewność prawa"*, *„bezpieczeństwo prawne"*, *„zaufanie obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa"* jest różnorodna i niekonsekwentna. Wielokrotnie Trybunał wskazuje, iż powyższe zasady pozostają ze sobą w funkcjonalnym związku, bądź jedne opierają się na drugich. Lakoniczność twierdzeń Trybunału w tym zakresie nie pozwala jednak na ustalenie, w jaki sposób Trybunał pojmuje zachodzące między nimi relacje. Ponadto, nie jest celem niniejszej pracy rozwikłanie owych problemów terminologicznych. Por. J. Mikołajewicz, *Pojmowanie „państwa prawnego" w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego Rzeczypospolitej Polskiej* [w:] S. Wronkowska (red.), *Polskie dyskusje o państwie prawa*, Warszawa 1995, s. 104; I. Wróblewska, *Zasada państwa prawnego w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego RP*, Toruń 2010, s. 83.

25 Por. J. Markiewicz, *Przewidywalność prawa jako gwarancja ochrony praw człowieka* [w:] T. Jasudowicz, M. Balcerzak (red.), *Księga Pamiątkowa ku czci Profesora Jana Białocerkiewicza*, Toruń 2009, s. 251.

26 L.B. Solum, *Indeterminacy* [w:] D. Patherson (ed.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Blackwell Publishing 1996, s. 497.

chociażby z tego względu, że w zasadzie każdy posiada możliwość poczynienia mniej lub bardziej trafnych przewidywań, odnoszących się do skutków prawnych swych czy cudzych zachowań, niezależnie od tego czy odbywa się to w ramach sytemu prawnego, który ów wymóg wprowadza czy też nie. Możliwość przewidywania jest całkowicie niezależnym od konstrukcji prawniczych elementem myślenia. Nie wydaje się zatem, aby omawiany wymóg przewidywalności rozumieć w ten właśnie sposób, utożsamiając go z samą jedynie możliwością przewidywania. W takim ujęciu nie widzę żadnego sensu wprowadzania pojęcia pewności prawa. Jak zatem rozumieć słowa naszego TK, który stwierdza w jednym z orzeczeń, że „zasada zaufania w stosunkach między obywatelem a państwem przejawia się m.in. w takim stanowieniu i stosowaniu prawa (…), aby mógł on układać swoje sprawy w zaufaniu, iż nie naraża się na prawne skutki, których nie mógł przewidzieć w momencie podejmowania decyzji i działań”[27]. Można również zapytać czy wymóg przewidywalności jest spełniony, gdy jedna z wielu prognoz pozostających w kręgu przewidywanych rzeczywiście zostanie w przyszłości potwierdzona, tj. urzeczywistni się w ostatecznym orzeczeniu – wszakże i w tym przypadku dany scenariusz był do przewidzenia, mimo że przewidywalnymi były również scenariusze całkowicie odmienne. Wydaje się, że z punktu widzenia znaczenia samego zwrotu „bycia przewidywalnym” takie rozumienie realizacji wymogu przewidywalności byłoby poprawne. Równocześnie jednak całkowicie rozmijało by się z deklarowanymi celami pewności prawa, o których mowa niżej.

Analizę wymogu przewidywalności z powodzeniem można przeprowadzić z wykorzystaniem opracowanych na gruncie teorii decyzji, twierdzeń o rodzajach sytuacji decyzyjnych, tj. sytuacji problemowych, w których podmiot (decydent), staje przed koniecznością wyboru przynajmniej jednego z dwóch wariantów działania. Można wskazać na co najmniej dwie przyczyny tego zapożyczenia. Po pierwsze, „pewność”, „niepewność”, „przewidywanie” to kluczowe pojęcia stosowane w ramach teorii decyzji, której przedmiotem badawczym jest, jak już sama nazwa trafnie podpowiada, problematyka szeroko rozumianego podejmowania decyzji. Po drugie, to co stanowi problematykę teorii decyzji stanowi problem każdego podmiotu prawa. Przyjmując perspektywę podmiotu prawa, próbując niejako wcielić się w jego rolę, można spojrzeć na jego sytuację jako na permanentny stan procesu decyzyjnego, rozumianego jako ciąg zdarzeń zakończony dokonaniem nielosowego wyboru – rozważając sposób przyszłego zachowania podmiot prawa waży szereg racji o różnorakim charakterze (moralnym, prawnym, użytecznym etc.), przemawiających za takim a nie innym zachowaniem, a owo wartościowanie siłą rzeczy zakończyć się musi jakimś ostatecznym wyborem – podjęciem decyzji. Nawet gdy dany podmiot nie zamierza na przyszłość robić czegokolwiek, to i wówczas w procesie decyzyjnym dokonuje się wybór – wybór nie robienia niczego. Podejmowane zaś w procesie decyzyjnym ważenie racji o charakterze prawnym sprowadza się moim zdaniem do przewidywania skutków prawnych, jakie mogą powstać w razie dokonania wyboru takiego a nie innego wariantu.

W ramach teorii decyzji wyróżnia się trzy tzw. sytuacje decyzyjne: a) podejmowanie decyzji w warunkach pewności, b) podejmowanie decyzji w warunkach ryzyka, c) podejmowanie decyzji w warunkach niepewności. Kryterium tego podziału stanowi zasób posiadanych informacji, będący podstawą przewidywania konsekwencji dokonanego wyboru.

Z podejmowaniem decyzji w warunkach pewności mamy do czynienia wówczas, gdy każda z możliwych do podjęcia w danych okolicznościach decyzji pociąga określone, znane decydentowi konsekwencje. Sytuacja ryzyka polega z kolei na tym, iż decydent ma świadomość tego, że każda z podjętych decyzji wywołuje więcej niż jedną konsekwencję i równocześnie znany jest mu zbiór możliwych konsekwencji wraz z prawdopodobieństwem ich wystąpienia. Decyzja podejmowana zaś w warunkach niepewności pociąga za sobą konsekwencje, których prawdopodobieństwo wystąpienia nie jest podmiotowi decyzyjnemu znane[28].

27 Wyrok TK z 14 czerwca 2000 r., P 3/00, OTK 2000/5/138.

28 R.D. Luce, H. Raiffa, *Games and decisions*…, s. 13; B.R. Kuc, J.M. Moczydłowska, *Zachowanie organizacyjne. Podręcznik akademicki*, Warszawa 2009, s. 120 i n. M. Zdyb, *Istota decyzji*, Lublin 1993, s. 155 i n.

Ideałem byłoby takie rozumienie realizacji wymogu przewidywalności, w którym prowadzi ona do sytuacji, w której znajomość przepisów prawa gwarantowałaby podmiotowi, że podejmując na tej podstawie decyzję o sposobie zachowania, podejmuje ją w warunkach pewności, tj. by przed dokonaniem wyboru zachowania miał pewność tego, czy jego zachowanie wywoła skutki prawne, a jeśli tak, to by miał pewność tego, jakie będą to skutki[29]. Zdając sobie sprawę z tego, jak wysoko zostaje w ten sposób postawiona poprzeczka, nazwałbym takie rozumienie wymogu przewidywalności maksymalistycznym. Ponadto, jedynie takie uważam za mogące spełniać deklarowane cele, jakie wiązane są z pewnością prawa. Każde zaś inne ujęcie pewności prawa, skromniejsze pod względem stawianych wymogów, a co za tym idzie rozbudowane o dodatkowe zastrzeżenia ograniczające przewidywalność do niektórych jedynie kategorii spraw bądź wskazujące na przewidywalność w „rozsądnych granicach", znacznie osłabiałoby jej wartość.

W literaturze przedmiotu pewność prawa jest powszechnie uważana za jeden z elementów składowych koncepcji rządów prawa w jej formalnej wersji.

Po pierwsze, mając na uwadze, że koncepcyjnie pewność prawa pełnić ma funkcję ochronną, gwarantującą podmiotom prawa zabezpieczenie przed arbitralnością działania władzy[30] i tym samym ma umożliwiać kształtowanie własnych przedsięwzięć[31], to osiągnięcie tych celów – w najwyższym stopniu – może mieć miejsce wyłącznie poprzez stworzenie podmiotom prawa sytuacji, w której podejmowanie decyzji o sposobie zachowania odbywa się w warunkach pewności.

Po drugie, przyjęcie innego, jak już wspomniałem, z konieczności skromniejszego rozumienia wymogu przewidywalności (nawet i takiego, które również prowadzi do realizacji ww. celów, ale w niższym stopniu) oznaczałoby akceptację tezy, że realizacja tego wymogu następuje również i wówczas, gdy po stronie podmiotu prawa istnieje pewien stopień ryzyka bądź niepewności – wszakże gdy owo maksymalistyczne rozumienie obarczy się różnego rodzaju ograniczeniami o jakich przykładowo wspomniałem, otwiera się tym samym furtkę ku pewnemu elementowi niepewności. Prowadziłoby to do konieczności zaakceptowania dosyć osobliwych tez. Posługując się bowiem skromniejszą wersją rozumienia realizacji wymogu przewidywalności, za spełniającą ten wymóg musielibyśmy uznać nawet i taką sytuację, w której planując i podejmując przyszłe zachowania, nawet przy najszczerszych chęciach wykazania się postawą legalistyczną, podmiot prawa narażałby się na pewien stopień ryzyka zastosowania wobec niego szeroko rozumianych środków przymusu państwowego. Nie wydaje się jednak, by poza nazwą tego typu skromniejsze rozumienie pewności prawa miało cokolwiek wspólnego z pojęciem „pewność". Jestem z kolei przekonany, że budziłoby mylące skojarzenia i analogie do myślenia potocznego, w którym dosyć często spotkać można wypowiedzi, w których ktoś twierdzi, że jest czegoś pewien, ale… nie do końca.

W tym miejscu zasadniczym pytaniem o walorze praktycznym jest pytanie o warunki, jakie muszą zostać spełnione celem osiągnięcia tak maksymalistycznie rozumianej pewności prawa. Niewątpliwie

29 O rozróżnieniu pomiędzy obiektywną a subiektywną pewnością prawa por. J. Wróblewski, *Wartość…*, s. 94 i n.

30 S. Bertea, *Towards a New Paradigm…*, s. 27.

31 O potrzebie pewności prawa dla kapitalizmu, liberalizmu i demokracji por. O. Raban, *The Fallacy of Legal Certainty: Why Vague Legal Standards May Be Better for Capitalism, Liberalism, and Democracy*, http://ssrn.com/abstract=1419683.

jest wiele warunków koniecznych, od spełnienia których uzależniona jest możliwość stworzenia sytuacji, w której podmioty prawa na podstawie obowiązującego stanu prawnego mogłyby, w nakreślonym wyżej rozumieniu, przewidzieć, jakie przysługują im prawa i obowiązki i zarazem przewidzieć, w jaki sposób w danym konkretnym przypadku o ich prawach i obowiązkach orzekłyby organy stosujące prawo. Jako jeden z warunków koniecznych, aczkolwiek niewystarczający, uznaję określoność prawa, tj. sytuację, w której zbiór określonych przez prawo rozstrzygnięć składa się w każdym konkretnym przypadku tylko z jednego elementu[32]. Tylko wówczas mielibyśmy do czynienia z podejmowaniem decyzji w warunkach pewności. Na tym tle wyłania się jednak pewna kłopotliwa kwestia. Mówi się bowiem, że takie postrzeganie prawa charakterystyczne jest tylko dla pierwszorocznych studentów, laików i jedynie niektórych prawników[33].

3. Teza o nieokreśloności prawa

Czy obowiązujące prawo jednoznacznie wyznacza rozstrzygnięcia organów stosujących prawo? Czy może jedynie je ogranicza, albo wręcz na tyle podatne jest na wszelkie manipulacje, że na jego podstawie sensownie uzasadnić można wszelakie rozstrzygnięcia i tym samym dyskurs prawny niczym nie różni się od dyskursu politycznego, a samo prawo to nic innego jak polityka, tylko skryta pod inną nazwą?

Krytycznie zorientowani prawnicy zwracają uwagę, że uzasadnienia sądowych orzeczeń zazwyczaj sporządzone są w ten sposób, jak gdyby wydane rozstrzygnięcie w pewien konieczny sposób wyznaczone zostało przez prawo, czy też było jedynie bezpośrednią konsekwencją obowiązującego prawa, wykluczającą wszelkie inne[34]. Zaproponowana zaś przez amerykański realizm prawniczy, a następnie rozwinięta w ramach CLS, teza o nieokreśloności prawa (*legal indeterminacy*)[35], koncentrując się na powołanej wyżej relacji między klasą racji prawnych, a rozstrzygnięciem konkretnego sporu (z założenia wydanym na jej podstawie), neguje poprawność takiego ujęcia[36].

Najogólniej rzecz ujmując, teza o nieokreśloności jest przejawem charakterystycznego zarówno dla realistów, jak i przedstawicieli CLS sceptycyzmu wobec reguł (*rule scepticism*) oznaczającego, iż przepisy wraz z wszelkiego rodzaju operacjami na nich dokonywanymi powinny być postrzegane raczej jako sposoby racjonalizacji wydanych rozstrzygnięć, niż jako jedyne racje przesądzające o ich treści. Tym samym, rzeczywisty zakres czynników wpływających na treść decyzji nie ogranicza się jedynie do przepisów, metod wykładni i rozumowań prawniczych, a obejmuje szereg innych elementów, wymykających się z *post factum* sporządzanych uzasadnień[37].

Teza o nieokreśloności prawa występuje w literaturze amerykańskiej w różnych ujęciach[38]. Na najbardziej ogólnym poziomie rozróżnienia można dokonać podziału na jej słabszą i mocniejszą wersję.

W ujęciu radykalnym, teza o nieokreśloności prawa przejawia się w tym, iż zbiór prawnie akcepto-

32 Zlokalizowanie oraz analiza pozostałych warunków koniecznych miałaby sens jedynie wtedy, gdyby warunek analizowany w tym miejscu okazał się spełniony.

33 J. Coleman, B. Leiter, *Determinacy, Objectivity, and Authority*, „University of Pennsylvania Law Review", Fall 1993.

34 K. Kress, *Legal Indeterminacy* [w:] D. Patterson (ed.), *Philosophy of Law and Legal Theory. An Anthology*, Blackwell 2003, s. 254.

35 Zaznaczenia wymaga, że występująca w literaturze amerykańskiej nazwa „*legal indeterminacy*" (co tłumaczę jako „*nieokreśloność prawa*"), służąca do oznaczenia omawianej tezy, używana jest z prozaicznej przyczyny braku lepszego terminu, por. J.E. Herget, *Unearthing The Origins of a Radical Idea: The Case of Legal Indeterminacy*, „American Journal of Legal History", January 1995 r.

36 W literaturze dotyczącej tezy o nieokreśloności prawa pod pojęciem „*klasy racji prawnych*" rozumie się: a) legitymowane źródła prawa (np. ustawy, precedensy), b) legitymowane metody wykładni, c) legitymowane metody wnioskowań prawniczych, por. B. Leiter, *Naturalizing Jurisprudence. Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Oxford 2007, s. 9. Innymi słowy, jest to ogół racji jakie sąd może w poprawny sposób przywołać w celu uzasadnienia podjętej decyzji. Por. B. Leiter, *American Legal Realism* [w:] M.P. Golding, W.A. Edmundson (ed.), *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Blackwell Publishing 2005, s. 52.

37 H. Collins, *Law as Politics: Progressive American Perspectives* [w:] J. Penner, D. Schiff, R. Nobles (ed.), *Jurisprudence & Legal Theory: Commentary and Materials*, Oxford 2005, s. 282.

38 Kompleksowe omówienie prezentowanych w literaturze rozumień tezy o nieokreśloności prawa przedstawia J. Coleman, B. Leiter, *Determinacy…*, s. 212 i n.

walnych rozstrzygnięć (prawnie akceptowalnych w świetle klasy racji prawnych) każdej konkretnej sprawy, jest identyczny ze zbiorem wszelkich możliwych rozstrzygnięć[39]. Innymi słowy, mocna wersja tezy o nieokreśloności prawa oznacza, iż w każdej możliwej sprawie, każde możliwe rozstrzygnięcie może być zakwalifikowane jako zgodne z prawem. Ponadto teza ta nie odnosi się jedynie do niektórych kategorii spraw, przykładowo jedynie do tzw. trudnych przypadków, lecz zakresem obejmuje jakiekolwiek możliwe zagadnienia, będące przedmiotem prawniczych rozważań – w tego typu ujęciu nieokreśloność prawa ma charakter globalny. W tym miejscu trzeba zaznaczyć, że ta wersja tezy o nieokreśloności przypisywana jest ruchowi CLS i co istotne, pomimo powszechnie znanego radykalizmu poglądów realistów, w tak skrajnym ujęciu teza ta, w odróżnieniu od jej słabszej wersji, nie była przez nich nigdy głoszona[40].

wszystkie konkretne sprawy – ma zatem charakter lokalny. Nie sposób jednak na podstawie twierdzeń samych realistów dokonać precyzyjnej rekonstrukcji granic wyznaczających obszary prawa dotknięte nieokreślonością. Generalnie rzecz ujmując, realiści lokowali nieokreśloność na poziomie spraw rozpoznawanych w apelacji[42].

Równocześnie wyjaśnienia wymaga, że powyższym tezom przeciwstawia się „określoność prawa", która ma miejsce wówczas, gdy zbiór prawnie akceptowalnych rozstrzygnięć konkretnej sprawy składa się jednego i tylko jednego elementu (rozstrzygnięcia)[43].

Zagadnienie źródeł nieokreśloności prawa i argumentacja na rzecz jej uzasadnienia wymaga osobnego opracowania i wykracza poza zakres moich rozważań[44]. W tym miejscu jedynie na marginesie chciałbym wskazać, że o ile podważenie zasadności tezy o nieokreśloności w jej mocnej wersji nie nastręcza trudności[45], o tyle znacznie trudniej zanegować poprawności jej słabszego ujęcia, ku któremu się przychylam i które przyjmuję na potrzeby dalszych rozważań. Za poprawnością słabszego ujęcia może przemawiać bynajmniej występowanie tzw. trudnych przypadków (*hard cases*), chociażby trudnych przypadków wykładni prawa, których ostateczne rozstrzygnięcie, nawet wówczas gdy wydane przy

> ***Wymóg przewidywalności skutków prawnych kwalifikowany jest jako formalny aspekt pewności prawa.***

Słabsza wersja tezy o nieokreśloności ma charakter skromniejszy i sprowadza się z kolei do twierdzenia, że zbiór prawnie akceptowalnych rozstrzygnięć zawierając więcej niż jeden element, nie jest tożsamy ze zbiorem wszelkich możliwych rozstrzygnięć, jakie mogły by zostać w nich wydane[41]. W tym ujęciu, na podstawie klasy racji prawnych można poprawnie uzasadnić więcej niż jedno, ale nie każde rozstrzygnięcie. Skromniejszy jest również zakres omawianej tezy, obejmuje ona bowiem większość albo prawie

39 L.B. Solum, *Indeterminacy,* s. 490.

40 Tak samo jak nie jest prawdą, iż zdaniem realistów, to co sędzia jadł na śniadanie determinuje wydawane przez niego rozstrzygnięcia – która to teza bywa często realistom przypisywana. B. Leiter, *American…*, s. 54.

41 L.B. Solum, *Indeterminacy,* s. 490, 497; B. Leiter, *Naturalizing…*, s. 9. Omawiana teza w jej słabszej wersji występuje również pod nazwą „*legal undeterminacy*" („*niedookreśloność prawa*").

42 B. Leiter, *American…*, s. 52.

43 L.B. Solum, *Indeterminacy,* s. 490.

44 O źródłach nieokreśloności prawa por. T.A.O. Endicott, *Vagueness in Law,* Oxford 2003, s. 31 i n.

45 Podważenie radykalnej wersji tezy o nieokreśloności prawa następuje poprzez wskazanie, iż chociażby w jednym z konkretnych przypadków, jedno z konkretnych rozstrzygnięć nie znajduje żadnego uzasadnienia w świetle akceptowalnej w danym porządku prawnym klasy racji prawnych. Nie wydaje się, aby na gruncie jakiegokolwiek z obowiązujących aktualnie porządków prawnych zadanie to było problematyczne.

wykorzystaniu perfekcyjnej znajomości treści przepisów i akceptowalnych metod wykładni, dalekie jest od jednoznacznego zdeterminowania przez prawo. Rozstrzygnięcia tego typu kategorii spraw postrzegane być mogą jedynie jako mniej lub bardziej z nim zgodne, a każdemu z nich przedstawić można rozstrzygnięcie równie sensownie uzasadnione i poprawne pod względem aprobowanych metod wykładni[46].

Z uwagi na obawę traktowania tezy o nieokreśloności jako tezy w filozofii prawa zupełnie odosobnionej warto odnotować, że H. Hart, jako pierwszorzędny krytyk tego nurtu, co do zasady przyznawał rację realistom odnośnie samego faktu występowania nieokreśloności w prawie. Różnica między Hartem a realistami dotyczyła jednak zakresu owej nieokreśloności. Zdaniem Harta, nawet wśród spraw, które osiągnęły poziom apelacji, nieokreśloność stanowi zjawisko o charakterze marginalnym[47].

W ramach teorii decyzji wyróżnia się trzy tzw. sytuacje decyzyjne: podejmowanie decyzji w warunkach pewności, niepewności i ryzyka.

4. Realizacja wymogu przewidywalności w warunkach nieokreśloności

Prezentowane twierdzenia nie mogą pozostać bez wpływu na rozpatrywane wcześniej zagadnienie pewności prawa, zwłaszcza w odniesieniu do wymogów, jakie ze sobą niesie. Zasadność tezy o nieokreśloności w mniejszym lub większym stopniu, w zależności od rozpatrywanej wersji, stawia pod znakiem zapytania nie tylko źródła legitymizacji rozstrzygnięć sądowych[48] (organów stosujących prawo), a w dalszej kolejności źródła moralnego obowiązku posłuszeństwa wobec nich, ale również podważa realną możliwość realizacji w praktyce wymogu przewidywalności jako elementu pewności prawa – rozumianego w sposób nakreślony w pierwszej części pracy.

Skoro nieokreśloność prawa, nawet w jej słabszej wersji, prowadzi do powstania sytuacji, w której w procesie stosowania prawa podmiot podejmujący rozstrzygnięcie postawiony zostaje w sytuacji wyboru jednego z kilku możliwych wariantów decyzyjnych, a żaden z nich nie jest w sposób wyłączny zdeterminowany przez klasę racji prawnych, nie sposób w oparciu o klasę racji prawnych przewidzieć z pewnością, jakiego ostatecznego wyboru dokona ten podmiot[49]. Klasa racji prawnych, która z założenia tkwiącego u podstaw pewności prawa, stanowić ma podstawę przewidywania sposobu rozstrzygnięcia o prawach i obowiązkach danego podmiotu, mając charakter chociażby niedookreślony, podstawy takiej stanowić nie może. Tak samo jak organ stosujący prawo, wskutek nieokreśloności racji prawnych, przynajmniej w niektórych przypadkach, postawiony zostaje przed dokonaniem wyboru jednego z kilku, konkurujących ze sobą i poprawnych pod względem

46 W związku z tym, że problematyka trudnych przypadków stanowi przedmiot licznej literatury, nie ma potrzeby przywoływania w tym miejscu opisanych w niej przykładów obrazujących sytuacje, w których na podstawie obowiązujących przepisów i przy doskonałej znajomości akceptowalnych metod wykładni oraz stosowanych wnioskowań prawniczych nie sposób przed ich rozstrzygnięciem stwierdzić z pewnością, jakie zapadną w nich ostateczne decyzje.

47 H.L.A., Hart, *Pojęcie prawa*, Warszawa 1998, s. 171 i n.

48 K. Kress, *Legal…*, s. 254 i n.

49 Por. postanowienie SN z 27 lutego 2009 r., w którego uzasadnieniu SN stwierdza, iż *„(…) treść orzeczenia zależy od wyników wykładni, które mogą być różne w zależności od przedmiotu i stosowanych jej metod. W związku z otwartością semantyczną języka, w tym także języka prawnego, mogą mieć miejsce różne, poprawne z punktu widzenia metod, interpretacje. Z tych przyczyn tezę o istnieniu jedynego trafnego orzeczenia należy odrzucić. Dlatego też należy uznać, że różnej treści orzeczenia wydane w podobnej sprawie mogą być «zgodne z prawem»*". Por. również wyrok SN z 12 września 1991 r., III ARN 32/91, PUG 1992, nr 2–3, poz. 4.

zgodności z klasą racji prawnych rozstrzygnięć, tak samo nieokreśloność prawa stawia podmiot prawa w sytuacji, w której w kręgu jego przewidywanych w oparciu o klasę racji prawnych rozstrzygnięć, pozostaje więcej niż jedno. W tym stanie rzeczy nie sposób rozwiać powstałych wątpliwości poprzez odwołanie do klasy racji prawnych – klasa racji prawnych jest bowiem ich źródłem.

Wyjaśnienia wymaga, iż dostrzegając doświadczenia praktyki prawniczej, zwolennicy tezy o nieokreśloności prawa co do zasady nie zaprzeczają przewidywalności rozstrzygnięć sądowych[50], co dla oponentów stanowi podstawę do twierdzenia, iż teza ta nie pociąga za sobą tak daleko idących konsekwencji, jak pozornie mogłoby się wydawać i w rezultacie w żaden konieczny sposób nie może stanowić zagrożenia dla pewności i rządów prawa – czynników zabezpieczających wolność jednostek[51]. Argument ten obarczony jest jednak pewnym błędem. Sceptycyzm wobec reguł skłonił do dopatrywania się źródeł przewidywalności w czynnikach innych niż te, które tworzą klasę racji prawnych[52]. O ile zatem zasadność tezy o nieokreśloności w żaden konieczny sposób nie podważa przewidywalności prawa w ogóle (przez co rozumiem przewidywalność w oparciu o jakiekolwiek zdatne do tego źródła), o tyle przeczy jednak przewidywalności w oparciu o klasę racji prawnych. Rozbieżności dotyczą zatem nie samej możliwości osiągnięcia danego celu, ale sposobu, w jaki do tego dochodzi.

W tym miejscu przypomnienia wymaga, iż ten aspekt pewności prawa, jakim jest wymóg przewidywalności skutków prawnych, jest postrzegany jako wymóg przewidywalności w oparciu o należycie ogłoszone akty prawne, a zatem w oparciu o jeden z elementów składowych klasy racji prawnych. Zaznaczyć przy tym należy, iż rozpatrując omawiane zagadnienie przez pryzmat pozostałych wymogów rządów prawa, dla realizacji wymogu przewidywalności nie jest obojętne, jakie to czynniki powodują czy chociażby wpływają na przewidywalność rozstrzygnięć prawnych. Z punktu widzenia podmiotów prawa zupełnie różnymi są przecież sytuacje, w których w pierwszym przypadku podstawę do przewidzenia rozstrzygnięcia zapewnia znajomość publicznie ogłoszonych aktów prawnych, w drugim zaś przewidywalność opiera się na podstawie znajomości niezliczonej liczby innych czynników, nierzadko pozostających poza możliwościami ich poznania. Przewidywalność w oparciu o drugie z wymienionych wyżej czynników, zakładając nawet powodzenie w tym zakresie, nie odpowiada zatem innym wymogom rządów prawa.

Teza o nieokreśloności jest przejawem charakterystycznego zarówno dla realistów, jak i przedstawicieli CLS sceptycyzmu wobec reguł.

Podsumowując, negatywny wpływ tezy o nieokreśloności na osiągnięcie omawianego wymogu pewności prawa przejawia się w tym, iż podważona zostaje możliwość spełnienia przesłanki koniecznej, od spełnienia której uzależniona jest możliwość realizacji wymogu przewidywalności. W tym zatem ujęciu nieokreśloność generuje niepewność. Rzecz jasna, to czy zanegowana w ten sposób zostaje pewność prawa w wymiarze globalnym czy jedynie lokalnym zależy od tego czy w ogóle, a jeśli tak, to która wersja nieokreśloności rzeczywiście jest uzasadniona. Jak już wspominałem, przyjmuję jej słabszą wersję.

50 H. Collins, *Law as Politics*..., s. 288.

51 B. Tamanaha, *On The Rule of Law*..., s. 90.

52 Jako źródła przewidywalności, wykraczające poza racje prawne, wskazuje się przykładowo funkcjonowanie sędziów w pewnego rodzaju konwencjonalnej wspólnocie poglądów bądź jeśli chodzi np. o warunki USA, wspólne społeczno-ekonomiczne pochodzenie sędziów, *Ibidem*, s. 89.

5. Charakterystyka prawa w kategoriach pewności i nieokreśloności

Możliwość praktycznej realizacji omawianego elementu pewności prawa w przedstawionym tutaj, najbardziej wartościowym dla podmiotów prawa, maksymalistycznym rozumieniu uważam za utopię. Równocześnie można zauważyć, że jak na pobożne życzenie pewność prawa jest silnie i powszechnie eksponowana, tworząc bądź umacniając tym samym odpowiadający powszechnym oczekiwaniom, ale niekompletny i złudny obraz prawa i praktyki prawniczej, a w konsekwencji nierealne oczekiwania. Postrzegam to jako efekt procesu racjonalizacji[53], mechanizm obronny czy próbę ucieczki od trudów znoszenia niepewności[54], która nie jest dla prawa ani towarzyszem pożądanym, ani nawet w wielu przypadkach akceptowanym (*ubi ius incertum, ibi ius nullum*). Chcąc jednak uniknąć posądzenia o przyjęcie postawy rozczarowanego absolutysty, który odrzucając jedną ze skrajności popada w drugą, wyraźnie chciałbym zaznaczyć, że bynajmniej nie jest moim celem wyolbrzymianie problemu nieokreśloności prawa. Tym bardziej dochodząc do wniosku, że wizja prawa, która akcentuje maksymalistyczną pewność pozostaje raczej w sferze aspiracji niż realnych możliwości, w żaden sposób nie skłaniam się ku forsowaniu wizji przeciwnej. Nie jest to bowiem dylemat „albo – albo", a raczej dwie strony tego samego medalu. Jeśli bowiem, pozostając na gruncie problematyki realnych możliwości spełnienia wymogu pewności prawa, stawia się pytanie empiryczne o stan danej regulacji prawnej, tj. czy regulacja ta jest pewna, czy też jako nieokreślona (w słabszym lub mocniejszym sensie) skutkuje niepewnością, to odpowiedź nie sprowadza się do wyboru jednej z tych alternatyw. Doświadczenia praktyki prawniczej dostarczają wsparcia zarówno dla jednej jak i drugiej ze wskazanych wyżej wizji. W literaturze z kolei wskazuje się nawet, że nie tylko charakterystyka funkcjonowania prawa nie powinna pomijać elementów każdej z tych wizji, ale nadto, funkcjonowanie prawa w sposób spełniający przypisywane mu społeczne role (*law-jobs*) wymaga, by przejawiało cechy akcentowane w każdej z nich[55].

Niezależnie jednak od tego warto zwrócić uwagę, że kwalifikacja danej regulacji prawnej w kategoriach bądź to pewności, bądź nieokreśloności (skutkującej niepewnością) może odbywać się jedynie przez pryzmat konkretnej sytuacji faktycznej. Jeśli zaś w ten sposób spojrzeć na problem okazuje się wówczas, że ta sama regulacja prawna może w danym stanie faktycznym prowadzić do zapewnienia podmiotom prawa sytuacji podejmowania decyzji w warunkach pewności, w innych zaś okolicznościach stanu faktycznego regulacja ta może uaktywnić pokłady nieokreśloności, skutkując dla podmiotów prawa niepewną sytuacją decyzyjną. Charakteryzując zaś prawo na poziomie abstrakcyjnym, bez zrelatywizowania do danych okoliczności faktycznych, określiłbym je jedynie jako responsywne, co zaś sprowadzam do zdolności reagowania zarówno pewnością, jak i niepewnością, w zależności od dostarczonego materiału w postaci faktów.

53 Por. R. Hastie, R.M. Dawes, *Rational Choice in an Uncertain World*, Sage Publications 2010.

54 Por. J. Frank, *Law and the Modern Mind*, New Brunswick and London 2009.

55 M. Robertson, *Telling the Law's Two Stories*, „Canadian Journal of Law and Jurisprudence", Jully 2007.

Jarosław Sułkowski

Glosa do wyroku NSA z 18 maja 2010 r., sygn. akt I OSK 166/10

Jarosław Sułkowski

Adiunkt w Katedrze Prawa Konstytucyjnego, w Zakładzie Prawa Konstytucyjnego Porównawczego UŁ. W latach 2005–2008 pracował jako rzeczoznawca w Biurze Prawa i Ustroju Kancelarii Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej. Od lutego 2008 r. zatrudniony jako radca orzecznictwa w Zespole Wstępnej Kontroli Skarg Konstytucyjnych i Wniosków Trybunału Konstytucyjnego.

1. Niniejsze rozstrzygnięcie NSA jest przedmiotem glosy nie dlatego, że porusza doniosłą ustrojową czy proceduralną kwestię. Jest to jedno z wielu orzeczeń NSA, zapadłych w określonym i niespornym stanie faktycznym. Zasługuje ono jednak na uwagę, gdy zważy się rolę sądów administracyjnych w realizacji ochrony praw jednostki.

2. Wyrok zapadł na tle następującego stanu faktycznego. Skarżący (rodzic dwójki niepełnosprawnych synów) wnioskował o przyznanie mu świadczenia pielęgnacyjnego na jedno z dzieci z tytułu rezygnacji z zatrudnienia. Kierownik Ośrodka Pomocy Społecznej w Skwierzynie odmówił jednak uwzględnienia wniosku, a w uzasadnieniu rozstrzygnięcia wskazał, że w 2008 r. przyznane zostało świadczenie pielęgnacyjne żonie skarżącego na drugiego ich syna. Odwołując się do art. 17 ust. 5 pkt 4 ustawy o świadczeniach rodzinnych (Dz.U. z 2006 r. Nr 139, poz. 992 ze zm.; dalej: ustawa o świadczeniach), zgodnie z którym „świadczenia pielęgnacyjne nie przysługują, jeżeli: (…) osoba w rodzinie ma ustalone prawo do dodatku do zasiłku rodzinnego, o którym mowa w art. 10, albo do świadczenia pielęgnacyjnego na to lub na inne dziecko w rodzinie", organ stwierdził wystąpienie negatywnej przesłanki przyznania kolejnej formy pomocy pieniężnej. Samorządowe Kolegium Odwoławcze w Gorzowie Wielkopolskim utrzymało w mocy decyzję organu I instancji. W motywach decyzji SKO – powołując się na orzecznictwo sądów administracyjnych – zwróciło uwagę, że art. 17 ust. 5 pkt 4 ustawy o świadczeniach ma charakter obligatoryjny, a kierownik OPS nie miał możliwości jego niezastosowania. Argumentacja organów administracyjnych została podtrzymana w wyroku WSA w Gorzowie Wielkopolskim z dnia 8 października 2009 r. (sygn. akt II SA/Go 548/09). Wojewódzki Sąd Administracyjny podkreślił ponadto, że wykładni ustawy o świadczeniach rodzinnych należy dokonywać z uwzględnieniem konstytucyjnej zasady subsydiarności, zgodnie z którą państwo ma za zadanie jedynie wspierać rodzinę w jej funkcjach opiekuńczych,

a nie ją zastępować. Glosowanym wyrokiem Naczelny Sąd Administracyjny oddalił skargę kasacyjną. Uzasadnienie wyroku nie pozwala na precyzyjne określenie jego treści. Zasadniczo sąd odrzucił argumenty skarżącego dotyczące naruszenia przez WSA w Gorzowie Wielkopolskim wskazanych w skardze kasacyjnej przepisów Konstytucji, nie wystąpił też z pytaniem prawnym w trybie art. 193 Konstytucji.

3. Dla jasności prowadzonych rozważań niezbędne – w mojej ocenie – jest przytoczenie podstaw kasacyjnych (co jest możliwe jedynie na podstawie dokonanej przez NSA rekonstrukcji skargi kasacyjnej) oraz merytorycznej części glosowanego wyroku.

Zarzuty skargi kasacyjnej były następujące. Po pierwsze skarżący wskazał, że „odmowa przyznania świadczenia pielęgnacyjnego jednemu z małżonków, który znajduje się w identycznej sytuacji życiowej co drugi, zmuszony do rezygnacji z pracy w celu opieki nad niepełnosprawnymi dziećmi, stanowi istotne naruszenie zasady równości wobec prawa". Skarżący ponadto „wywodził o naruszeniu zasady sprawiedliwości, fundamentalnych zasad gwarantowanych Konstytucją RP, tj. zasady opieki państwa nad małżeństwem i rodziną (art. 18), prawa rodziny do szczególnej pomocy państwa (art. 71 ust. 1)" oraz „zarzucił, że zasada subsydiarności nie uchyla obowiązku pomocy państwa dla rodziny". Z kolei w zakresie wykładni art. 17 ust. 5 pkt 4 ustawy o świadczeniach skarżący zwrócił uwagę, że „przepis (…) nie uwzględnia (…) sytuacji, w której mamy do czynienia z rodziną dotkniętą niepełnosprawnością kilkorga dzieci. (…) Sytuacja rodziny, w której jest jedno dziecko niepełnosprawne" – wywodził dalej skarżący – „nie powinna być prawnie korzystniejsza od sytuacji rodziny z trojgiem dzieci niepełnosprawnych", gdyż „rodzina dotknięta takim problemem w większym stopniu powinna liczyć na adekwatną, a więc relatywnie większą opiekę ze strony władz publicznych". W konkluzji skarżący opowiedział się za zastosowaniem funkcjonalnej wykładni „art. 17 ustawy, która zadziałałaby na rzecz dobra rodziny".

Sąd do postawionych zarzutów odniósł się w ośmiu zdaniach: „Wyprowadzone w skardze kasacyjnej niewłaściwe zastosowanie przez pominięcie, zdaniem wnoszącego skargę kasacyjną, szeregu przepisów Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej nie jest usprawiedliwione. Z art. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej stanowiącego «Rzeczpospolita Polska jest demokratycznym Państwem Prawnym, urzeczywistniającym zasady sprawiedliwości społecznej» nie można wyprowadzić wadliwego zastosowania art. 17 ust. 5 pkt 4 powołanej ustawy o świadczeniach rodzinnych. Nie reguluje bowiem zakresu uprawnień materialnoprawnych jednostki. Art. 18 w związku z art. 71 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej stanowiący o opiece państwa nad rodziną, macierzyństwem i rodzicielstwem nie został naruszony w sytuacji gdy jest niesporne, że rodzina skarżącego korzysta z pomocy państwa. Niezrozumiały jest zarzut naruszenia art. 32 Konstytucji z przyznania prawa do świadczenia pielęgnacyjnego żonie skarżącego. Nie jest usprawiedliwiony zarzut naruszenia art. 9 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej w związku z naruszeniem art. 24 Karty Praw Podstawowych, Zasady 5 Deklaracji Praw Dziecka, art. 23 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka. Z przepisów tych nie ma podstaw do wyprowadzenia zakresu przyznania świadczeń rodzinnych. Granice przyznania jednostce świadczeń wyznaczają przepisy ustaw materialnoprawnych".

4. Istnieją trzy zasadnicze powody, dla których wyrok NSA zasługuje na krytykę. Pierwszy – materialny – wynika z treści orzeczenia, drugi – konstytucyjny – wiąże się z analizą przesłanek zasadności wystąpienia przez skład orzekający z pytaniem prawnym, trzeci zaś wynika ze sposobu komunikowania się Naczelnego Sądu Administracyjnego ze skarżącym oraz z lekceważącego stosunku sądu do funkcji, jakie pełni uzasadnienie sądowego orzeczenia.

5. Stan prawny, który legł u podstaw rozstrzygnięć organów i sądów administracyjnych, wynikał z treści art. 17 ust. 1 i 5 pkt 4 ustawy o świadczeniach. Zgodnie z tym przepisem: „Świadczenie pielęgnacyjne z tytułu rezygnacji z zatrudnienia lub innej pracy zarobkowej przysługuje: matce albo ojcu (…) jeżeli nie podejmują lub rezygnują z zatrudnienia lub innej pracy zarobkowej w celu sprawowania opieki nad osobą legitymującą się orzeczeniem o niepełnosprawności łącznie ze wskazaniami: konieczności stałej lub długotrwałej opieki lub pomocy innej osoby w związku ze znacznie ograniczoną możliwością samodzielnej egzystencji oraz konieczności stałego

współudziału na co dzień opiekuna dziecka w procesie jego leczenia, rehabilitacji i edukacji, albo osobą legitymującą się orzeczeniem o znacznym stopniu niepełnosprawności". Jednakże „świadczenia pielęgnacyjne nie przysługują, jeżeli: (...) osoba w rodzinie ma ustalone prawo do dodatku do zasiłku rodzinnego, o którym mowa w art. 10, albo do świadczenia pielęgnacyjnego na to lub na inne dziecko w rodzinie".

Skarżący sformułował pod adresem art. 17 ust. 5 pkt 4 ustawy o świadczeniach zarzut naruszenia prawa rodzin znajdujących się w trudnej sytuacji materialnej i społecznej do ochrony ze strony państwa. Są to ważne argumenty skarżącego, które zasługują na znacznie głębszą refleksję niż analiza dokonana przez Naczelny Sąd Administracyjny.

Zasady oraz tryb przyznawania świadczeń rodzinnych, w tym świadczenia pielęgnacyjnego z tytułu rezygnacji z zatrudnienia lub innej pracy zarobkowej, są jedną z form realizacji konstytucyjnego obowiązku Rzeczypospolitej Polskiej zapewnienia ochrony i opieki nad rodziną, macierzyństwem i rodzicielstwem (art. 18 Konstytucji). Doprecyzowując zakres tego obowiązku, ustrojodawca szczególną pomocą ze strony władz publicznych objął rodziny znajdujące się w trudnej sytuacji materialnej i społecznej (art. 71 ust. 1 zd. 2 Konstytucji). Trzeba przy tym podkreślić, że Konstytucja nie odnosi się do wszystkich przyczyn tych trudności, wskazuje jednak – między innymi – wielodzietność i niepełny charakter rodziny, jako przesłanki uprawniające do uzyskania pomocy. Uzasadnienie dla przyznania pomocy może wynikać z niedostatecznej sytuacji majątkowej rodziny oraz z trudnej sytuacji socjologicznej (dotyczącej dysfunkcji rodziny). Nie bez znaczenia pozostaje, że pomoc państwa ma mieć przy tym charakter szczególny, wykraczający poza zwykły zakres. Równolegle do art. 18 i 71 Konstytucji, pomocą w zabezpieczeniu egzystencji, przysposobieniu do pracy oraz komunikacji społecznej objęte zostały osoby niepełnosprawne (art. 69 Konstytucji). Wola ustrojodawcy jest bardzo wyraźna. Z jednej strony rodzina dotknięta niepełnosprawnością powinna otrzymać wsparcie dla zapewnienia godziwego materialnego i społecznego poziomu życia, z drugiej natomiast osoby niepełnosprawne muszą mieć możliwość przystosowania się do życia w trudniejszych warunkach. Pomoc świadczona przez państwo nie musi ograniczać się wyłącznie do form pieniężnych czy materialnych; równie ważne jest wsparcie w dostępie do edukacji, pomocy psychologicznej, rozwoju zawodowym, kulturowym, a nawet cywilizacyjnym. Trudna do przecenienia jest przy tym rola rodziców, w sytuacji gdy uprawnione do pomocy jest niepełnosprawne dziecko. Reasumując, państwo powinno podejmować działania, które umacniają więzi między osobami tworzącymi rodzinę, a zwłaszcza więzi istniejące między rodzicami i dziećmi oraz między małżonkami, a ponadto stwarzają warunki osobom dotkniętym niepełnosprawnością do godziwej egzystencji i rozwoju.

Pomocniczo dla podniesionego w skardze problemu można odnieść się do Konwencji o prawach dziecka, która przyznaje każdemu dziecku prawa do odpowiedniego poziomu życia i nakłada na rodziców odpowiedzialność za zapewnienie dziecku warunków niezbędnych dla jego rozwoju.

Oczywiście zgodnie z zasadą pomocniczości, państwo nie może zastępować rodziny w wypełnianiu nałożonych na nią obowiązków. Wsparcie władz publicznych nie powinno stać się alternatywą dla aktywności świadczeniobiorców.

Naczelny Sąd Administracyjny całkowicie pominął znaczenie Konstytucji dla rozpoznawanej sprawy. W jedynym zdaniu dotyczącym zagadnienia pomocy państwa rodzinom znajdującym się w szczególnej sytuacji materialnej i społecznej, NSA ograniczył się do uznania, że rodzina korzysta ze wsparcia państwa (co odpowiada art. 18 i 71 Konstytucji), gdyż żonie skarżącego przyznane zostało świadczenie pielęgnacyjne na drugie ich wspólne niepełnosprawne dziecko. Sąd nie tylko nie wziął pod uwagę realności pomocy (wysokość świadczenia z tytułu rezygnacji z zatrudnienia wynosi 400 zł), ale przede wszystkim pominął niezwykle istotną okoliczność tj. fakt rezygnacji z zatrudnienia przez drugiego rodzica w związku z niepełnosprawnością drugiego dziecka. Jeśli stan drugiego dziecka wymaga stałej opieki, to uzasadnione jest przekonanie rodzica, że osobiście zapewni mu najlepszą z możliwych opiekę, a tym samym może zasadnie oczekiwać świadczenia

w związku z rezygnacją z zatrudnienia. W ten właśnie sposób dochodzi do ochrony więzi rodzinnych i kluczowych w rehabilitacji i opiece nad osobą niepełnosprawną relacji rodzic – dziecko. Dla NSA fakt przyznania świadczenia w obrębie jednej rodziny był argumentem wystarczającym, by bez głębszej analizy uznać, że w sprawie nie doszło do naruszenia Konstytucji. Sąd nie wziął pod uwagę indywidualnej sytuacji prawnej skarżącego i jego rodziny na tle rodzin, w których jest tylko jedno niepełnosprawne dziecko. Badanie konstytucyjności regulacji wymaga głębszej niż formalnoprawna analizy stanu faktycznego i prawnego i nie może się ograniczać do zdawkowego stwierdzenia, którym posłużył się NSA.

Drugi zarzut skarżącego odnosił się do konstytucyjnej zasady równości wobec prawa i wyrażał się – jego zdaniem – w nierównym traktowaniu rodziców niepełnosprawnych dzieci.

Jak wynika z art. 32 Konstytucji, w ramach grupy podmiotów legitymujących się cechą prawnie istotną nie może dojść do nieuzasadnionego uprzywilejowania bądź dyskryminowania. Podmioty te powinny być traktowane równo, a więc według jednakowej miary, bez zróżnicowań, zarówno dyskryminujących, jak i faworyzujących, natomiast podmioty różniące się mogą być traktowane odmiennie. Ocena każdej regulacji prawnej z punktu widzenia zasady równości musi być zatem poprzedzona dokładnym zbadaniem sytuacji prawnej podmiotów i przeprowadzeniem analizy, zarówno jeśli chodzi o ich cechy wspólne, jak i cechy je różniące (por. wyroki TK z dnia: 28 maja 2002 r., P 10/01, OTK ZU nr 3/A/2002, poz. 35; 11 września 2007 r., P 11/07, OTK ZU nr 8/A/2007, poz. 97).

W zakwestionowanym art. 17 ust. 5 pkt 4 ustawy o świadczeniach ustawodawca wprowadził negatywną przesłankę uzyskania świadczenia pielęgnacyjnego z tytułu rezygnacji z zatrudnienia, jaką jest fakt ustalenia w rodzinie prawa do dodatku do zasiłku rodzinnego albo świadczenia pielęgnacyjnego. Ustawodawca nie wprowadził żadnej regulacji szczególnej dla rodzin, w których niepełnosprawność dotknęła więcej niż jedno dziecko.

Analiza art. 17 ust. 5 pkt 4 ustawy o świadczeniach pozwala wyróżnić cechę prawnie relewantną osoby uprawnionej do otrzymania świadczenia z tytułu rezygnacji z zatrudnienia w związku z opieką nad niepełnosprawnym dzieckiem. Na cechę tę składa się: a) bycie rodzicem dziecka z orzeczonym stopniem niepełnosprawności, które wymaga stałej opieki, b) rezygnacja z zatrudnienia dla sprawowania tej opieki, c) niskie dochody osiągane przez rodzinę osoby sprawującej opiekę nad dzieckiem (podobnie – wyrok z dnia 18 lipca 2008 r., P 27/07, OTK ZU nr 6/A/2008, poz. 107). Ocena kwestionowanego przepisu z punktu widzenia zasady równości wobec prawa prowadzi do wniosku, że ustawodawca dopuścił się naruszenia art. 32 ust. 1 w związku z art. 71 ust. 1 Konstytucji polegającego na dyskryminacji rodzica, który ze względu na konieczność sprawowania opieki nad następnym niepełnosprawnym dzieckiem, na które nie jest pobierane świadczenie, rezygnuje z zatrudnienia. Zaskarżony art. 17 ust. 5 pkt 4 ustawy pozbawia go bowiem świadczenia pielęgnacyjnego z uwagi na zakaz kumulowania tych świadczeń w jednej rodzinie.

Trudno szerzej odnieść się do stanowiska NSA w tym zakresie, gdyż nie zostało ono uzasadnione. Naczelny Sąd Administracyjny merytorycznie nie odniósł się do postawionego zarzutu. Poprzestał natomiast na tym, że jest on „niezrozumiały". Gdyby sądowi nie zabrakło dobrej woli i determinacji w analizie podniesionego problemu, ocena sądu mogłaby być odmienna. Należy oczywiście mieć świadomość, że zgodnie z art. 183 w związku z art. 174 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz.U. Nr 153, poz. 1070 ze zm.; dalej: p.p.s.a.) Naczelny Sąd Administracyjny jest związany granicami skargi kasacyjnej. Rekonstrukcja rozpatrywanego w wyroku środka odwoławczego dokonana przez NSA w części historycznej orzeczenia w żadnym razie nie pozwalała jednak na uznanie zarzutu za „niezrozumiały". Skarżący wprost stwierdził bowiem, w czym upatruje, w treści art. 17 ust. 5 pkt 4 ustawy o świadczeniach rodzinnych, naruszenia prawa do równego traktowania. Kontrola tego przepisu pod takim właśnie kątem miałaby istotny wpływ na stanowisko NSA.

6. Zgodnie z art. 193 Konstytucji każdy sąd może przedstawić Trybunałowi Konstytucyjnemu pytanie prawne co do zgodności aktu normatywnego z Konstytucją, ratyfikowanymi umowami międzynarodowymi

lub ustawą, jeżeli od odpowiedzi na pytanie prawne zależy rozstrzygnięcie sprawy toczącej się przed sądem. Przedmiotowa glosa – w moim przekonaniu – nie wymaga odnoszenia się do sporu o możliwość bezpośredniego stosowania Konstytucji przez sądy. Bez względu na to, które stanowisko uzna się za obowiązujące: dopuszczające pominięcie przez sąd przepisu ustawy i zastosowanie regulacji konstytucyjnej, czy opowiadające się za związaniem regulacją ustawową z ewentualną derogacją niekonstytucyjnego przepisu przez Trybunał Konstytucyjny, każdy sąd i tak jest zobowiązany do kontroli stanu konstytucyjności prawa powszechnie obowiązującego. Jest to konstytucyjny wymóg przewidziany w art. 193 Konstytucji stwierdzający o rozpatrzeniu sprawy i w art. 45 ust. 1 Konstytucji stanowiącym o sprawiedliwym jej rozpatrzeniu oraz w art. 8 i art. 178 ust. 1 Konstytucji przewidujących podległość sędziów Konstytucji. Adresatem tych norm konstytucyjnych są między innymi sądy. Do nich należy ocena co do powstania wątpliwości w zakresie zgodności z Konstytucją aktu normatywnego, którego treść ma być podstawą rozstrzygnięcia i w ich gestii pozostawiono decyzję co do zasadności wystąpienia z pytaniem prawnym do Trybunału Konstytucyjnego. Ocena taka jest jednak możliwa tylko po rzetelnej analizie sprawy pod kątem zasad wynikających z Konstytucji. Nie jest więc tak, że podnoszenie przez stronę postępowania sądowego zarzutów niekonstytucyjności zobowiązuje sąd do kierowania pytań prawnych do TK, z drugiej jednak strony sąd – jeśli sprawę ma rozpatrzeć sprawiedliwie (art. 45 ust. 1 Konstytucji) – nie jest zwolniony z rozważenia tej kwestii, w szczególności wtedy, gdy taka argumentacja pojawia się w skardze kasacyjnej. Krytyka pod adresem NSA związana z glosowanym wyrokiem nie wynika z nieskorzystania przez sąd z art. 193 Konstytucji, ale z braku jakiejkolwiek refleksji nad taką koniecznością.

7. Dezaprobatę musi budzić także struktura uzasadnienia omawianego wyroku. Rozstrzygnięcie NSA nie koresponduje z art. 141 § 4 p.p.s.a., zgodnie z którym uzasadnienie wyroku powinno zawierać zwięzłe przedstawienie stanu sprawy, zarzutów podniesionych w skardze, stanowisk pozostałych stron, podstawę prawną rozstrzygnięcia oraz jej wyjaśnienie. Gdyby takie rozstrzygnięcie wydał sąd administracyjny pierwszej instancji, podlegałoby ono zapewne uchyleniu jako niezawierające prawidłowego uzasadnienia pozwalającego stronie i organom administracyjnym poznać przyczyny rozstrzygnięcia sprawy, a także jako nieodnoszące się do wszystkich zarzutów strony istotnych dla rozstrzygnięcia. Ważniejsze jest jednak, że wyrok nie odpowiada standardom konstytucyjnym.

Sąd, jak każdy organ władzy publicznej, w relacji z jednostką nie jest zwolniony od przedstawienia motywów podjęcia określonej decyzji. Jednostka, w stosunku do której należy pogłębiać zasadę zaufania do państwa, jest w pełni uprawniona do uzyskania rzetelnych i wyczerpujących informacji ukazujących sposób rozumowania sądu rozstrzygającego sprawę. Uzasadnienie powinno więc wyjaśniać stronie, z jakich powodów podnoszona przez nią argumentacja nie została uwzględniona, których racji i dlaczego sąd nie podzielił. Tylko uzasadnienie pełne i konkluzywne może spełnić swoją legitymizującą funkcję.

Nie powinno też uchodzić uwadze NSA, że adresatem orzeczenia sądowego są inne składy orzekające sądów administracyjnych, a także organy administracyjne. Ocena legalności postępowania administracyjnego może zostać prawidłowo przeprowadzona jedynie pod warunkiem przekonującego wywodu NSA odnoszącego się do podniesionych w sprawie zarzutów. Orzeczenie nie spełni funkcji gwarancyjnej dla praw jednostek, jeśli organy administracyjne i sądy administracyjne I instancji nie są w stanie poznać argumentacji sądu.

Wreszcie nie bez znaczenia jest także i to, że sądy sprawujące kontrolę działalności organów szeroko rozumianej władzy wykonawczej, a także oceniające konstytucyjność przepisów, realizują zasadę podziału i równowagi władz. Wskazują bowiem pewne wytyczne zarówno ustawodawcy co do kształtu prawa, jak i egzekutywie co do sposobu jego realizacji. Wiedza ta może być źródłem działań podjętych przez każdą z władz. Dlatego tak istotne jest wyraźne komunikowanie motywów sądowego rozstrzygnięcia.

Jedynie na marginesie można podnieść, że sposób sformułowania uzasadnienia omawianego wyroku uchybia powadze Naczelnego Sądu Administracyjnego.

Wojciech Piątek

Glosa do wyroku NSA z 17 marca 2010 r., sygn. akt II FSK 1825/08

Wojciech Piątek

Doktor nauk prawnych, adiunkt w Katedrze Postępowania Administracyjnego UAM w Poznaniu, asystent sędziego w Wojewódzkim Sądzie Administracyjnym w Poznaniu. Autor kilku publikacji z zakresu postępowania administracyjnego, sądowoadministracyjnego oraz egzekucyjnego w administracji.

Treść art. 176 p.p.s.a.[1] stanowi jedynie o możliwości uchylenia lub zmiany orzeczenia (czyli innymi słowy wyroku), a nie samego uzasadnienia. Ww. przepis jest w pełni koherentny z art. 173 § 1 p.p.s.a., który legitymuje środek zaskarżenia w postaci skargi kasacyjnej do Naczelnego Sądu Administracyjnego[2] określając, że przysługuje on tylko od (1) wyroków wojewódzkich sądów administracyjnych i (2) postępowań kończących postępowanie w sprawie. Nie podzielając argumentacji zawartej w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, można ją kwestionować w ramach wniesionej skargi kasacyjnej. Nie ma bowiem w procedurze sądowoadministracyjnej przepisu, który umożliwiałby zaskarżenie wyłącznie uzasadnienia orzeczenia lub jego części.

Pośród czynności procesowych dokonywanych przez strony oraz uczestników postępowania sądowoadministracyjnego szczególnie doniosłe znaczenie przypada czynnościom zmierzającym do zaskarżenia orzeczenia sądu I instancji. W ramach problematyki zaskarżalności orzeczeń sądowych istotną rolę odgrywa dopuszczalność ich kwestionowania w drodze odwoławczej. Z kolei w odniesieniu do tego zagadnienia, ważną kwestią pozostaje możliwość częściowego zaskarżenia orzeczenia sądu I instancji oraz problematyka podważania w środku odwoławczym poglądów zamieszczonych w uzasadnieniu orzeczenia wojewódzkiego sądu administracyjnego[3]. Komentowane orzeczenie zawiera szereg konkretnych uwag w tym przedmiocie, wymagających aprobaty oraz szerszej analizy.

W rozważanej sytuacji procesowej, stanowiącej podstawę do wydania glosowanego wyroku, strona w skardze kasacyjnej od wyroku WSA oddalającego skargę

1 Ustawa z 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi, Dz.U. 2002 r. Nr 153, poz. 1270 ze zm., zwana dalej p.p.s.a.

2 Zwany dalej NSA.

3 Zwanego dalej WSA.

zaskarżyła przedmiotowe orzeczenie w części dotyczącej wydanego podczas rozprawy postanowienia o odmowie wystąpienia przez sąd I instancji do Trybunału Konstytucyjnego[4] z pytaniem prawnym odnośnie zgodności art. 31 ust. 1 u.k.s.[5] z Konstytucją[6]. Mając na uwadze sformułowany zarzut, strona skarżąca wniosła o uchylenie zaskarżonego wyroku w części dotyczącej odmowy wystąpienia do TK z pytaniem prawnym lub o wystąpienie przez NSA z przedmiotowym pytaniem do TK i w razie stwierdzenia niezgodności przez TK art. 31 u.k.s. z Konstytucją, uchylenie zaskarżonego wyroku.

Pierwszym problemem, jaki pojawił się przed NSA, było rozważenie dopuszczalności częściowego zaskarżenia przez stronę wyroku sądu I instancji oddalającego skargę. Możliwość taką ustawodawca przewidział w art. 176 p.p.s.a., stanowiąc, że skarga kasacyjna jako pismo procesowe powinna zawierać m.in. oznaczenie zaskarżonego orzeczenia ze wskazaniem, czy jest ono zaskarżone w całości czy w części. O częściowym uchyleniu zaskarżonego orzeczenia stanowią art. 185 § 1 p.p.s.a. oraz art. 186 p.p.s.a. Nie ulega jednak wątpliwości, że nie w każdym przypadku częściowe zaskarżenie orzeczenia będzie w ogóle możliwe. Jak bowiem stwierdził NSA w uzasadnieniu komentowanego wyroku, w sytuacji oddalenia skargi przez sąd I instancji nie można wyróżnić części wyroku, która zawiera jedno, logiczne i językowo niepodzielne sformułowanie w swojej sentencji. Innymi słowy, dla dopuszczalności zaskarżenia orzeczenia sądu I instancji niezbędny jest tzw. substrat zaskarżenia znajdujący się w tenorze jego sentencji. Niedopuszczalnym pozostaje zarówno częściowe zaskarżenie orzeczenia, gdy substrat ten jest logicznie niepodzielny, zaskarżenie orzeczenia nie posiadającego w ogóle swojego substratu, czy też brak doprecyzowania przedmiotowego zakresu zaskarżenia, gdy jego substrat jest logicznie podzielny. Wyrok sądu I instancji może być zaskarżony tylko w takiej części, w której prawnie istnieje[7]. Natomiast wyrok prawnie istniejący podlega częściowemu bądź całościowemu zaskarżeniu zależnie od konstrukcji logicznej rozstrzygnięcia[8]. W układzie procesowym analizowanego wyroku strona skarżąca, chcąc zakwestionować niezaskarżalne postanowienie oddalające złożony przez nią wniosek o wystąpienie z pytaniem prawnym do TK oraz o zawieszenie postępowania, powinna była na podstawie art. 105 p.p.s.a. zgłosić zastrzeżenie do protokołu rozprawy, a następnie podnieść zarzut procesowy tej treści w uzasadnieniu skargi kasacyjnej, stosownie do art. 191 p.p.s.a., zaskarżając wyrok WSA w całości.

Drugim zagadnieniem wiążącym się z problematyką częściowej zaskarżalności orzeczeń sądu I instancji jest pytanie o dopuszczalność zaskarżenia samego jedynie jego uzasadnienia. Możliwość taką przewidział ustawodawca w art. 425 § 2 k.p.k.[9]. Istniała ona również w k.p.c.[10] w odniesieniu do złożenia rewizji

4 Zwanego dalej TK.

5 Ustawa z 28 września 1991 r. o kontroli skarbowej, t.j. Dz.U. z 2004 r. Nr 8, poz. 65 ze zm., zwana dalej u.k.s.

6 Ustawa z 2 kwietnia 1997 r. Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, Dz.U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483 ze zm., zwana dalej Konstytucją.

7 T. Ereciński, *Apelacja w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 2009, s. 59; E. Gapska, *Wady orzeczeń sądowych*, Warszawa 2009, s. 181.

8 Niezależnie od tego, że może dojść również do sprostowania, uzupełnienia lub wykładni wyroku, co zgodnie z art. 159 p.p.s.a. nie ma wpływu na bieg terminu do wniesienia środka zaskarżenia. Aktualnym na obszarze postępowania sądowo-administracyjnego pozostaje natomiast pogląd SN zgodnie z którym, jeżeli o żądaniu strony sąd wspomniał jedynie w uzasadnieniu orzeczenia pomijając je zupełnie w sentencji, a strona nie zażądała uzupełnienia wyroku, to brak orzeczenia o pominiętym żądaniu nie daje podstawy do skargi rewizyjnej. Zob. orzeczenie SN z 22 kwietnia 1952 r., C 1040/52, „Nowe Prawo" 1953, z. 8/9, s. 153. W takim przypadku środek odwoławczy składany byłby od orzeczenia nieistniejącego.

9 Ustawa z 6 czerwca.1997 r. Kodeks postępowania karnego, Dz.U. z 1997 r. Nr 89, poz. 555 ze zm, zwana dalej k.p.k. W doktrynie postępowania karnego zauważa się przy tym, że zaskarżając jedynie uzasadnienie orzeczenia kwestionować powinno się tylko styl, w jakim zostało ono napisane oraz poszczególne sformułowania w nim zawarte, znajdujące się poza obszarem ustaleń faktycznych będących podstawą rozstrzygnięcia i wykładni prawa. Szerzej zob. P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. II, Warszawa 2007, s. 597. Zob. też S. Śliwiński, *Środek odwoławczy skierowany wyłącznie przeciwko uzasadnieniu orzeczenia karnego*, „Państwo i Prawo" 1955, z. 9, s. 365; J. Bednarzak, *W sprawie dopuszczalności środka odwoławczego od uzasadnienia orzeczenia w postępowaniu karnym*, „Nowe Prawo" 1985, z. 2, s. 71.

10 Ustawa z 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego, Dz.U. z 1964 r. Nr 43, poz. 296, zwana dalej k.p.c.

nadzwyczajnej do Sądu Najwyższego[11]. Problem ten na gruncie p.p.s.a. jest również podnoszony w orzecznictwie oraz w doktrynie[12]. W glosowanym orzeczeniu NSA zauważył, że nie ma w procedurze sądowoadministracyjnej przepisu, który umożliwiałby zaskarżenie wyłącznie uzasadnienia orzeczenia lub jego części. Sąd ten jednak stwierdził, że strona skarżąca nie zgadzając się z częścią uzasadnienia mogła je zakwestionować zaskarżając całe orzeczenie, które podlegałoby weryfikacji w trybie art. 184 i 185 p.p.s.a. W ten sposób NSA, nie znajdując przepisu dozwalającego na zaskarżenie skargą kasacyjną samego uzasadnienia, zdołał jednak dekodować z p.p.s.a. normę prawną, która umożliwia pośrednie kwestionowanie poglądów zamieszczonych w uzasadnieniu orzeczenia sądu I instancji. Należy się zgodzić bowiem z poglądem, że pod pojęciem zaskarżonego wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie w sprawie, o którym stanowi art. 173 § 1 p.p.s.a., czy też o zaskarżonym orzeczeniu, o którym stanowi art. 176 p.p.s.a., trzeba rozumieć jedynie sentencję, a nie sentencję wraz z uzasadnieniem[13]. Wprawdzie w art. 138 p.p.s.a. ustawodawca stanowi o poszczególnych elementach sentencji wyroku, natomiast w art. 141 § 4 p.p.s.a. o elementach składowych uzasadnienia wyroku. Nie oznacza to jednak, że wyrok składa się z sentencji i uzasadnienia. Uzasadnienie wyroku, odmiennie aniżeli uzasadnienie decyzji administracyjnej[14], nie stanowi jego immanentnej części, pełniąc wprawdzie istotną rolę w wyjaśnieniu jego motywów oraz wywierając wpływ na ewentualny dalszy bieg postępowania administracyjnego. Wyrok oraz uzasadnienie nie są sporządzane w postępowaniu sądowoadministracyjnym jednocześnie. Możliwa jest również sytuacja, gdy po wydaniu wyroku oddalającego skargę, uzasadnienie w ogóle nie zostanie sporządzone. Przyjęcie w takiej sytuacji, że na wyrok składa się jego sentencja oraz uzasadnienie powodowałoby, że wyrok byłby pozbawiony jednego z dwóch swoich elementów. Następstwem tej konstatacji mogłyby być dalsze wątpliwości, czy w takiej sytuacji wyrok ten cały czas zasługuje na miano stanowczego rozstrzygnięcia w sprawie, wieńczącego bieg postępowania. Poza tym w innych miejscach ustawodawca wyraźnie oddzielił od siebie sformułowania – wyrok i uzasadnienie. Art. 142 § 1 p.p.s.a. stanowi o odpisie wyroku z uzasadnieniem,

11 Zwanego dalej SN. Zgodnie z ostatnim zdaniem art. 417 § 1 k.p.c. rewizja nadzwyczajna mogła ograniczyć się do zaskarżenia uzasadnienia prawomocnego orzeczenia, jeżeli uzasadnienie to naruszało interes Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej albo w sposób rażący uchybiało czci strony lub naruszało jej prawa. Przepis ten wraz z całym działem VII tytułu VI pierwszej księgi pierwszej części k.p.c. został uchylony ustawą z 1 marca 1996 r. o zmianie Kodeksu postępowania cywilnego, rozporządzeń Prezydenta Rzeczypospolitej – Prawo upadłościowe i Prawo o postępowaniu układowym, Kodeksu postępowania administracyjnego, ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 1996 r. Nr 43, poz. 189), z dniem 1 lipca 1996 r. Obecnie k.p.c. nie przewiduje możliwości zaskarżenia jedynie uzasadnienia orzeczenia sądu I instancji. Analizując w doktrynie możliwość wnoszenia rewizji nadzwyczajnej od samego uzasadnienia zwracano uwagę, że dotyczy ona przede wszystkim wypadków, gdy mimo korzystnego dla strony rozstrzygnięcia sąd zamieścił w pisemnych motywach ustalenia uchybiające jej czci lub naruszające jej prawa. Nieuzasadnionym było zmierzanie na tej drodze wyłącznie do uzyskania innej wykładni prawa. Szerzej zob. J. Krajewski, *Glosa do wyroku SN z dnia 05.I.1967 r., III PRN 81/66*, s. 681–682, A. Miączyński, *Zaskarżenie uzasadnienia orzeczenia sądowego w postępowaniu cywilnym*, „Nowe Prawo" 1971, z. 5, s. 712.

12 Za zasadnością nowelizacji p.p.s.a. w kierunku umożliwienia kwestionowania w skardze kasacyjnej jedynie uzasadnienia orzeczenia sądu I instancji opowiedzieli się M. Romańska oraz M. Borkowski. Zob. M. Romańska, *Skuteczność orzeczeń sądów administracyjnych*, Warszawa 2010, s. 87; M. Borkowski, *Zaskarżenie uzasadnienia wyroku w skardze kasacyjnej*, „Przegląd Podatkowy" 2010, z. 10, s. 13.

13 Pogląd ten przeważa zarówno w orzecznictwie, zob. uchwała SN z 9 lutego 2000 r., III CZP 38/99, OSNC 2000, nr 7–8, poz. 126, jak i w doktrynie, zob. J. P. Tarno, *Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 333–334. Odmiennie zob. A. Miączyński, *Struktura i funkcja orzeczeń w sprawach cywilnych*, „Zeszyty Naukowe UJ. Prace Prawnicze" 1971, z. 51, s. 145–146, 157; *Idem, Zaskarżenie uzasadnienia orzeczenia sądowego w postępowaniu cywilnym*, „Nowe Prawo" 1971, z. 5, s. 716.

14 Pogląd o dopuszczalności samodzielnego kwestionowania uzasadnienia decyzji administracyjnej w skardze do WSA nie budzi wątpliwości w doktrynie oraz orzecznictwie. Zob. wyrok WSA w Lublinie z 19 października 2004 r., II SA/Lu 161/04 wraz z aprobującą w tym zakresie glosą J. Borkowskiego, OSP 2006, nr 2, poz. 15, s. 78 oraz artykuł J. Zimmermanna, *Znaczenie uzasadnienia rozstrzygnięcia organu administracji publicznej dla orzecznictwa sądowo administracyjnego,* opublikowany w „Zeszytach Naukowych Sądownictwa Administracyjnego" 2010, z. 5–6, s. 520–523.

art. 144 p.p.s.a. o związaniu wydanym wyrokiem od chwili jego ogłoszenia albo podpisania, art. 177 § 1 p.p.s.a. o doręczeniu stronie odpisu orzeczenia z uzasadnieniem.

Stojąc na stanowisku, że przedmiotem skargi kasacyjnej może być jedynie wyrok lub postanowienie WSA kończące postępowanie w sprawie, nie należy *a priori* przyjmować, że ewentualne błędy samego uzasadnienia orzeczenia sądu I instancji nie mogą zostać usunięte w toku kontroli instancyjnej przez NSA. Sąd II instancji, oddalając skargę kasacyjną, pozostaje bowiem władny zmienić błędne uzasadnienie WSA, zastępując je własnymi rozważaniami, które w takiej sytuacji będą wiązały strony oraz uczestników postępowania na podstawie art. 153 p.p.s.a. w zw. z art. 193 p.p.s.a.[15]. *De lege lata* nie jest w takiej sytuacji potrzebne dokonywanie nowelizacji p.p.s.a. w kierunku umożliwienia stronom procesowym kwestionowania poglądów zawartych w uzasadnieniu orzeczenia sądu I instancji, skoro możliwość taka już istnieje, zyskując coraz szersze uznanie w orzecznictwie NSA[16]. Zaprezentowanemu sposobowi wykładni p.p.s.a. nie stoi na przeszkodzie, że w takiej sytuacji strona wnosi skargę kasacyjną od korzystnego dla niej rozstrzygnięcia WSA. Wydaje się, że pojęcie *gravamen* na gruncie procedury sądowoadministracyjnej jest m.in. dlatego rozumiane dosyć szeroko, aby obejmowało swoim zakresem korzystną dla skarżącego sentencję wraz z kwestionowanym uzasadnieniem[17]. Poza tym, jak podkreślił NSA w glosowanym wyroku, wzgląd na zasady ekonomiki procesowej przemawia za sprzecznością uwzględnienia skargi kasacyjnej tylko dlatego, że trafne rozstrzygnięcie ma niewłaściwe uzasadnienie. W takiej sytuacji rolą sądu, który wydał zaskarżony wyrok byłoby jedynie poprawienie samego uzasadnienia. Za niezasadnością nowelizacji p.p.s.a. w omawianym zakresie przemawiają nadto dalsze argumenty. Po pierwsze, NSA chcąc zmodyfikować rozumowanie sądu I instancji zamieszczone w pisemnym uzasadnieniu powinien mieć zawsze możliwość zmiany sentencji wyroku, aby nie powstała sytuacja sprzeczności pomiędzy poprawionym uzasadnieniem a tenorem orzeczenia. Zgodnie z art. 183 § 1 p.p.s.a., NSA rozpoznaje sprawę w granicach skargi kasacyjnej, biorąc z urzędu pod uwagę jedynie nieważność postępowania. Sytuacja sprzeczności pomiędzy orzeczeniem a jego uzasadnieniem mogłaby powstać, gdyby modyfikacji ulegały zarówno rozważania faktyczne, jak i prawne sądu I instancji, z których również wynikają wskazania co do dalszego postępowania, o których stanowi art. 153 p.p.s.a.

Zaskarżenie samego tylko uzasadnienia wyroku sądu I instancji jest dopuszczalne w k.p.k. W ten sposób strona postępowania karnego nie może jednak kwestionować sentencji zapadłego orzeczenia, tylko jedynie sformułowania wykraczające poza obszar ustaleń faktycznych oraz prawnych stanowiących podstawę rozstrzygnięcia. Ustawodawca nie dozwolił już natomiast na zaskarżenie samego uzasadnienia w kasacji, w postępowaniu karnym do SN, wyłączając tę możliwość w art. 519 *in fine* k.p.k. Trudno bowiem przypuszczać, aby rezultatem ewentualnego zakwestionowania kasacją uzasadnienia orzeczenia sądu II instancji mogła być odmienna wykładnia prawa. Po drugie, dopuszczalność zaskarżenia orzeczenia

15 Jak zauważył Z. Kmieciak, w takiej sytuacji przepis art. 153 p.p.s.a. musi być stosowany z modyfikacjami z uwagi na właściwości przedmiotu regulacji. Ocenę prawną formułuje wówczas nie WSA tylko NSA, przez co staje się ona wiążąca dla każdego z tych sądów oraz organu administracji. Zob. Z. Kmieciak, *Glosa do wyroku NSA z dnia 18.VIII.2004 r., FSK 207/04*, OSP 2005, nr 2, poz. 18, s. 77.

16 W postanowieniu z 30 maja 2008 r., I FSK 917/06, baza orzeczeń NSA, NSA odrzucając skargę kasacyjną z powodu zakwestionowania przez skarżącego jedynie poglądu zawartego w uzasadnieniu wyroku sądu I instancji wyjaśnił, że strona nie zgadzając się z częścią uzasadnienia mogła je zakwestionować zaskarżając całe orzeczenie, które podlegałoby weryfikacji w trybie art. 184 i 185 p.p.s.a. Zob. też postanowienie NSA z 24 marca 2006 r., I FSK 750/05, ONSAiWSA 2006, nr 5, poz. 126; wyrok NSA z 19 października 2006 r., II FSK 1003/06, baza orzeczeń NSA; wyrok NSA z 9 lipca 2009 r., I FSK 858/08, baza orzeczeń NSA.

17 W tej materii strona zawsze powinna mieć możliwość zakwestionowania orzeczenia sądu I instancji niezależnie od jej dotychczasowego zachowania w postępowaniu. Strona może wnieść skargę kasacyjną od każdego z orzeczeń wymienionych w art. 173 § 1 p.p.s.a., a zatem hipotetycznie nawet od orzeczenia korzystnego dla niej. Zob. J. Drachal, R. Hauser, E. Mzyk, *Dwuinstancyjne sądownictwo administracyjne. Omówienie podstawowych zasad i instytucji procesowych*, Zielona Góra 2003, s. 109.

sądu I instancji, w ramach którego strona kwestionuje również konkretne sformułowania zawarte w jego uzasadnieniu, stanowi większe zabezpieczenie jej praw, niż samo ewentualne zaskarżenie uzasadnienia. NSA, z jednej strony dostrzegając uchybienia samego orzeczenia, a z drugiej strony rozpoznając skargę kasacyjną skierowaną jedynie do jego uzasadnienia, z uwagi na art. 183 § 1 p.p.s.a. nie mógłby wyjść poza jej granice. Strona skarżąca nie uzyskałaby w ten sposób ochrony prawnej, o której udzielenie ubiegała się w skardze kasacyjnej. Po trzecie, granice zaskarżalności orzeczenia sądowego powinny każdorazowo zostać wyznaczone tak daleko, jak sięgają jego skutki. Najistotniejsze skutki orzeczenia wynikają z powagi rzeczy osądzonej, przeto granice przedmiotowe powagi rzeczy osądzonej wytyczają równocześnie granice zaskarżalności orzeczenia sądowego. Uzasadnienie wyroku może jedynie pomocniczo służyć ustaleniu powyższych granic, które przede wszystkim wynikają z rozstrzygnięcia zamieszczonego w jego sentencji[18]. Po czwarte, umożliwienie przez ustawodawcę oddzielnego zaskarżania uzasadnienia orzeczenia sądu I instancji mogłoby zwiększyć ilość składanych skarg kasacyjnych do NSA, co rodziłoby konieczność dalszego zwiększenia obsady sędziowskiej przy jednoczesnym braku osiągnięcia w ten sposób wyższego stopnia ochrony praw podmiotowych strony skarżącej. Nie bez znaczenia byłoby również zagrożenie nadużywania możliwości kwestionowania samego uzasadnienia jedynie celem poddania w wątpliwość konkretnych sformułowań uzasadnienia w rzeczywistości nic nie wnoszących do sprawy, nieistotnych dla jej końcowego rozstrzygnięcia. Po piąte, nowelizacja p.p.s.a. w omawianym kierunku pociągnęłaby za sobą wątpliwości odnośnie formy procesowej oraz techniki modyfikowania uzasadnienia orzeczenia sądu I instancji. Prawdopodobnie należałoby przyjąć, że powinno to nastąpić w formie postanowienia, w którego tenorze NSA musiałby zawrzeć nową treść uzasadnienia[19].

Kończąc rozważania warto jeszcze raz podkreślić, że na gruncie obowiązującego stanu prawnego dopuszczalne jest pośrednie zakwestionowanie uzasadnienia orzeczenia sądu I instancji przez zaskarżenie całego wyroku, tzn. sformułowanie w *petitum* skargi kasacyjnej wniosku o jego uchylenie w całości oraz przekazanie sprawy sądowi I instancji do ponownego rozpoznania, natomiast w jej podstawach oraz ich uzasadnieniu odniesienie się do błędnego rozumowania sądu I instancji zamieszczonego w jego uzasadnieniu. W ten sposób NSA dysponuje szeroką swobodą w rozstrzygnięciu zaskarżonego orzeczenia i, doszedłszy do wniosku, że odpowiada ono prawu, może oddalić skargę kasacyjną, modyfikując jednocześnie argumentację WSA. Stronie skarżącej zostaje natomiast zapewnione prawo do sądu oraz do rzetelnego procesu. Ubocznie trzeba dodać, że w takiej sytuacji należałoby postulować, aby NSA mając na uwadze względy słuszności, działając zgodnie z art. 207 § 2 p.p.s.a. odstępował od zasądzenia zwrotu kosztów postępowania kasacyjnego w całości na rzecz strony, która ostała się z rozstrzygnięciem sądu I instancji[20].

18 Szerzej zob. W. Siedlecki, *Glosa do uchwały SN z dnia 17.09.1957 r., 1 CO 20/57*, OSP 1958, poz. 261, s. 619–620; M. Piekarski, *Moc dowodowa ustaleń faktycznych zawartych w uzasadnieniu orzeczenia*, „Nowe Prawo" 1954, z. 12, s. 53–57; W. Siedlecki, *Glosa do postanowienia SN z dnia 27.III.1962, 4 CR 676/61*, „Nowe Prawo" 1963, z. 2, s. 255–257. Odmiennie zob. M. Waligórski, *Moc dowodowa ustaleń faktycznych zawartych w uzasadnieniu orzeczenia*, „Nowe Prawo" 1953, z. 3, s. 35–38; A. Miączyński, *Znaczenie i rola uzasadnienia orzeczenia sądowego w sprawach cywilnych*, „Państwo i Prawo" 1970, z. 11, s. 756–757; *Idem, Zaskarżenie uzasadnienia orzeczenia sądowego w postępowaniu cywilnym*, „Nowe Prawo" 1971, z. 5, s. 708.

19 Wątpliwości te ciągle istnieją na obszarze postępowania karnego. Przeważa pogląd, że sformułowanie zawarte w art. 456 k.p.k. oznacza, że sąd odwoławczy orzeka w formie wyroku tylko wtedy, gdy utrzymuje w mocy, zmienia lub uchyla zaskarżony wyrok sądu pierwszej instancji; *a contrario*, sąd odwoławczy orzeka w formie postanowienia wtedy, gdy rozstrzyga merytorycznie, po przeprowadzeniu rozprawy, apelację złożoną od samego uzasadnienia takiego wyroku. Zob. uchwała SN z 20 października 1999 r., I KZP 33/99, OSNKW 1999, nr 11/12, poz. 71. Odmiennie zob. P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. II, Warszawa 2007, s. 597.

20 Pogląd ten zaprezentowali również Z. Kmieciak oraz J.P. Tarno. Zob. Z. Kmieciak, *Glosa do wyroku NSA z dnia 18.VIII.2004 r., FSK 207/04*, OSP 2005, nr 2, poz.18, s. 76; J.P. Tarno, *Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 507–508.

Katarzyna Kwapisińska

Glosa do wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 5 października 2010 r.

C-512/08 Komisja Europejska przeciwko Republice Francuskiej[1]

Katarzyna Kwapisińska

Aplikantka adwokacka. W 2010 r. ukończyła z wyróżnieniem Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego. Podczas studiów z sukcesami uczestniczyła w konkursach o tematyce prawnej oraz była dwukrotną stypendystką Stypendium Fundacji Edukacyjnej Przedsiębiorczości oraz czterokrotną stypendystką Stypendium m.st. Warszawy im. Jana Pawła II. Od czterech lat współpracuje z Fundacją Academia Iuris, udzielającą nieodpłatnej pomocy prawnej, obecnie pełniąc funkcję koordynatora jednego z warszawskich punktów porad. Szczególnie interesuje się zagadnieniami, które łączą prawo cywilne z innymi dziedzinami prawa.

Teza glosowanego wyroku brzmi:

I. Uzależnienie od uprzedniej zgody refundacji kosztów świadczeń zdrowotnych zaplanowanych w placówce pozaszpitalnej znajdującej się w innym państwie członkowskim – wiążących się z użyciem aparatury medycznej wymagającej znacznych nakładów – jest uzasadnionym ograniczeniem swobody świadczenia usług.

II. Obecny art. 56 TFUE[2], zgodnie z jego wykładnią, jest wiążący, jako bezpośrednio stosowane postanowienie traktatu, dla wszystkich organów władzy państw członkowskich, które w związku z tym są zobowiązane do jego przestrzegania, bez potrzeby wydania krajowych przepisów wykonawczych.[3]

1. Glosowane orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej[4] dotyczy ważnej i praktycznie, i teoretycznie kwestii prawa do refundacji kosztów leczenia zagranicznego wykonywanego w innym państwie członkowskim UE. W zakresie, w jakim Trybunał jednoznacznie i aprobująco ustosunkował się do wprowadzania przez państwa

1 Wyrok w polskiej wersji językowej dostępny na stronie internetowej http://curia.europa.eu.

2 Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej; Dz.Urz. C 83 z 30.3.2010, s. 366–388.

3 Tezy odautorskie.

4 Dalej także jako ETS oraz Trybunał.

członkowskie zgody na zagraniczne leczenie pozaszpitalne, orzeczenie należy ocenić zdecydowanie pozytywnie. W części zaś, w której ETS porusza zagadnienie skuteczności przepisów traktatowych w prawie krajowym podkreślenia wymagają konsekwencje jakie mogą wyniknąć z przyjętego przez Trybunał założenia.

2. Komisja Europejska postawiła Francji dwa zarzuty: 1) niezgodność z obecnym art. 56 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dalej jako TFUE) przepisów francuskiego kodeksu zabezpieczenia społecznego, które uzależniają refundację kosztów zagranicznego pozaszpitalnego leczenia – przy użyciu wyspecjalizowanej aparatury medycznej wymagającej znacznych nakładów – od uzyskania uprzedniej zgody ubezpieczyciela oraz 2) brak precyzyjnego uregulowania w prawie krajowym prawa pacjenta do tzw. uzupełniającej refundacji, w rozumieniu orzeczenia z 12 lipca 2001 r. w sprawie C-368/98 Vanbraekel[5].

3. Po rozpoznaniu skargi Komisji Europejskiej, ETS oddalił oba zarzuty, rozstrzygając tym samym dwie istotne kwestie. Pierwszą jest wyrażenie przez ETS poglądu, że wymóg uzyskania uprzedniej zgody na refundację kosztów opieki medycznej jest uzasadniony nie tylko odnośnie do świadczeń szpitalnych (co ETS podkreślał już we wcześniejszych orzeczeniach), ale w pewnych przypadkach także poszpitalnych. Drugą kwestią natomiast jest wskazanie, że art. 56 TFUE, w rozumieniu nadanym mu przez dotychczasowe orzecznictwo ETS, jest bezpośrednio stosowany i bezpośrednio skuteczny niezależnie od obowiązujących przepisów krajowych.

4. W zakresie pierwszego zagadnienia, ETS przeprowadził trójstopniowy „test" badający, czy francuskie przepisy wprowadzające wymóg zgody na refundację stanowią nieuzasadnione, nieproporcjonalne i niekonieczne naruszenie swobodnego przepływu usług[6]. W pierwszym kroku Trybunał wyszedł od utrwalonej już w orzecznictwie tezy, że świadczenia medyczne realizowane w ramach systemów zabezpieczenia społecznego objęte są swobodą świadczenia usług wynikającą z art. 56 TFUE[7]. Ponadto, wzorem wcześniejszych wyroków ETS, zaznaczył, że owa swoboda obejmuje nie tylko świadczenia szpitalne, ale także pozaszpitalne[8]. Swoboda ta w tym przypadku przybiera postać tzw. biednej swobody świadczenia usług, która polega na tym, że to usługobiorca (pacjent), a nie usługodawca, udaje się do innego państwa członkowskiego celem skorzystania z usługi (medycznej)[9]. Opierając się na tych założeniach, ETS wskazał dalej, że wymóg uzyskania uprzedniej zgody na refundację zagranicznego leczenia pozaszpitalnego, wiążącego się z użyciem aparatury medycznej wymagającej znacznych nakładów „może zniechęcić osoby objęte francuskim systemem ubezpieczeń społecznych do zwracania się do podmiotów udzielających świadczeń zdrowotnych mających siedzibę w innym państwie członkowskim (…) a nawet im to uniemożliwić". Z tego Trybunał wyprowadził

5 European Court Reports (dalej jako ECR) 2001, s. I-05363; zob. również Tomasz L. Krawczyk [w:] A. Łazowski (red.), *Unia Europejska. Prawo instytucjonalne i gospodarcze*, Warszawa 2008, s. 962 i n.

6 Ten swoisty test praktykowany przez ETS polega w pierwszej kolejności na stwierdzeniu, czy dana usługa/działalność objęta jest w ogóle swobodą świadczenia usług; w przypadku odpowiedzi twierdzącej następnym krokiem jest badanie, czy dochodzi do ograniczenia tej swobody; a ostatecznie, w sytuacji gdy takie ograniczenie występuje, ETS rozstrzyga, czy to ograniczenie jest uzasadnione, konieczne i proporcjonalne (w tym zakresie porównaj np. wyrok z 28 kwietnia 1998 r. w sprawie C-158/96 Kohll, ECR 1998, s. I-01931; z 28 kwietnia 1998 r. w sprawie C-120/95 Decker, ECR 1998, s. I-01831; z 12 lipca 2001 r. w sprawie C-157/99 Smits i Peerbooms, ECR 2001, s. I-05473; z 16 maja 2006 r. w sprawie C-372/04 Watts, ECR 2006, s. I-04325).

7 Zob. wyrok z 28 kwietnia 1998 r. w sprawie C-158/96 Kohll, ECR 1998, s. I-01931; z 12 lipca 2001 r. w sprawie C-368/98 Vanbraekel, ECR 2001, s. I-05363; z 12 lipca 2001 r. w sprawie C-157/99 Smits i Peerbooms, ECR 2001, s. I-05473; z 16 maja 2006 r. w sprawie C-372/04 Watts, ECR 2006, s. I-04325. Zob. także D. Lach, *Glosa do wyroku TS z 16 maja 2006 r., C-372/04,* GSP-Prz.Orz. 2006, nr 4, s. 18 oraz G. Uścińska, B. Kazenas, *Orzeczenia Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w zakresie ubezpieczenia społecznego*, Warszawa 2002; Tomasz L. Krawczyk [w:] *Unia Europejska. Prawo instytucjonalne i gospodarcze,* s. 962 i n.

8 Por. przykładowo wyrok z 28 kwietnia 1998 r. w sprawie C-158/96 Kohll, ECR 1998, s. I-01931, gdzie ETS w pkt. 29 orzeczenia, stwierdził, że leczenie pozaszpitalne w zakresie opieki ortodontycznej świadczone za wynagrodzeniem stanowi usługę w rozumieniu obecnego art. 56 TFUE.

9 E. Skrzydło-Tefelska [w:] A. Wróbel (red.), *Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską*, tom I, Warszawa 2008, s. 946.

wniosek, że konieczność uzyskania takiej zgody jest ograniczeniem traktatowej swobody[10].

5. W swoich wcześniejszych orzeczeniach ETS wielokrotnie podkreślał, że zakaz naruszania swobody świadczenia usług nie ma charakteru bezwzględnego i dopuszczalne są od niego wyjątki, o ile są one uzasadnione z perspektywy ochrony interesów nadrzędnych (co zresztą wynika z samej treści art. 56 TFUE)[11]. Bazując na tym założeniu Trybunał jednoznacznie stwierdził, że wzgląd na konieczność zapewnienia „wystarczającego i stałego dostępu do zrównoważonej gamy świadczeń zdrowotnych na wysokim poziomie" oraz potrzeba kontrolowania kosztów i „uniknięcia na tyle, na ile to możliwe, wszelkiego marnotrawstwa zasobów finansowych, technicznych i kadrowych" mogą uzasadniać uzależnienie refundacji kosztów zaplanowanych zagranicznych świadczeń zdrowotnych pozaszpitalnych, wymagających kosztownej aparatury, od uzyskania uprzedniej zgody ubezpieczyciela[12]. Takie stanowisko stanowi wyraz odwołania się przez ETS do wypracowanego we wcześniejszych rozstrzygnięciach tzw. wymogu imperatywnego zachowania równowagi finansowej systemu ubezpieczenia społecznego czy też szerzej systemu zabezpieczenia społecznego, a zatem przesłanki ukształtowanej w praktyce orzeczniczej, ze względu na którą państwa członkowskie mogą podejmować działania ograniczające swobodę usług[13].

6. Zważywszy, że tematyka dotycząca swobodnego przepływu usług na terenie Unii staje się niezwykle istota z punktu widzenia finansowej kondycji budżetów i służby zdrowia[14], takie jednoznaczne i wyraźne rozstrzygnięcie kwestii wpływu swobody usług na publiczny sektor usług medycznych należy ocenić pozytywnie. Uwzględnia ono konieczność prowadzenia przez państwa członkowskie stabilnej i zaplanowanej polityki świadczenia usług medycznych w oparciu o specjalistyczny oraz kosztowny w utrzymaniu sprzęt, który niekoniecznie stanowić musi część infrastruktury szpitalnej. Stanowisko to pozostaje ponadto w zgodzie z przyznanym państwom członkowskim uprawnieniem do samodzielnego określania swojej polityki w zakresie organizacji i świadczenia opieki medycznej. Zgodnie bowiem z art. 168 TFUE, ustawodawstwa krajowe samodzielnie ustalają poziom ochrony w swych systemach zabezpieczenia społecznego, a także zakres podmiotowy, warunki nabycia prawa do świadczeń oraz kształt organizacyjny i finansowy swych systemów[15]. Przepisy wspólnotowe nie mogą tej kompetencji naruszać i ograniczać się powinny tylko do kwestii ściśle wskazanych przez art. 168 TFUE[16]. Jest to dodatkowo uzasadnione tym, że Unia nie funkcjonuje jak federalne państwo opiekuńcze. Nie posiada ona budżetu porównywalnego z budżetami krajowych organów powołanych do zaspokajania potrzeb zdrowotnych swoich obywateli. Nie jest także wyczulona na kwestie pojawiające się na szczeblu krajowym, które wpływają na określoną alokację środków przeznaczanych na ochronę zdrowia, w tym na ustalanie jakie sprawy z perspektywy danego państwa członkowskiego zasługują na priorytetowe traktowanie w ramach systemu zabezpieczenia społecznego[17].

10 Por. podobną argumentację w wyrokach z 13 maja 2003 r. w sprawie C-385/99 Müller-Fauré i van Riet, ECR 2003, s. I-04509, pkt 44.

11 Por. orzecznictwo przywołane w przypisie 7 oraz uwagi dotyczące dopuszczalnych wyjątków od zasady swobody usług przywołane w: Tomasz L. Krawczyk [w:] *Unia Europejska. Prawo instytucjonalne i gospodarcze*.., s. 939 i n. oraz E. Skrzydło-Tefelska [w:] *Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską*…, s. 963 i n.

12 Por. analogiczną argumentację odnośnie do leczenia szpitalnego np. w wyrokach z 12 lipca 2001 r. w sprawie C-157/99 Smits i Peerbooms, ECR 2001, s. I-5473, w pkt 76–81 oraz w wyroku z 16 maja 2006 r. w sprawie C-372/04 Watts, ECR 2006, s. I-04325, w pkt 108–110.

13 W zakresie koncepcji wymogów imperatywnych oraz szczegółowo w zakresie wymogu zachowania równowagi finansowej systemu ubezpieczeń społecznych zob. A. Zawidzka, *Rynek wewnętrzny Wspólnoty Europejskiej a interes publiczny,* Warszawa 2005, s. 130 i n.

14 Tomasz L. Krawczyk [w:] *Unia Europejska. Prawo instytucjonalne i gospodarcze*…, s. 962 i n. w rozdziale *Swoboda przepływu usług zdrowotnych*.

15 G. Uścińska, *Europejskie standardy zabezpieczenia społecznego a współczesne rozwiązania polskie*, Warszawa 2005, s. 511 i n.

16 Szerzej na ten temat zob. L. Bosek [w:] M. Safjan (red.), *Prawo wobec medycyny i biotechnologii. Zbiór orzeczeń z komentarzami*, Warszawa 2011, s. 135 i n.

17 C. Nedwick, *Citizenship, free movement and health care: Cementing individual rights by corroding social solidarity*, Commom Market Law Review 2002, s. 1654 i n.

7. Przyjęcie poglądu, że zgoda na refundację zaplanowanego zagranicznego leczenia stanowi niezgodne z prawem wspólnotowym ograniczenie, prowadziłoby do sytuacji, kiedy to nie państwo członkowskie decyduje o refundacji kosztów leczenia zagranicznego, lecz Trybunał. Jedynie w oparciu o wskazany w TFUE zakaz ograniczania swobody usług, nie należy wyprowadzać pozytywnego obowiązku, wedle którego państwo członkowskie zobligowane jest do pokrycia kosztów leczenia zagranicznego. Odmienne stanowisko, choć niejednokrotnie pojawiające się w orzecznictwie Trybunału może nasuwać wątpliwości[18]. Pożądana przez Trybunał konwergencja zasad i warunków świadczenia usług medycznych w UE sama w sobie nie powinna zmieniać struktury kompetencji przyznanej przez normy traktatowe. Konsekwencje przyjęcia odmiennego poglądu przekładają się bowiem niewątpliwie na zakres odpowiedzialności budżetowej państw członkowskich i praw politycznych obywateli do decydowania o wysokości podatków i quasi podatków[19]. Zgoda na refundację medycznych świadczeń zagranicznych pozwala państwom członkowskim planować wydatki w zakresie systemu publicznej służby zdrowia. Możliwość przewidywania kosztów leczenia ubezpieczonych jest gwarancją stabilności tego systemu. Sytuacja, w której państwo ubezpieczenia zmuszone jest pokrywać nieuwzględnione wcześniej w budżecie wydatki sprawia, że koszty związane z publiczną służbą zdrowia wzrastają, a zatem i wysokość opłacanej składki musi być wyższa.

8. Ponadto należy wskazać, że budzi wątpliwości egzekwowanie przez sądy „pozytywnych" praw jednostek bez upewnienia się, jak takie decyzje wpłyną na inne osoby, a szerzej na cały system opieki medycznej. Należy mieć bowiem na względzie fakt, że przyznawanie poszczególnym jednostkom, dochodzącym swych praw przez ETS, określonego prawa nie zachodzi bez negatywnego wpływu na inne podmioty znajdujące się w podobnej sytuacji. Mimo iż można mówić o pewnej powierzchownej atrakcyjności udostępniania przez sądy pojedynczemu pacjentowi kosztownego leczenia, wiara w solidarność społeczną sugeruje, iż wątpliwe jest ignorowanie kosztów utraconych korzyści wynikłych z takiej decyzji sądowej[20]. Nietrudno wyobrazić sobie sytuację, w której te szpitale, które przewidują wyższy poziom świadczonych usług i zatrudniają bardziej uznanych specjalistów w konsekwencji mogą doświadczyć znacznego napływu pacjentów z innych państw członkowskich. Może to mieć niekorzystny wpływ na standardy krajowej opieki zdrowotnej, przejawiający się przykładowo wydłużeniem list oczekujących na dane świadczenie medyczne. Należy bowiem mieć na względzie fakt, że określając swoją politykę zdrowotną, poszczególne kraje ustalają swe potrzeby w odniesieniu do liczebności swej populacji. Tym samym zbyt wielki przepływ pacjentów może doprowadzić do nadmiernego i trudnego do oszacowania obciążenia niektórych szpitali. To z kolei mogłoby zagrozić zasadzie skutecznego dostępu do świadczeń medycznych oferowanych w ramach publicznej służby zdrowia[21].

9. Glosowany wyrok ma tym większe znaczenie, że we wcześniejszych rozstrzygnięciach dotyczących pozaszpitalnego leczenia ETS nie podzielił argumentacji państw członkowskich, których porządki prawne przewidywały wymóg uprzedniej zgody na refundację. W wyroku z 28 kwietnia 1998 r. w sprawie C-158/96 Kohll[22], w orzeczeniu z 28 kwietnia 1998 r. w sprawie C-120/95 Decker[23] oraz wyrokach z 13 maja 2003 r. w sprawie C-385/99 Müller-Fauré i van Riet[24] wskazano jedynie, że w przypadku refundacji kosztów niezwiązanych z hospitalizacją, nie można wykluczyć, iż ze względu na nadrzędne interesy, ograniczenia traktatowych swobód mogą

18 L. Bosek [w:] *Prawo wobec medycyny i biotechnologii. Zbiór orzeczeń z komentarzami…*, s. 162.

19 L. Bosek [w:] *Prawo wobec medycyny i biotechnologii. Zbiór orzeczeń z komentarzami…*, s. 176.

20 C. Nedwick, *Citizenship, free movement and health care: Cementing individual rights by corroding social solidarity…*, s. 1654 i n.

21 T.K. Hervey, *Impact of EU Law on Health Care Systems*, Brussels 2003, por. jednak M. Hartlev, *Diversity and Harmonisation. Trends and Challenges in European Health Law*, European Journal of Health Law 2010, nr 17, gdzie autor zdaje się przestawiać analizowane zagadnienie jedynie z perspektywy praw jednostki.

22 ECR 1998, s. I-01931.

23 ECR 1998, s. I-01831.

24 ECR 2003, s. I-04509.

zostać zakwalifikowane jako uzasadnione, a jednocześnie konieczne i proporcjonalne[25].

10. O ile zatem należy pozytywnie odnieść się do samego rozstrzygnięcia Trybunału, zgodnie z którym państwa członkowskie mogą stosować mechanizm zgody w odniesieniu do transgranicznych, pozaszpitalnych świadczeń medycznych, o tyle należy powziąć wątpliwości co do podstawy prawnej, z której ten wniosek został wywiedziony. Pojawia się bowiem pytanie o stosunek art. 168 TFUE do ogólnego w swej treści art. 56 TFUE. Zagadnienie to należy rozważyć w szerszym kontekście, uwzględniając istniejące w tej materii rozporządzenia unijne, a zwłaszcza obowiązujące od niedawna rozporządzenie nr 883/04 z 29 kwietnia 2004 r. w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego[26], które zastąpiło wcześniejsze rozporządzenie nr 1408/71 z 14 czerwca 1971 r. w sprawie stosowania systemów zabezpieczenia społecznego do pracowników najemnych i ich rodzin przemieszczających się we Wspólnocie[27].

11. Istnienie w analizowanej materii aktów prawa pochodnego, których przyjęcie stanowi kompromis osiągnięty na poziomie wspólnotowym, powinno wyznaczać maksymalne granice ingerencji w systemy opieki zdrowotnej państw członkowskich[28]. Przedmiotowe akty normatywne mają bowiem za zadanie jedynie zapewniać koordynację między odmiennymi krajowymi systemami zabezpieczenia społecznego i nie mają na celu zorganizowania systemu zabezpieczenia społecznego na szczeblu Wspólnoty[29]. Tymczasem dotychczasowe orzecznictwo Trybunału zdecydowanie rozszerza działania harmonizujące poza zakres przedmiotowy tych aktów prawnych. Podstawą takiego rozszerzenia jest właśnie postulat pełniejszego urzeczywistniania rynku wewnętrznego[30]. Takie rozumowanie nasuwa jednak wątpliwości[31]. Dochodzi tym samym do sytuacji, w której na drugi plan schodzi prawo pochodne, precyzyjnie ujmujące kwestie refundacji kosztów leczenia zagranicznego, a konkretne prawa pacjentów, implikujące finansowe obowiązki państw członkowskich mają swe źródło w art. 56 TFUE. Innymi słowy, sukcesywna harmonizacja w zakresie sektora medycznego odbywa się nie na poziomie legislacyjnym, lecz na poziomie orzecznictwa. Kluczowe kierunki rozwoju tej harmonizacji nie są wyznaczane przez decyzje polityczne, gdzie różnice w podejściu poszczególnych krajów byłyby zapewne trudne do pogodzenia, lecz wskazywane są przez ETS, pozostający poza kontrolą państw członkowskich. Wzrasta tym samym niepewność państw członkowskich co do dalszego kształtu tego postępującego wkraczania Trybunału w krajowe systemy służby zdrowia[32]. Takie podejście do omawianej kwestii sprawia, że otwiera się debata dotycząca wzajemnej relacji zasady wspólnego rynku do zasady autonomii państw członkowskich w zakresie opieki społecznej[33].

12. Przechodząc natomiast do drugiego zagadnienia, którym zajął się ETS w glosowanym wyroku, należy pokrótce wyjaśnić konstrukcję tzw. refundacji

25 Odpowiednio w orzeczeniu w sprawie Decker zob. zwłaszcza pkt 39 i 45; w sprawie Kohll zob. zwłaszcza pkt 45 i 51; w sprawie Müller-Fauré i van Riet zob. zwłaszcza pkt 67, 68, 73 oraz 93–95.

26 Dz.Urz. L 166 z 30 kwietnia 2004 r.

27 Dz.Urz. L 149 z 5 lipca 1971 r. ze zm.; odnośnie do rozporządzenia nr 1408/71 zob. M. Rotkiewicz, *Jak korzystać ze świadczeń społecznych w UE. Koordynacja systemów zabezpieczenia społecznego*, Gdańsk 2006, s. 37 i n., odnośnie zaś do samej idei koordynacji i jej znaczenia zob. T. Bińczyńska-Majewska, *Prawo zabezpieczenia społecznego w Europie i w Polsce. Wybrane zagadnienia*, Warszawa 1997.

28 L. Bosek [w:] *Prawo wobec medycyny i biotechnologii. Zbiór orzeczeń z komentarzami…*, s. 160 i n.

29 T. Bińczycka-Majewska, *Koordynacja systemów zabezpieczenia społecznego w Unii Europejskiej*, Zakamycze 1999, s. 42 i n.; T. Bińczycka-Majewska, *Rozporządzenia Rady wspólnot Europejskich w dziedzinie zabezpieczenia społecznego*, Warszawa 1995, s. 9 i n. oraz por. wyrok z 30 stycznia 1997 r., C-340/94 w sprawie De Jaeck, ECR 1997, s. I-0461.

30 D. Dzienisiuk, *Zabezpieczenie społeczne w Unii Europejskiej – koordynacja świadczeń*, Warszawa 2004, s. 162.

31 Szerzej na ten temat zob. T. Koncewicz, *Czy koniec kontrowersji?*, Palestra 2001, nr 3–4.

32 T.K. Hervey, *Impact of EU Law* on *Health Care Systems…*

33 D. Dzienisiuk, *Zabezpieczenie społeczne w Unii Europejskiej…*, s. 162; zob. także T. Hervey, J. McHale, *Health Law and the European Union*, Cambridge 2004; V. Hatzopoulos, *Killing National Health and insurance systems but healing patients? The European Market for health care services after the judgments of the ECJ and Vanbraekelem and Peerbooms*, Common Market Law Review 2002.

uzupełniającej[34]. We wspomnianym już wyżej wyroku w sprawie Vanbraekel, ETS wywiódł z art. 56 TFUE zasadę, że jeżeli zwrot kosztów zagranicznego leczenia jest niższy od kwoty, która zostałaby wypłacona przez państwo ubezpieczenia w przypadku, gdyby leczenie było w tym państwie podejmowane, osobie objętej ubezpieczeniem społecznym należy się uzupełniający zwrot w wysokości równej różnicy między kwotą refundacji państwa leczenia a kwotą refundacji państwa ubezpieczenia[35]. Problemem, którym zajął się ETS w glosowanym wyroku była odpowiedź na pytanie, czy przepisy francuskie, które nic nie wspominają o takim uprawnieniu, są zgodne z prawem unijnym i udzielił na to pytanie odpowiedzi twierdzącej.

13. Swoją ocenę Trybunał oparł na dwóch podstawowych zasadach dotyczących relacji prawa europejskiego do prawa krajowego. Powtórzył przede wszystkim, że art. 56 TFUE, zgodnie z jego wykładnią, jako bezpośrednio stosowane postanowienie traktatu, jest wiążący dla wszystkich organów władzy państw członkowskich, bez potrzeby wydawania krajowych przepisów wykonawczych (zasada bezpośredniego stosowania prawa wspólnotowego). Ponadto podkreślił, że art. 56 TFUE jest bezpośrednio skuteczny, co oznacza, że osoby zamieszkujące na terenie UE mogą się na niego powoływać bez konieczności poszukiwania odpowiedniej podstawy prawnej w prawie krajowym (zasada bezpośredniej skuteczności prawa wspólnotowego).

14. Trybunał przy tym nie odniósł się do kwestii, czy wspomniany skutek bezpośredni występuje tylko w relacji wertykalnej (jednostka publiczna – jednostka prywatna) czy też w relacji horyzontalnej (jednostka prywatna – jednostka prywatna)[36]. Nie ulega wątpliwości, że adresatami norm traktatowych dotyczących unijnych swobód są państwa członkowskie, które powinny tak kształtować swój porządek prawny, by uwzględniać prawo jednostki do świadczenia usługi (i odpowiednio z niej skorzystania) poza swoim państwem macierzystym. Wyrazem tego jest wspomniany wertykalny skutek bezpośredni odpowiednich norm prawa unijnego, czyli możliwość wysunięcia przez zainteresowaną jednostkę roszczenia do państwa członkowskiego, które z tego obowiązku się nie wywiązuje. Nie wydaje się jednak uzasadnione rozszerzanie obowiązku respektowania swobody traktatowej na podmioty prywatne, które miałyby w związku z tym stać się adresatami tych przepisów (skutek horyzontalny). Co do zasady art. 56 TFUE nie dotyczy ograniczeń powstałych na skutek działania podmiotów prawa prywatnego[37]. Jak jednak pokazuje orzecznictwo wspólnotowe, pod szczegółowo określonymi warunkami, działania takich podmiotów mogą zostać utożsamione z działaniami państwa i poddane zakazowi stosowania ograniczeń[38]. Koresponduje to z tzw. funkcjonalnym charakterem definiowania państwa, które przejawia się rozszerzaniem przez ETS grona adresatów normy traktatowej poza jedynie te jednostki, które z samej swej istoty stanowią emanacje państwa działającego w sferze imperium (organy państwowe, urzędy, sądy)[39]. Zagadnienie to, które przy okazji niniejszej glosy zostaje jedynie zasygnalizowane, stanowi

34 Szerzej na ten temat zob. V. Hatzopoulos, *Killing National Health and insurance systems but healing patients?...*

35 Zob. pkt 53 wyroku w sprawie Vanbraekel, a także pkt 131 wyroku w sprawie Watts, gdzie ETS precyzuje, że uzupełniająca refundacja nie może jednak przekroczyć kosztów rzeczywiście poniesionych przez pacjenta.

36 W zakresie horyzontalnego zastosowania zasady skutku bezpośredniego do przepisów traktatowych zob. M. Kenig-Witkowska, A. Łazowski, R. Ostrihansky, *Prawo instytucjonalne Unii Europejskiej,* Warszawa 2007, s. 283 i n.

37 T. Krawczyk [w:] A. Łazowski (red.), *Unia Europejska. Prawo instytucjonalne i gospodarcze,* Warszawa 2008, s. 939; por. jednak U. Forsthoff, A. Randelzhofer, *Swobody wspólnotowe w Traktacie ustanawiającym Wspólnotę Europejską. Swoboda przepływu towarów, usług i przedsiębiorczości. Komentarz*, (red.) E. Grabitz i M. Hilf, Warszawa 2009, s. 246, gdzie autorzy podnoszą, że podmioty prywatne są adresatami przedmiotowych przepisów w zakresie, w jakim sprowadzają się one do zakazu dyskryminacji; H. Smit, P. Herzog, *The Law of the European Economic Community, A Commentary on the EEC Treaty*, s. 2–655, oraz zob. wyrok ETS z 12 grudnia 1974 r. w sprawie 36/74 Walrave & Koch, ECR 1974, s. 01405.

38 T. Krawczyk [w:] *Unia Europejska. Prawo instytucjonalne i gospodarcze*.., s. 939; por. w tym zakresie wyrok z 11 kwietnia 2000 r. w sprawie C-51/96 i C-191/97 Deliege, ECR 2000, s. I-02549, gdzie ETS wskazał, że działania podmiotów prywatnych mogą zostać utożsamione z działaniami państwa i poddane zakazowi wprowadzania ograniczeń.

39 T. Krawczyk [w:] *Unia Europejska. Prawo instytucjonalne i gospodarcze*..., s. 937 i n. oraz zob. orzeczenie z 30 listopada 1995 r. w sprawie C-55/94 Gebhard, ECR 1995, s. I-04165.

doniosły praktycznie problem, gdyż otwiera drogę do ewentualnych roszczeń jakie mogą być kierowane względem prywatnych podmiotów z sektora opieki medycznej.

15. Powołując się na bezpośrednią stosowalność i skuteczność art. 56 TFUE, Trybunał uznał, że nie ma konieczności, by państwa członkowskie powielały w swoich porządkach prawnych normy wywiedzione z prawa wspólnotowego, o ile nie wprowadzają przy tym regulacji (ani nie stosują w praktyce innych mechanizmów), które pozostawiają uprawnionym niejasność, co do możliwości powołania się na daną normę traktatową. Takie rozumowanie wydaje się zasługiwać na aprobatę, przy założeniu, że norma objęta bezpośrednią stosowalnością i skutecznością spełnia dwa warunki: 1) nie budzi wątpliwości w kontekście prawa europejskiego oraz 2) nie budzi wątpliwości w kontekście prawa krajowego, wpisując się „bezkolizyjnie" w obowiązujące regulacje państwa członkowskiego.

16. Odnośnie do pierwszego warunku, jak się wydaje, podstawą prawa jednostki do refundacji uzupełniającej nie jest w tym przypadku norma prawna, która jasno wynika z przepisu traktatowego (art. 56 TFUE). To prawo podmiotowe wyprowadzane jest bowiem dopiero z interpretacji ogólnego w swej treści art. 56 TFUE, który ze względu na swą strukturę normatywną i pełnione w systemie prawa unijnego funkcje jest klasyczną wolnością (status *negativus*)[40]. Ponadto samo określenie tego prawa następuje nie na poziomie legislacyjnym, lecz na poziomie judykatury. Natomiast oceniając art. 56 TFUE jako bezpośrednio skuteczny, Trybunał tym samym stwierdził, że wyinterpretowany przez niego obowiązek uzupełniającej refundacji wynika z tego przepisu w sposób jasny, bezwarunkowy, precyzyjny oraz jest niezależny od dalszych działań podejmowanych przez Unię Europejską czy państwa członkowskie. Tylko bowiem takie postanowienia traktatu mogą być uznane za bezpośrednio skuteczne[41]. Powyższa ocena budzić może wątpliwości, zwłaszcza z uwagi na wspomniane wyżej argumenty odnoszące się do relacji prawa pochodnego do przepisów traktatowych. Wywodzenie konsekwencji finansowych z ogólnego przepisu o charakterze negatywnym, z pominięciem treści obowiązujących rozporządzeń, wydaje się być obejściem tych przepisów, a przynajmniej wymownie obniża ich znaczenie[42].

17. Natomiast co do drugiego warunku, oceny wymaga kwestia pewności prawa widziana z perspektywy państwa członkowskiego. Brak konieczności implementacji do krajowego porządku prawnego uprawnień gwarantowanych przez prawo unijne może stwarzać stan niepewności co do przysługujących jednostce praw. Pojawiają się bowiem niejako trzy poziomy, z których wynikać mogą uprawnienia jednostek. Pierwszym jest poziom legislacji krajowej, drugim poziom legislacji europejskiej, a trzecim poziom judykatury europejskiej, w ramach którego dokonuje się wiążącej wykładni prawa wspólnotowego.

18. W tym kontekście zasygnalizować należy problem oceny polskiej ustawy z 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych[43], która niewątpliwie nie uwzględnia w swojej treści całego dorobku orzecznictwa europejskiego dotyczącego refundacji zagranicznych świadczeń medycznych. Zagadnienie oceniane może być z dwóch perspektyw: unijnej i polskiej[44]. Patrząc na problem z płaszczyzny wspólnotowej, pojawia się konieczność zbadania, czy polska regulacja zgodna jest z kształtującą się linią orzeczniczą ETS w zakresie zasad refundacji kosztów zagranicznego leczenia. Odnośnie zaś do płaszczyzny krajowej, pojawia się wątpliwość, czy z uwagi na pewność prawa, zasadę przyzwoitej legislacji i wywiedzioną z niej zasadę określoności prawa polska regulacja nie wymaga nowelizacji dostosowującej ją

40 L. Bosek [w:] *Prawo wobec medycyny i biotechnologii. Zbiór orzeczeń z komentarzami*..., s. 162.

41 Zob. w szczególności orzeczenie z 5 lutego 1963 r. w sprawie 26/62 van Gend &Loos oraz wyrok z 3 grudnia 1974 r. w sprawie 33–74 van Binsbergen, ECR 1974, s. 01299, odnoszący się bezpośrednio do dawnego art. 49 TWE, a dzisiejszego art. 56 TFUE oraz zob. M. Kenig-Witkowska, A. Łazowski, R. Ostrihansky, *Prawo instytucjonalne Unii Europejskiej*, Warszawa 2007, s. 279 i n. oraz D. Kornobis-Romanowska, *Stosowanie prawa wspólnotowego w prawie wewnętrznym z uwzględnieniem prawa polskiego*, wyd. I, s. 62 i n.

42 Por. L. Bosek [w:] *Prawo wobec medycyny i biotechnologii. Zbiór orzeczeń z komentarzami*..., s. 162.

43 T.j. Dz.U. z 2008 r. Nr 164, poz. 1027 ze zm.

44 W zakresie polskiej regulacji zob. D. Karkowska, *Prawa pacjenta*, Warszawa 2009, s. 334.

do zasad wyprowadzonych przez ETS z przepisów traktatowych[45].

19. Zbierając powyższe uwagi, należy zdecydowanie aprobująco odnieść się do rozszerzenia przez Trybunał – także na zaplanowane leczenie pozaszpitalne – dotychczasowej linii orzeczniczej zezwalającej państwom członkowskim na stosowanie uprzedniej zgody na refundację kosztów zagranicznej opieki medycznej. W zakresie zaś bezpośredniego skutku i stosowania norm dotyczących praw pacjentów wywiedzionych z ogólnego w swym literalnym brzmieniu art. 56 TFUE, należy powziąć wątpliwość, czy tego typu stanowisko nie ingeruje we wspomniane wyżej zasady prawa wspólnotowego oraz polskiego prawa konstytucyjnego.

45 W zakresie zasad przyzwoitej legislacji zob. L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne*, Warszawa 2006, s. 62 oraz wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 11 stycznia 2000 r. sygn. K. 7/99, OTK Z.U. nr 1/2000, poz. 2 dotyczący zasady określoności prawa.

Krzysztof Kozłowski

Przegląd orzecznictwa – prawo konstytucyjne

Wyrok TK z 27 października 2010 r. (K 10/08, ZU TK 81/8/A/2010)

Treść normatywna narzucona na mocy uchwały SN z 20 grudnia 2007 r. zwrotowi „oczywiście bezzasadny", użytemu w art. 80 § 2b zdanie pierwsze p.u.s.p., wyłącza indywidualną ocenę każdego wniosku o uchylenie immunitetu, co pozostaje w sprzeczności z przyjętą w orzecznictwie i doktrynie prawnej funkcją tego z istoty ocennego i konkretyzowanego *in casu* pojęcia. Zakresowe zdefiniowanie oczywistej bezzasadności staje się w tym wypadku pretekstem do arbitralnego wyłączenia w stosunku do określonej kategorii podmiotów, i to już na etapie wstępnego rozpoznania wniosku o uchylenie immunitetu, możliwości poniesienia odpowiedzialności karnej za określony typ przestępstw związany ze stosowaniem retroaktywnych przepisów karnych.

W niniejszym postępowaniu Rzecznik Praw Obywatelskich jako przedmiot kontroli konstytucyjności wskazał art. 80 § 2b zdanie pierwsze ustawy z 27 lipca 2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych w zakresie, w jakim w pojęciu wniosku oczywiście bezzasadnego o pociągnięcie sędziego do odpowiedzialności karnej mieści wniosek o pociągnięcie do odpowiedzialności karnej sędziego, który orzekając w sprawach karnych pod rządami Konstytucji PRL z 22 lipca 1952 r., stosował retroaktywne przepisy karne rangi ustawowej. Zdaniem skarżącego, kwestionowane brzmienie – użytemu w art. 80 § 2b zdanie pierwsze p.u.s.p. – zwrotowi „oczywiście bezzasadny wniosek o zezwolenie na pociągnięcie sędziego do odpowiedzialności karnej" nadała, wpisana do księgi zasad prawnych, uchwała SN z 20 grudnia 2007 r., sygn. akt I KZP 37/07 (OSNKW nr 12/2007, poz. 86).

Zgodnie z art. 80 § 2b zdanie pierwsze p.u.s.p. „Jeżeli wniosek o zezwolenie na pociągnięcie sędziego do odpowiedzialności karnej nie odpowiada warunkom formalnym pisma procesowego określonym w Kodeksie postępowania karnego lub jest oczywiście bezzasadny, prezes sądu dyscyplinarnego odmawia jego przyjęcia".

Z kolei sentencja uchwały SN z 20 grudnia 2007 r. stanowi, że „Ze względu na niezamieszczenie w Konstytucji PRL z 1952 r. zakazu tworzenia przepisów karnych z mocą wsteczną (zasady *lex retro non agit*) oraz brak mechanizmu prawnego umożliwiającego uruchamianie kontroli zgodności przepisów rangi ustawowej z Konstytucją lub z prawem międzynarodowym, a także ze względu na brak regulacji określającej miejsce umów międzynarodowych w krajowym porządku prawnym, sądy orzekające w sprawach karnych o przestępstwa z dekretu Rady Państwa z 12 grudnia 1981 r. o stanie wojennym nie były zwolnione z obowiązku stosowania retroaktywnych przepisów karnych rangi ustawowej".

Trybunał Konstytucyjny orzekł, że art. 80 § 2b zdanie pierwsze

p.u.s.p., rozumiany w ten sposób, że „oczywista bezzasadność wniosku o zezwolenie na pociągnięcie sędziego do odpowiedzialności karnej" obejmuje także zagadnienie wymagające zasadniczej wykładni ustawy jest niezgodny z art. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej oraz nie jest niezgodny z art. 7, art. 10 i art. 42 ust. 1 Konstytucji oraz z art. 7 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, sporządzonej w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmienionej następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełnionej Protokołem nr 2 (Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm.) i z art. 15 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych, otwartego do podpisu w Nowym Jorku dnia 19 grudnia 1966 r. (Dz.U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167).

Analizując niniejszą sprawę, Trybunał Konstytucyjny wskazał, że jeżeli określony sposób rozumienia przepisu ustawy utrwalił się już w sposób oczywisty, a zwłaszcza jeśli znalazł jednoznaczny i autorytatywny wyraz w orzecznictwie SN bądź NSA, to należy uznać, że przepis ten – w praktyce swego stosowania – nabrał takiej właśnie treści, jaką odnalazły w nim najwyższe instancje sądowe naszego kraju. Normatywną treść przepisu nadawać może także praktyka jego stosowania. (...) Z tej też racji TK uznał za konieczne objęcie swą kognicją także takich treści normatywnych, które zostały niejako twórczo wyprowadzone z aktu normatywnego w drodze jego utrwalonej w sposób oczywisty wykładni.

Przypomniano, że zasada określoności przepisów prawa stanowi uszczegółowienie zasady poprawnej (przyzwoitej) legislacji, która z kolei źródło swe znajduje w zasadzie zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa wywiedzionej z podstawowej zasady demokratycznego państwa prawa, o której mowa w art. 2 Konstytucji. (...) Konstytucyjna zasada określoności przepisów prawa determinuje przede wszystkim obowiązek ustawodawcy zachowania należytej poprawności, precyzji i jasności przepisów prawnych. Przepisy powinny być konstruowane poprawnie z punktu widzenia językowego i logicznego.

Trybunał Konstytucyjny podkreślił, że (...) konkretyzacja pojęcia „oczywista bezzasadność" powinna nastąpić każdorazowo, indywidualnie w procesie stosowania prawa. (...) To przede wszystkim sądy powinny ustalać *in casu* desygnaty klauzul generalnych czy zwrotów niedookreślonych. „Jest to swoista rękojmia sprawiedliwości proceduralnej i rządów prawa, do których art. 2 Konstytucji niewątpliwie nawiązuje" (wyrok TK z 8 maja 2006 r., sygn. P 18/05, OTK ZU nr 5/A/2006, poz. 53).

Oczywista bezzasadność, będąca typem klauzuli generalnej, a ściślej zwrotem niedookreślonym, nie jest definiowana na potrzeby ogólne, nie dochodzi także do sprecyzowania zakresowego jej treści. Z natury rzeczy jej niezdefiniowana treść jest wypełniana dopiero na potrzeby każdej pojedynczej sprawy. Ocena, czy konkretna sprawa jest bezzasadna w stopniu oczywistym, następuje zatem *in casu* z punktu widzenia danego stanu faktycznego i prawnego. Sprecyzowanie w sposób ogólny choćby zakresu podmiotowego, przedmiotowego czy też czasowego aspektu oczywistej bezzasadności jest sprzeczne z celem, jakiemu służy klauzula oczywistej bezzasadności na gruncie procedur sądowych.

W niniejszej sprawie w konsekwencji zakresowego, i to *in abstracto*, zdefiniowania oczywistej bezzasadności wniosku o uchylenie immunitetu sędziowskiego, w istocie każdy wniosek o zezwolenie na pociągnięcie do odpowiedzialności karnej sędziego, który orzekając w sprawach karnych o przestępstwa z dekretu o stanie wojennym stosował retroaktywne przepisy, musi być traktowany jako oczywiście bezzasadny i z tej racji będzie podlegał odmowie przyjęcia. (...) Oczywistej bezzasadności nie ocenia się zatem *in casu*, ponieważ jest ona odgórnie i arbitralnie przesądzona.

W rezultacie, Trybunał Konstytucyjny orzekł, że art. 80 § 2b zdanie pierwsze p.u.s.p. w zakwestionowanym zakresie jest niezgodny z zasadą określoności przepisów prawa wynikającą z art. 2 Konstytucji.

Od powyższego rozstrzygnięcia sześcioro sędziów TK złożyło zdania odrębne. Sędziowie m.in. podnieśli, że wniosek (a za nim wyrok Trybunału) wadliwie wskazuje na związek między przedmiotem kontroli i okolicznościami mającymi przesądzać o zarzutach niekonstytucyjności.

Działanie prezesa sądu, podjęte na podstawie zaskarżonego przepisu było (nawet jeśli nietrafne) aktem stosowania prawa, nieobjętym co do zasady kontrolą konstytucyjności przez Trybunał Konstytucyjny. (…) Uzasadnienie wyroku (…) utożsamia nadto ze sobą dwie odrębne sytuacje: skutek stałej, powszechnej, powtarzalnej interpretacji, co – zgodnie z *acquis constitutionnel* – może prowadzić do nadania tekstowi sensu podlegającego kontroli konstytucyjności oraz subsumpcję, co należałoby starannie rozgraniczać. Trybunał Konstytucyjny w wyroku (…) utożsamia natomiast interpretację i subsumcję (ze zdania odrębnego sędziego TK, Ewy Łętowskiej).

Paweł Wiliński

Przegląd orzecznictwa – prawo karne

Uchwała składu 7 sędziów SN z 24 listopada 2010 r. (I KZP 20/10)

Uchylenie – w trybie kontroli instancyjnej – postanowienia o przedłużeniu stosowania tymczasowego aresztowania, niezależnie od tego, jakiej treści orzeczenie następcze wydano, rodzi obowiązek natychmiastowego zwolnienia oskarżonego, jeżeli upłynął termin, na który uprzednio zastosowano lub przedłużono stosowanie tego środka, a oskarżony nie podlega pozbawieniu wolności w innej sprawie.

Uchwała SN wydana została w wyniku rozpoznania wniosku Rzecznika Praw Obywatelskich o rozstrzygnięcie zagadnienia prawnego. Powstało ono w związku z ujawnionymi w orzecznictwie sądowym przypadkami, w których postanowieniami sądów odwoławczych, którymi uchylano postanowienia sądów pierwszej instancji o przedłużeniu stosowania tymczasowego aresztowania i przekazaniu sprawy do ponownego rozpoznania stwierdzano, że pomimo iż upłynął już okres, na który poprzednio stosowano wobec oskarżonego tymczasowe aresztowanie, oskarżonego nie należy zwalniać z aresztu.

Punktem wyjścia rozważań SN było odwołanie do art. 41 Konstytucji RP, w świetle którego człowiek może być pozbawiony wolności jedynie z mocy decyzji sądu. Wyjątki od tej reguły przewidziane są w związku z uregulowanymi w różnych ustawach rozlicznymi formami zatrzymania, przy czym uregulowania te muszą pozostawać w zgodzie z rygorystycznym standardem określonym w art. 41 ust. 3 Konstytucji RP, według którego pozbawienie wolności na innej podstawie niż decyzja sądowa w żadnym wypadku nie może trwać dłużej niż 72 godziny. W związku z tym kodeks postępowania karnego, precyzyjnie regulując tę kwestię, pozwala na tymczasowe aresztowanie oskarżonego także na podstawie postanowienia sądu, które nie uzyskało jeszcze prawomocności. Wynika to z art. 462 § 1 k.p.k., zgodnie z którym zaskarżenie postanowienia, które powstrzymuje jego uprawomocnienie się, nie wstrzymuje jednocześnie jego wykonania (jeśli nie postanowiono inaczej). Uregulowanie to odnosi się także do postanowienia o zastosowaniu tymczasowego aresztowania oraz każdego postanowienia o przedłużeniu jego stosowania.

To jednak, że człowiek może być pozbawiony wolności na podstawie postanowienia, które nie uzyskało cechy prawomocności, nie oznacza żadną miarą, iż może to nastąpić w sytuacji, gdy postanowienia takiego nie wydano lub też po jego wydaniu zostało ono uchylone. SN podkreślił, że uchylenie postanowienia o zastosowaniu (lub przedłużeniu stosowania) tymczasowego aresztowania musi prowadzić do uwolnienia oskarżonego, chyba że jest on pozbawiony wolności na podstawie innej decyzji procesowej wydanej w tej lub innej sprawie.

Całkowicie błędne jest odwoływanie się do art. 253 k.p.k. jako przepisu, który rzekomo nie daje podstawy do uchylenia tymczasowego aresztowania w sytuacji

uchylenia postanowienia o zastosowaniu (przedłużeniu stosowania) tymczasowego aresztowania. Argumentacja ta, zdaniem SN, jest o tyle przewrotna, o ile opiera się na założeniu, że niezbędne jest odnalezienie w przepisach kodeksu podstawy do uchylenia tymczasowego aresztowania. W rzeczywistości rozumowanie musi przebiegać dokładnie odwrotnie, ku założeniu, że niezbędne jest odnalezienie prawnej podstawy dalszego pozbawienia człowieka wolności w sytuacji, gdy uchylono orzeczenie, na podstawie którego wolności tej go pozbawiono. Wszak stosowanie tymczasowego aresztowania stanowi ingerencję w gwarantowane konstytucyjnie prawo do wolności osobistej, w związku z czym może być uznane za dopuszczalne jedynie wtedy, gdy istnieje wydana – zgodnie z ustawą – decyzja sądu. Na nieporozumieniu opiera się także rozróżnienie pomiędzy uchyleniem postanowienia o tymczasowym aresztowaniu (o jego przedłużeniu) a uchyleniem samego tymczasowego aresztowania. Zawsze ilekroć dojdzie do uchylenia tymczasowego aresztowania, unicestwione zostaje postanowienie o jego zastosowaniu (przedłużeniu stosowania), a ponowne zastosowanie tego środka zapobiegawczego wymaga wydania nowego postanowienia. Błędne jest także powoływanie się na przepis art. 462 § 1 k.p.k., który miałby rzekomo stanowić podstawę skuteczności postanowienia o zastosowaniu (przedłużeniu stosowania) tymczasowego aresztowania, pomimo jego uchylenia. Przepis ten stanowić może podstawę skuteczności postanowienia, które nie jest prawomocne, w ramach konstytuowanej przezeń względnej suspensywności orzeczenia. Żadną miarą nie można zaś z tego przepisu wnioskować, iż tymczasowe aresztowanie może być wykonywane (zachowuje skuteczność) pomimo uchylenia postanowienia o jego zastosowaniu lub przedłużeniu.

SN krytycznie ocenił argumenty wskazujące na to, że inne są skutki uchylenia orzeczenia w sytuacji, gdy decyzja uchylająca uzasadniona jest względami formalnymi, inne zaś wówczas, gdy uchylenie to jest rezultatem uznania, że jest ono niezasadne. Uchylenie zaskarżonego postanowienia i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania zawsze wywołuje ten sam skutek, niezależnie od tego, jakie okoliczności legły u podstaw decyzji sądu odwoławczego. Skutek ten polega na tym, że sąd pierwszej instancji staje przed koniecznością ponownego rozpoznania wniosku o zastosowanie (przedłużenie stosowania) środka zapobiegawczego, względnie przed koniecznością ponownego zbadania tej kwestii z urzędu. W wyniku uchylenia postanowienia o przedłużeniu stosowania tymczasowego aresztowania postępowanie w przedmiocie wniosku cofa się po prostu do fazy poprzedzającej jego rozpoznanie. Oskarżony może być pozbawiony wolności w sprawie, ale jedynie do czasu oznaczonego poprzednim orzeczeniem o zastosowaniu lub przedłużeniu stosowania tego środka zapobiegawczego.

W konsekwencji trzeba przyjąć, że jeżeli sąd odwoławczy uchyla postanowienie sądu pierwszej instancji o zastosowaniu lub przedłużeniu stosowania tymczasowego aresztowania, zobowiązany jest jednocześnie polecić natychmiastowe zwolnienie aresztowanego, chyba że nie upłynął jeszcze okres, na który aresztowano go uprzednio w danej sprawie, względnie podlega on pozbawieniu wolności w innej.

W przepisach rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 23 lutego 2007 r. – Regulamin urzędowania sądów powszechnych (Dz.U. Nr 38, poz. 249 ze zm.) brak jest przepisu, który wprost dotyczyłby takiej sytuacji i nakazywałby natychmiastowe zwolnienie aresztowanego. Mimo to, zdaniem SN, w sytuacji, w której sąd nie uwzględnia wniosku o zastosowanie tymczasowego aresztowania (§ 302), zawsze konieczne jest zarządzenie niezwłocznego zwolnienia zatrzymanego, albowiem dalsze pozbawienie wolności nie może być legitymizowane decyzją o zatrzymaniu. Każde pozbawienie człowieka wolności, które nie znajduje podstawy w wydanej zgodnie z prawem, choćby nieprawomocnej, decyzji procesowej, jest nielegalne. Sąd zatem ma obowiązek zarządzenia natychmiastowego zwolnienia tymczasowo aresztowanego zawsze, ilekroć uchylono postanowienie o zastosowaniu lub przedłużeniu stosowania tymczasowego aresztowania, chyba że w dacie uchylenia tego postanowienia nie wyekspirował jeszcze termin, na który osobę

pozbawiono uprzednio wolności. W tym ostatnim wypadku zwolnienie następuje zaś w dniu, w którym upływa termin tymczasowego aresztowania, co wynika w sposób nie budzący wątpliwości z art. 211 § 3 k.k.w.

Uchwała składu 7 sędziów SN z 24 listopada 2010 r. (I KZP 19/10)

Przepisy art. 607e § 3 pkt 4 i 5 k.p.k. statuują samodzielne przesłanki wyłączenia przewidzianej w art. 607e § 1 k.p.k. zasady specjalności.

Rozstrzygnięcie w przedmiocie samodzielnego charakteru przesłanki określonej w art. 607e § 3 pkt 4 k.p.k. nastąpiło w wyniku rozpoznania wniosku przedstawionego przez Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego, wskazującego na rozbieżne orzecznictwo Sądu Najwyższego w tym zakresie (wyrok SN z 9 lutego 2010 r., sygn. II KK 172/09, LEX nr 577175 oraz postanowienie SN z 6 maja 2010 r., sygn. V KK 222/09, dotąd niepublikowane).

Wyrażona w art. 607e § 1 k.p.k. istota zasady specjalności sprowadza się do zakazu ścigania bądź wykonania uprzednio orzeczonych kar wobec osoby przekazanej na podstawie ENA za inne przestępstwa niż te, które stanowiły podstawę przekazania. Jednak już w tym przepisie zawarte zostało ograniczenie, że w odniesieniu do wykonania orzeczonych kar, zasada specjalności obejmuje wyłącznie orzeczone kary pozbawienia wolności. Tak zakreślony zakres zastosowania art. 607e § 1 k.p.k. nie jest obojętny także dla interpretacji przewidzianych w jego § 3 wyjątków, daleko szerzej ograniczających działanie zasady specjalności.

W analizowanym kontekście, w słowach, wyrażeniach czy zdaniach tworzących treść art. 607e § 3 k.p.k. nie występują niejasności, wieloznaczności czy wewnętrzne sprzeczności, które uzasadniałyby nadawanie im odmiennego sensu czy znaczenia od ich rozumienia w języku ogólnym. Wręcz przeciwnie, składnia tego paragrafu, najpierw stanowiąca, że zasady specjalności „nie stosuje się, jeżeli", a następnie enumeratywnie wyliczająca poszczególne przypadki tego wyłączenia, wprost sugeruje odrębność każdego z nich. Niewątpliwie każdy z ośmiu punktów tego paragrafu opisuje odmienną sytuację, w inny sposób niż pozostałe modyfikując zakres zastosowania zasady specjalności. Od możliwości całkowitego jej wyłączenia (pkt 1, 2, 6, 7 i 8) do wskazania na konkretne sytuacje procesowe, w których dopuszczalne jest prowadzenie postępowania karnego wobec osoby przekazanej na podstawie ENA co do innych czynów (przestępstw) niż stanowiące podstawę przekazania, po spełnieniu określonych warunków (pkt 3, 4 i 5). Punkty 4 i 5 § 3 art. 607e k.p.k. mogą natomiast dotyczyć tych samych etapów postępowania karnego (przygotowawczego bądź jurysdykcyjnego), ale jednak całkowicie odmiennych sytuacji procesowych. Punkt 4 mówi o niestosowaniu zasady specjalności, jeżeli postępowanie karne nie wiąże się ze stosowaniem wobec osoby ściganej środka polegającego na pozbawieniu wolności, a punkt 5 o niestosowaniu tej zasady, jeżeli czyn osoby ściganej zagrożony jest karą lub środkiem, które nie polegają na pozbawieniu wolności.

Zakres możliwych sytuacji procesowych obejmowanych przesłankami każdego z tych punktów jest diametralnie różny. O ile pkt 4 dotyczyć może wszystkich czynów zabronionych, niezależnie od wysokości zagrożenia sankcją karną, to pkt 5 odnosi się wyłącznie do nielicznych występków zagrożonych jedynie karami grzywny lub ograniczenia wolności (w części szczególnej kodeksu karnego jest ich dziesięć). Zatem zasadnicza różnica w zakresie wyłączenia działania zasady specjalności nastąpi przy przyjęciu odrębności i samodzielności każdego z nich, w stosunku do założenia, że dopiero łączne spełnienie przesłanek obu przepisów taki skutek spowoduje. Przyjęcie samodzielności działania wyjątku przewidzianego w art. 607e § 3 pkt 4 k.p.k. nie narusza też funkcji gwarancyjnej zasady specjalności. Zakres gwarancji wynikający z tej zasady określony został już dyspozycją § 1 tego artykułu. Gwarantuje on mianowicie to, że osoba przekazana na podstawie ENA nie zostanie pozbawiona wolności w jakiejkolwiek postaci, w związku z innymi przestępstwami (czynami) niż stanowiące podstawę przekazania, o ile nie wystąpią przewidziane w § 3 wyjątki wyłączające zasadę specjalności. Jednym z tych wyjątków – właśnie określonym w pkt 4 – jest możliwość ścigania za inny czyn, ale pod warunkiem, że

w tym postępowaniu nie będą wykonywane środki polegające na pozbawieniu wolności, co sprowadza się przede wszystkim do niestosowania tymczasowego aresztowania. W konsekwencji trzeba stwierdzić, że samodzielne funkcjonowanie przepisu art. 607e § 3 pkt 4 k.p.k. w żadnej mierze nie narusza gwarancyjnej funkcji określonej w § 1 tego artykułu zasady specjalności.

W dalszej części SN podkreślił w szerokiej analizie, że także w świetle regulacji i interpretacji unijnych trudno doszukać się powodu, dla którego Polska miałaby w istotny sposób ograniczać możliwość jurysdykcji własnych sądów, w stosunku do możliwości sądów innych państw Unii Europejskiej, które, zgodnie z cytowanym wyrokiem ETS z 1 grudnia 2008 r. w sprawie C-388/08 PPU, w szerokim przecież zakresie stosować mogą przewidziany w art. 27 ust. 3 lit. c) wyjątek od zasady specjalności.

Uchwała SN z 24 listopada 2010 r. (I KZP 22/09)

Na postanowienia sądu, wydane w trybie art. 203 k.p.k., o nieuwzględnieniu wniosku o orzeczenie badań psychiatrycznych oskarżonego połączonych z obserwacją w zakładzie leczniczym, bądź o odmowie jej przedłużenia na dalszy oznaczony czas, nie przysługuje zażalenie.

Ustawodawca, kształtując instytucję procesową obserwacji w zakładzie leczniczym, zawarł w przepisach określających zasady jej stosowania odesłania do stosowania środków zapobiegawczych, a w szczególności tymczasowego aresztowania – nakaz odpowiedniego stosowania art. 259 § 2 k.p.k. czy art. 249 § 3 i 5 k.p.k. W sposób oczywisty wynika to z tego, że zarówno tymczasowe aresztowanie, jak i obserwacja w zamkniętym zakładzie leczniczym wywierają podobny skutek w zakresie ograniczenia naturalnego prawa człowieka do wolności. Stąd stosowanie tych instytucji procesowych poddano kontroli sądowej realizującej się w prawie zaskarżania decyzji o zastosowaniu tych środków oraz obserwacji. Jasno też z tego wynika, że uprawnienie do skarżenia decyzji o obserwacji w zakładzie leczniczym powiązane jest ściśle z pozbawieniem oskarżonego wolności. Z tego też względu, skarżone mogą być jedynie te decyzje, które taki skutek wywołują. Nie jest natomiast tak, że niezastosowanie obserwacji może wywołać analogiczny skutek do odmowy zastosowania tymczasowego aresztowania (czy innego środka zapobiegawczego) – a więc w taki sam sposób utrudnić lub też uniemożliwić prowadzenie procesu karnego bądź stworzyć zagrożenie, że popełnione zostanie nowe, ciężkie przestępstwo. W tym zakresie zatem, analogii w zakresie zaskarżania, należy poszukiwać nie wśród przepisów o stosowaniu środków zapobiegawczych, lecz w instytucji nieuwzględnienia wniosku o dopuszczenie dowodu – na co (na które to rozstrzygnięcie) zażalenie nie przysługuje. Taki wszak charakter ma obserwacja w zakładzie leczniczym, która jest badaniem stanu zdrowia psychicznego oskarżonego, będąca następstwem dopuszczenia dowodu z opinii biegłych.

Zob. też następujące tezy:

Postanowienie SN z 24 listopada 2010 r. (I KZP 18/10)

Użyte w art. 186 § 1 k.p.k. sformułowanie „pierwsze zeznanie w postępowaniu sądowym" nie odnosi się do sytuacji procesowej, w której sprawa po uchyleniu wyroku sądu pierwszej instancji została przekazana sądowi do ponownego rozpoznania i świadek jest ponownie przesłuchiwany.

Wyrok SN z 2 grudnia 2010 r. (III KK 298/10)

Wymierzenie kary poniżej lub powyżej granicy ustawowego zagrożenia przewidzianej za przypisane oskarżonemu przestępstwo, bez zastosowania nadzwyczajnego złagodzenia bądź obostrzenia kary, stanowi rażące naruszenie prawa materialnego i zawsze ma, w rozumieniu art. 523 § 1 k.p.k., istotny wpływ na treść wyroku.

Wyrok SN z 1 grudnia 2010 r. (III KK 315/09)

Rodzic małoletniego nie może, działając w charakterze przedstawiciela ustawowego, wykonywać praw tego małoletniego jako pokrzywdzonego w postępowaniu karnym, w tym

także w postępowaniu z oskarżenia prywatnego, jeżeli oskarżonym jest drugi z rodziców.

Skutkiem przekroczenia granic umocowania przez przedstawiciela na gruncie prawa cywilnego jest nieważność dokonanej czynności prawnej (art. 95 § 2 k.c.). Na gruncie prawa karnego procesowego czynność taką należy uznać za bezskuteczną co jest równoznaczne z brakiem skargi uprawnionego oskarżyciela, stanowiącym ujemną przesłankę procesową z art. 17 § 1 pkt 9 k.p.k.

Postanowienie SN z 16 grudnia 2010 r. (II KK 156/10)

Wymiar kar łącznych w wyrokach objętych wyrokiem łącznym nie wyznacza ustawowych granic minimum i maksimum, w jakich sąd może orzec nową karę łączną, gdyż z mocy art. 575 k.p.k. kary łączne orzeczone wcześniejszymi wyrokami ulegają rozwiązaniu. Tym samym więc granice nowej kary łącznej, która ma zostać orzeczona, określa przepis art. 86 § 1 k.k. i każde kolejne postępowanie w przedmiocie wydania wyroku łącznego za podstawę orzekania kary łącznej przyjmuje wyłącznie kary wymierzone za poszczególne przestępstwa, z uwzględnieniem, że poprzednio orzeczona kara łączna utraciła moc, jak przewiduje to przepis art. 575 § 1 k.p.k.

Co prawda obecnie obowiązujący przepis art. 89 § 1a k.k. jednoznacznie stanowi, że nawet w razie skazania za zbiegające się przestępstwa na kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem ich wykonania sąd może w wyroku łącznym orzec karę łączną pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania, co tym bardziej przemawia za możliwością orzeczenia bezwzględnej kary pozbawienia wolności wobec sprawcy zbiegających się przestępstw, któremu wyrokami jednostkowymi zostały wymierzone kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem i bez warunkowego zawieszenia ich wykonania, to jednak w takich przypadkach należy zawsze przy orzekaniu mieć na uwadze jedną z fundamentalnych zasad prawa karnego, wyrażoną w art. 4 § 1 k.k. Nie ma przy tym chyba żadnych wątpliwości, że wprowadzone wspomnianą wyżej nowelą zmiany przepisów odnośnie kary łącznej są dla skazanych mniej korzystne od tych, które obowiązywały uprzednio.

Wyrok SN z 16 listopada 2010 r. (II KK 162/10)

W wypadku wniesienia apelacji na korzyść oskarżonego sąd odwoławczy nie jest związany granicami podniesionych w niej zarzutów, co oznacza, że w granicach zaskarżenia powinien skontrolować wyrok pod kątem wszystkich przyczyn odwoławczych określonych w art. 438 k.p.k. W konsekwencji, po upływie terminu do złożenia apelacji, można podnosić dodatkowe zarzuty odwoławcze w granicach zaskarżenia lub wskazywać na uchybienia podlegające uwzględnieniu z urzędu (poza granicami zaskarżenia), które sąd odwoławczy powinien rozpoznać i ustosunkować się do nich w uzasadnieniu wyroku.

Postanowienie SN z 22 grudnia 2010 r. (II KK 288/10)

W sytuacji, gdy zastosowanie określonego rozwiązania procesowego jest jedynie prawem, a nie obowiązkiem organu, i gdy nadto oskarżony i jego obrońca nie formułują w tej materii stanowczego wniosku dowodowego, ani ewentualne zastosowanie tego rozwiązania, ani zaniechanie jego zastosowania, nie stanowią naruszenia prawa, a tym bardziej naruszenia o charakterze rażącym, jak tego wymaga podstawa kasacyjna sformułowana w art. 523 § 1 k.p.k.

Zasada dwuinstancyjności polega na tym, że każde orzeczenie co do istoty sprawy, kończące postępowanie w pierwszej instancji, podlega instancyjnej kontroli organu wyższego rzędu. Nie można zaś – jak chciałby tego autor kasacji – upatrywać sensu tej zasady w konieczności poddania kontroli instancyjnej każdego orzeczenia, lub każdej jego części, także i w wypadku wydania go właśnie przez sąd drugiej instancji, jeśli orzeczenie to jest w swej treści w jakimkolwiek elemencie odmienne niż orzeczenie wydane przez sąd pierwszej instancji.

Andrzej Skoczylas (red.), Małgorzata Grego, Wojciech Piątek

Przegląd orzecznictwa – prawo administracyjne

Wyrok NSA z 10 grudnia 2010 r. (II FSK 1388/09)

Sporządzenie odpowiedzi na skargę kasacyjną z uchybieniem terminu, uregulowanego w art. 179 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz.U. z 2010 r. Nr 153, poz. 1270 ze zm.), stanowi ujemną przesłankę do zasądzenia kosztów wynagrodzenia pełnomocnikowi strony niezależnie od wyniku sprawy.

Orzeczenie NSA porusza częsty problem błędnego formułowania zarzutów skargi kasacyjnej. Wyrok ten ciekawy jest jednak przede wszystkim dlatego, że NSA odmówił przyznania kosztów postępowania pełnomocnikowi organu. Przedmiotem postępowania administracyjnego kontrolowanego przez WSA było wymierzenie podatku od nieruchomości. Problem, jakim zajmował się sąd, miał cywilistyczną naturę. Jego sedno stanowiło uznanie, jaki charakter miało posiadanie opodatkowanej nieruchomości. Reasumując, badano, kto jest podmiotem właściwym do zapłaty tego podatku od nieruchomości.

W postępowaniu ustalono, że członkowie zespołu rolniczego zawarli w dniu 13 listopada 1979 r. zbiorową umowę w celu rozliczenia się po rozwiązaniu tego zespołu. Na mocy tej umowy P.B. oddał S.W. w dzierżawę zajmowaną przez niego działkę. Umowa dzierżawy została skutecznie wypowiedziana z dniem 29 grudnia 2002 r., a nieruchomość w całości wydano dnia 16 lutego 2007 r. W postępowaniu administracyjnym zarówno skarżący, jak i świadkowie nie potwierdzili faktycznego prowadzenia działalności gospodarczej na terenie nieruchomości od dnia 1 stycznia 2003 r., co stanowiło podstawę przyjęcia przez organ do opodatkowania podatkiem od nieruchomości powierzchni znajdującej się tam hali produkcyjnej oraz pozostałych budynków gospodarczych, jak od „budynków pozostałych". Organ uznał, że E.B. i Z.B. następcy prawni P.B., jako właściciele nieruchomości, zobowiązani są do uiszczania podatku od nieruchomości za 2004 r. Decyzja została przez nich zaskarżona, a organ drugiej instancji ją podtrzymał. W związku z powyższym E.B. i Z.B. wnieśli skargę do WSA w Gorzowie Wlkp. Skarżący podnosili, że obowiązek podatkowy obciążał S.W. i jego następców prawnych, którzy w ich ocenie byli posiadaczami samoistnymi nieruchomości. Sąd wyjaśnił, że dzierżawa jest bez wątpienia posiadaniem zależnym, natomiast posiadanie samoistne występuje często w sytuacji braku tytułu prawnego do rzeczy, istotne znaczenie odgrywa w tym względzie animus, tj. zamiar władania rzeczą. Skarżący, przecząc swoim poprzednim twierdzeniom, wskazali na istnienie po stronie S.W. odpowiedniego zamiaru, o czym świadczy m.in. fakt prowadzenia przez niego już po rozwiązaniu umowy dzierżawy działalności gospodarczej. Ten, a także inne czynniki wpłynęły na uznanie przez WSA racji organów podatkowych. Skarżący złożyli od tego wyroku skargę kasacyjną. Po upływie dwutygodniowego

terminu, określonego w art. 179 p.p.s.a., na skargę odpowiedział w imieniu SKO w Z. profesjonalny pełnomocnik, wnosząc o jej oddalenie i zasądzenie kosztów postępowania kasacyjnego. Skarga kasacyjna zarzucała naruszenie prawa materialnego, nie wskazując w przeważającej części, czy dotyczy ono błędnej wykładni czy niewłaściwego zastosowania, ponadto w jednym z zarzutów kwestionowano ustalenia faktyczne, jakie legły u podstaw zaskarżonego rozstrzygnięcia, a nie wadliwe zastosowanie prawa materialnego. Sąd w związku z powyższym przypomniał, że w orzecznictwie sądów administracyjnych utrwalony jest pogląd, że w skardze kasacyjnej nie można skutecznie stawiać zarzutu prawa materialnego w sytuacji, gdy z uzasadnienia wynika, że zdaniem podmiotu skarżącego wadliwie został ustalony stan faktyczny. Skarga, jako pozbawiona uzasadnionych podstaw została oddalona. Na uwagę zasługuje jednak przede wszystkim rozstrzygnięcie w kwestii wniosku o zasądzenie kosztów na rzecz SKO w Z., w sytuacji gdy odpowiedź na skargę kasacyjną została udzielona po upływie terminu uregulowanego w art. 179 p.p.s.a. Co więcej pełnomocnik SKO w Z. nie pojawił się także na rozprawie przed NSA w dniu 10 grudnia 2010 r. Sąd wskazał, że w kwestii orzeczenia o przyznaniu wynagrodzenia kierował się regulacją art. 205 § 2 i 3 p.p.s.a. i uznał, że brak jest podstaw do zasądzenia na rzecz SKO w Z. kosztów postępowania kasacyjnego. Zgodnie z § 14 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego z urzędu (Dz.U. Nr 163, poz. 1349 ze zm.) wysokość wynagrodzenia jest uzależniona od faktu sporządzenia przez radcę prawnego skargi kasacyjnej, a także od udziału tegoż pełnomocnika na rozprawie przed NSA. Uznać należy, że regulacja ta znajduje także zastosowanie w przypadku odpowiedzi na skargę kasacyjną[1].Ustawodawca wymaga, aby odpowiedź ta została skierowana do wojewódzkiego sądu administracyjnego w terminie 14 dni od doręczenia skargi kasacyjnej. Pismo wniesione po upływie tego terminu, jak wskazał sąd, nie stanowi już pisma procesowego, o którym mowa w art. 179 p.p.s.a., nie jest zatem odpowiedzią na skargę kasacyjną. W związku z niespełnieniem przez pełnomocnika wskazanych wymogów NSA uznał, iż nie nabył on prawa do wynagrodzenia w postępowaniu kasacyjnym. Warto zauważyć, że podobne stanowisko prezentuje Sąd Najwyższy, który w wyroku z 2 marca 2010 r. uznał, że odpowiedzi na skargę kasacyjną nie stanowi tak nazwane pismo procesowe, wniesione po upływie ustawowego terminu do dokonania tej czynności. Konsekwencją takiego zaniedbania jest brak możliwości wywołania skutków w zakresie zawartego w piśmie wniosku o zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu kasacyjnym, obejmujących sporządzenie i wniesienie odpowiedzi na skargę kasacyjną[2].

Opracowała: Małgorzata Grego

Uchwała składu 7 sędziów NSA z 15 września 2010 r. (I GPS 1/10)

W razie uchylenia przez Naczelny Sąd Administracyjny zaskarżonego zażaleniem postanowienia wojewódzkiego sądu administracyjnego lub zarządzenia przewodniczącego i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania nie ma zastosowania art. 185 § 2 ustawy z 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz.U. z 2002 r. Nr 153, poz. 1270 ze zm., zwanej dalej p.p.s.a.) w związku z art. 197 § 2 p.p.s.a. i art. 198 p.p.s.a.

Problem interpretacyjny, który został przedstawiony składowi siedmiu sędziów przez Prezesa NSA dotyczył dopuszczalności zastosowania art. 185 § 2 p.p.s.a.

1 Por. wyrok NSA z 19 maja 2004 r., FSK 80/4, ONSAiWSA 2004/1/12, inaczej NSA w wyroku z 28 maja 2008 r., II OSK 334/08, Lex nr 507896, w którym sąd podniósł, że przepis § 14 rozporządzenia nie przewiduje stawki minimalnej za udział w postępowaniu kasacyjnym polegającym na sporządzeniu i przesłaniu do NSA odpowiedzi na skargę kasacyjną. Nie zaprzeczył natomiast możliwości złożenia sądowi wykazu niezbędnych kosztów postępowania, poniesionych np. w związku ze sporządzeniem odpowiedzi na skargę kasacyjną.

2 Wyrok SN z 2 marca 2010 r., II PK 241/09, Lex nr 589976.

w razie uchylenia przez sąd II instancji zaskarżonego zażaleniem postanowienia WSA lub zarządzenia przewodniczącego i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania temu sądowi. Art. 185 § 2 p.p.s.a., znajdujący się w rozdziale 1 działu IV ustawy, zatytułowanym *Skarga kasacyjna*, ustanawia względem sądu I instancji, po uchyleniu zaskarżonego orzeczenia przez NSA i przekazaniu sprawy do ponownego rozpoznania, obowiązek jej rozpatrzenia w innym składzie. Natomiast stosownie do art. 197 § 2 p.p.s.a., do postępowania toczącego się na skutek zażalenia stosuje się odpowiednio przepisy o skardze kasacyjnej. Z kolei zgodnie z art. 198 p.p.s.a., przepisy działu IV ustawy, obejmującego środki zaskarżenia, znajdują odpowiednie zastosowanie do zażaleń na zarządzenia przewodniczącego, jeżeli ustawa przewiduje wniesienie zażalenia.

Motywując powyższe rozstrzygnięcie, NSA w pierwszej kolejności zwrócił uwagę na niesamodzielność konstrukcyjną przepisów o zażaleniu w p.p.s.a., do którego to środka odwoławczego odpowiednie zastosowanie znajdują przepisy o skardze kasacyjnej. Skupiając się na tej technice stanowienia prawa, NSA podkreślił, że stosowanie prawa przy zachowaniu reguły odpowiedniości wymaga każdorazowo uwzględnienia celu przepisów prawnych odpowiednio stosowanych i właściwości sytuacji, do której mają być one odpowiednio stosowane.

Racją prawną art. 185 § 2 p.p.s.a. jest stworzenie gwarancji pełnej niezawisłości sędziowskiej oraz bezstronności orzekania. Odgrywa ono istotne znaczenie w sytuacji rozstrzygania istoty sprawy sądowoadministracyjnej, kiedy to od orzeczenia sądu I instancji kończącego postępowanie w sprawie stronie przysługuje skarga kasacyjna. Natomiast rozstrzyganie spraw w postępowaniu zażaleniowym ma charakter zasadniczo rutynowy, niewymagający odnoszenia się do istoty sporu głównego oraz wypracowania szerszego poglądu na temat okoliczności faktycznych i prawnych mających istotne znaczenie dla sprawy oraz jej końcowego rozstrzygnięcia. Powierzenie do ponownego rozpoznania kwestii wpadkowej temu samemu składowi sądu, którego postanowienie jej dotyczące zostało wzruszone przez sąd II instancji, nie powinno wywoływać obaw braku bezstronności oraz obiektywizmu składu orzekającego.

Jako kolejny argument przemawiający za zasadnością podjętego rozstrzygnięcia NSA uznał normę prawną dekodowaną z art. 165 p.p.s.a., który stanowi, że postanowienia niekończące postępowania w sprawie mogą być uchylane i zmieniane wskutek zmiany okoliczności sprawy, chociażby były zaskarżone, a nawet prawomocne. W sytuacjach przewidzianych w tym przepisie również nie nakazuje się rozpoznania sprawy w innym składzie. Wynika z tego, że przewidziany w art. 185 § 2 p.p.s.a. nakaz wyłączenia sędziów należy odnieść jedynie do przypadków, w których brali oni udział w wydaniu w sprawie orzeczenia podlegającego zaskarżeniu skargą kasacyjną.

NSA odwołał się nadto do racji pragmatycznych. Zaakceptowanie poglądu, że art. 185 § 2 p.p.s.a. stosuje się odpowiednio w postępowaniu zażaleniowym oznaczałoby, że w jednej sprawie inny skład sądu orzekałby w kwestiach formalnych, uprzednio objętych skutecznym zażaleniem, inny zaś w pozostałym zakresie, w tym co do istoty sprawy. Nie sposób też zdaniem NSA abstrahować od tego, że istnieje gwarancja wydania poprawnego, ponownego orzeczenia w kwestii rozstrzygniętej przez sąd zażaleniowy w postaci związania sądu I instancji (względnie przewodniczącego) wykładnią prawa dokonaną w postanowieniu drugoinstancyjnym (art. 190 p.p.s.a.).

Na zakończenie rozważań, NSA odwołał się nadto do wykładni prawnoporównawczej podkreślając, że w postępowaniu cywilnym tak samo przyjmuje się, że nakaz rozpoznania sprawy w innym składzie nie znajduje zastosowania w postępowaniu toczącym się na skutek zażalenia, po uchyleniu zaskarżonego postanowienia i przekazaniu sprawy sądowi I instancji do ponownego rozpoznania.

Analizowana uchwała nie zapadła wszakże jednomyślnie. Jeden z orzekających w sprawie sędziów zanegował przedstawione powyżej argumenty, wywodząc obowiązek zastosowania w postępowaniu zażaleniowym art. 185 § 2 p.p.s.a. w zw. z art. 197 § 2 p.p.s.a. Nie można bowiem dla rozstrzygnięcia przedstawionego zagadnienia prawnego wprowadzać sztywnego oraz subiektyw-

nego podziału rozpoznawanych przez sądy administracyjne spraw na bardziej skomplikowane, co do których zachodzi konieczność ustawowego zagwarantowania bezstronności składu orzekającego, oraz sprawy nieskomplikowane, gdzie taka konieczność nie istnieje. Niezasadne, zdaniem autora zdania odrębnego do analizowanej uchwały, jest odwoływanie się do postępowania cywilnego, gdyż wyklucza to specyfika spraw rozpoznawanych przed sądami administracyjnymi oraz do racji pragmatycznych, które nie mogą przesłonić *ratio legis* art. 185 § 2 p.p.s.a.

Przedstawiona uchwała NSA porusza szereg istotnych problemów natury procesowej, począwszy od ukazania istotnych różnic pomiędzy rolą a konstrukcją dwóch środków odwoławczych w p.p.s.a., przez odwołanie się do pozanormatywnych uwarunkowań rozstrzygania spraw sądowych, racji pragmatycznych, które powinny rządzić tym procesem, na inspirującym odwołaniu się do podobnej regulacji prawnej obowiązującej w postępowaniu cywilnym kończąc. Argumenty podniesione w uzasadnieniu uchwały oraz w zdaniu odrębnym ukazują ponadto duże trudności, jakie wiążą się z odpowiednim stosowaniem przepisów prawa. Kończąc rozważania, należałoby postulować w możliwie szerokim zakresie korzystanie przez NSA w ramach postępowania zażaleniowego z normy prawnej wywodzonej z art. 188 p.p.s.a. zdanie pierwsze w zw. z art. 197 § 2 p.p.s.a. i w efekcie podejmowanie orzeczeń reformatoryjnych. Natomiast w sytuacji uchylenia zaskarżonego postanowienia i przekazania sprawy sądowi I instancji do ponownego rozpoznania, racje pragmatyczne oraz rola postępowania zażaleniowego przemawiają za niezasadnością zastosowania art. 185 § 2 p.p.s.a. w tym postępowaniu. Istotną gwarancją zgodnego z prawem ponownego orzeczenia sądu I instancji jest art. 190 p.p.s.a., stosowany wprost w postępowaniu zażaleniowym. Sąd I instancji pozostaje bowiem związany wykładnią prawa dokonaną w postanowieniu uchylającym zaskarżone orzeczenie oraz przekazującym sprawę do ponownego rozpoznania temu sądowi.

Opracował: Wojciech Piątek

Katarzyna Pałka, Michał Kućka

Przegląd orzecznictwa – prawo prywatne

Uchwała SN z 19 listopada 2010 r. (III CZP 79/10)[1]

Przepis art. 11a ust. 1 ustawy z 29 sierpnia 1997 r. o usługach turystycznych (jedn. tekst: Dz.U. z 2004 r. Nr 223, poz. 2268 ze zm.) może być podstawą odpowiedzialności organizatora turystyki za szkodę niemajątkową klienta w postaci tzw. zmarnowanego urlopu.

Powodowie, będący w przedmiotowej sprawie klientami pozwanego biura podróży, zostali najpierw zakwaterowani w zagrzybionym pokoju znajdującym się w piwnicy, a następnie przeniesieni do pokoju odpowiadającego standardowi określonemu w umowie, z tym że musieli dzielić ten pokój z inną parą. W pokoju tym znajdowało się jedno podwójne łóżko, kanapa i dostawka. W takich warunkach powodowe spędzili znaczną część pobytu.

Sąd pierwszej instancji zasądził na rzecz powodów częściowy zwrot kosztów podróży tytułem odszkodowania, oddalając jednak w całości roszczenie powodów o zadośćuczynienie za utracony urlop. Sąd powołał się na argumentację, że możliwość zasądzania zadośćuczynienia istnieje tylko w przypadku odpowiedzialności deliktowej, a nie kontraktowej, odmawiając jednocześnie uznania prawa do „udanego urlopu" za dobro osobiste. Sąd drugiej instancji nabrał jednak wątpliwości co do zasadności tego poglądu i skierował pytanie prawne do Sądu Najwyższego, czy biuro podróży ponosi odpowiedzialność za szkodę niemajątkową wyrażającą się w „zmarnowaniu urlopu" i ewentualnie na jakiej podstawie (art. 11a ust. 1 ustawy o usługach turystycznych[2] bądź art. 448 k.c. w zw. z art. 24 § 1 k.c.).

Po pierwsze, zgodzić się należy z Sądem Najwyższym, że szkoda w postaci utraty przyjemności oczekiwanej w związku z podróżą jest szkodą niemajątkową[3]. Nie wyklucza to jednak wcale doznania przez klienta biura podróży także szkody majątkowej, wynagrodzenia której mógłby dochodzić obok zadośćuczynienia za utracony urlop. W stanie faktycznym, będącym przedmiotem orzeczenia, taką szkodę majątkową stanowi różnica w kosztach pobytu w pokoju odpowiadającym standardom określonym w umowie, a pobytu w pokoju znajdującym się w piwnicy, a następnie w pokoju dwuosobowym dzielonym z inną parą.

Po drugie, Sąd Najwyższy słusznie stwierdził, że prawo do spokojnego wypoczynku nie stanowi dobra osobistego. Sięganie

1 Opublikowane w: Lex nr 612168; „Biuletyn Sądu Najwyższego" 2010, nr 11, poz. 9.

2 Ustawa z 29 sierpnia 1997 r., Dz.U. z 2004 r. Nr 223, poz. 2268 ze zm.

3 Abstrahując od innych zarzutów, zauważyć należy, że uznanie utraty przyjemności z urlopu za szkodę majątkową oznaczałoby zasadniczo ograniczenie wysokości dochodzonego odszkodowania, bowiem szkoda ta musiałaby się mieścić w granicy wyznaczonej wartością wycieczki – zob. M. Ciemiński, *Naprawienie uszczerbku polegającego na utraconej przyjemności z podróży*, KPP 2005, z. 2, s. 366.

do mechanizmów ochrony dóbr osobistych powinno zdaniem Sądu następować z odpowiednią ostrożnością i powściągliwością, bez tendencji do sztucznego poszerzania katalogu tych dóbr. Nie można bowiem wszystkich interesów niemajątkowych utożsamiać automatycznie z dobrami osobistymi[4]. Pochopne wydają się zatem poglądy, zgodnie z którymi można by mówić o nowym dobru osobistym w postaci prawa uprawnionego do spędzenia czasu wolnego w dowolny, wybrany przez samego zainteresowanego sposób[5]. Przy takim rozumieniu dóbr osobistych, bez większych przeszkód można by przyjąć, że istnieje dobro osobiste w postaci prawa do spełnienia słusznych oczekiwań co do wykonania zobowiązania zgodnie z umową[6]. To z kolei dobitnie wykazuje, że doszłoby wtedy do nieracjonalnego poszerzenia katalogu dóbr osobistych. Poza tym, nie można twierdzić, że zmarnowanie urlopu turyście będzie w każdym wypadku wpływało na jego zdrowie psychiczne i tym samym stanowić będzie naruszenie tego właśnie dobra osobistego[7]. W związku z powyższym należało odrzucić, tak jak to zrobił Sąd Najwyższy, generalną możliwość powoływania się na art. 448 k.c. w zw. z art. 24 § 1 k.c. w zakresie żądania zadośćuczynienia za utracony urlop[8].

Jako podstawę żądania zadośćuczynienia za utracony urlop Sąd Najwyższy wskazał art. 11a ustawy o usługach turystycznych. Warto podkreślić, że Sąd Najwyższy stanął na stanowisku, że sam art. 471 k.c. nie stanowi ogólnej podstawy do żądania zadośćuczynienia za niewykonanie zobowiązania[9]. Dochodzenie zadośćuczynienia za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest zdaniem Sąd Najwyższego możliwie tylko wtedy, gdy istnieje ku temu szczególna podstawa, którą w sprawach o odpowiedzialność organizatorów biur podróży stanowi właśnie wspomniany art. 11a ustawy o usługach turystycznych. Uzasadniając przyjętą tezę, Sąd Najwyższy odwołał się do braku w obecnie obowiązującym kodeksie cywilnym art. 242 k.z., który przewidywał możliwość stosowania do odpowiedzialności kontraktowej odpowiednio przepisów o naprawieniu szkody wyrządzonej czynem niedozwolonym. Sąd stwierdził także, że możliwość żądania odszkodowania za szkodę niemajątkową na podstawie art. 471 k.c. byłaby wątpliwa dogmatycznie, co więcej, groziłaby zdekomponowaniem, a niekiedy nawet rozmyciem odpowiedzialności kontraktowej. Należy jednak zwrócić uwagę, że w piśmiennictwie ostatnich lat coraz szerzej zwraca się uwagę na pewną niekonsekwencję. Z jednej strony przyjmuje się, że pojęcie szkody na gruncie kodeksu cywilnego obejmuje swoim zakresem także szkodę niemajątkową, z drugiej zaś, że na gruncie art. 471 k.c. szkodą jest wyłącznie uszczerbek majątkowy[10]. Również Sąd Najwyższy zwracał w innym miejscu uwagę, „że – przy pojmowaniu szkody jako każdego uszczerbku w dobrach prawem chronionych, także dobrach o charakterze niemajątkowym – można rozważać także kontraktową odpowiedzialność za

4 M. Safjan, *Naprawienie krzywdy niemajątkowej w ramach odpowiedzialności ex contractu* [w:] M. Pyziak-Szafnicka (red.), *Księga Pamiątkowa ku czci Profesora Adama Szpunara*, Kraków 2004, s. 271, 281.

5 Istnienie nowego dobra osobistego o takiej treści propaguje M. Ciemiński, *Naprawienie…*, s. 377.

6 Por. U. Walczak, *Uwagi de lege lata i de lege ferenda na temat zasad odpowiedzialności kontraktowej w świetle orzeczenia Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z 12 marca 2002 r. w sprawie Simone Leitner v. TUI GmbH&Costr.*, TPP 2006, nr 2, 117.

7 Odmiennie J. Luzak, K. Osajda, *Odpowiedzialność za zmarnowany urlop w prawie polskim*, KPP 2005, z. 2, s. 341.

8 Nie oznacza to jednak wcale, że **w pewnych szczególnych sytuacjach** na taką podstawę będzie można się powołać (np. w razie naruszenia usankcjonowanego przez orzecznictwo dobra osobistego w postaci spokoju psychicznego przez zakwaterowanie w pokoju z oknem nad kilkoma dyskotekami zamiast w cichym pokoju z widokiem na plażę – przykład zaczerpnięty od M. Ciemińskiego, *Naprawienie…*, s. 375).

9 Zob. obszerną argumentację J. Luzak, K. Osajdy przeciwko dostrzeganiu w art. 471 k.c. podstawy do żądania zadośćuczynienia za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania (J. Luzak, K. Osajda, *Odpowiedzialność…*, s. 332–335) i próbę rozwiązania powstających dylematów w projekcie sporządzonym na zlecenie Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego *Wykonanie i skutki naruszenia zobowiązania* pod red. J. Pisulińskiego i F. Zolla, Kraków 2009, s. 437 i n.

10 Zob. A. Śmieja, *Wykładnia pojęcia „szkoda" a podstawy prawne odpowiedzialności za doznana krzywdę* [w:] J. Gołaczyński, P. Machnikowski (red.), *Współczesne problemy prawa prywatnego. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Edwarda Gniewka*, Warszawa 2010, s. 618.

szkody niemajątkowe”[11]. W swoich rozważaniach Sąd Najwyższy podkreślał jednak aktualność tego poglądu tylko do szczególnych umów, w związku z czym groźba zdekomponowania czy rozmycia odpowiedzialności kontraktowej byłaby zminimalizowana[12]. Z tego powodu uzasadnienie tezy komentowanej uchwały, że możliwość przyznania zadośćuczynienia w ramach odpowiedzialności *ex contractu* została przez kodeks cywilny odjęta, wydaje się zbyt lakoniczne[13]. Nie zmienia to jednak w żadnym razie faktu, że dopuszczenie przez Sąd Najwyższy możliwości żądania zadośćuczynienia za utracony urlop należy zaaprobować. Decyduje to o zgodności prawa polskiego z art. 5 dyrektywy Rady Wspólnot Europejskich w sprawie zorganizowanych podróży, wakacji i wycieczek[14]. Art. 11a ustawy o usługach turystycznych stanowi bowiem odpowiednik art. 5 dyrektywy, na gruncie którego Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej stwierdził, że pojęciem szkody, występującym w tym artykule, należy obejmować także uszczerbek niemajątkowy w postaci utraty przyjemności wypoczynku[15].

Opracowała: Katarzyna Pałka

Uchwała SN z 22 października 2010 r. (III CZP 76/10)[16]

Najbliższemu członkowi rodziny zmarłego przysługuje na podstawie art. 448 k.c. w związku z art. 24 § 1 k.c. zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę, gdy śmierć nastąpiła na skutek deliktu, który miał miejsce przed dniem 3 sierpnia 2008 r.

Komentowana uchwała potwierdza przyjęte przez Sąd Najwyższy w wyroku z 14 stycznia 2010 r.[17] stanowisko. W stanie faktycznym, na podstawie którego Sąd wydał uchwałę, powodowie – w następstwie śmierci osoby bliskiej – doznali krzywdy w postaci cierpień psychicznych i fizycznych[18]. Przede wszystkim należy zwrócić uwagę na kontekst podjętej uchwały. Sąd Najwyższy podkreśla znaczenie chwili powstania zdarzenia (tj. śmierci poszkodowanego czynem niedozwolonym) stanowiącego podstawę dla zadośćuczynienia. Jest to związane z wprowadzonym do przepisów o odpowiedzialności za czyny niedozwolone art. 446 § 4, zgodnie z którym „sąd może (…) przyznać najbliższym członkom rodziny zmarłego [wskutek uszkodzenia ciała lub wywołania rozstroju zdrowia – przyp. autora[19]] odpowiednią sumę tytułem zadośćuczynienia pieniężnego za doznaną krzywdę”. Przepis ten został wprowadzony ustawą z 30 maja 2008 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw[20], która weszła w życie 3 sierpnia 2008 r. i jest wzorowany na art. 166 rozporządzenia Prezydenta RP z 27 października 1933 r. Kodeks zobowiązań[21]. Ustawa nowelizująca z 30 maja 2008 r. nie wprowadziła przepisów międzyczasowych w zakresie obowiązywania art. 446 § 4 k.c.[22] Z pewnością

11 Wyrok SN z 9 sierpnia 2005 r., IV CK 69/05, LEX nr 371781.

12 Por. rozwiązanie z projektu *Wykonanie…*, „Wierzyciel może domagać się naprawienia szkody niemajątkowej wynikającej z naruszenia zobowiązania tylko wtedy, gdy jest to usprawiedliwione właściwością zobowiązania zmierzającego do zaspokojenia niemajątkowego interesu wierzyciela”.

13 Zwłaszcza, że jak zauważa się w literaturze pogorszenie sytuacji poszkodowanego wynikające z niezamieszczenia w obowiązującym kodeksie cywilnym analogicznego przepisu do art. 242 k.z. było niezamierzone przez ustawodawcę (J. Luzak, K. Osajda, *Odpowiedzialność…*, s. 322).

14 Dyrektywa nr 90/314/EWG z 13 czerwca 1990 r. w sprawie zorganizowanych podróży, wakacji i wycieczek, Dz.Urz. L 158, z 23.06.1990 r., s. 59.

15 Wyrok z 12 marca 2002 r., S. Leitner v. TUI Deutschland GmbH, nr C-168/00, ECR 2002, s. I-2631.

16 Opublikowana w: LEX nr 604152; „Biuletyn Sądu Najwyższego” 2010, nr 10, poz. 11.

17 Sygn. akt IV CSK 304/2009, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna. Zeszyt Dodatkowy” 2010, nr 3, poz. 91; LEX nr 599865.

18 Nie doznali natomiast wstrząsu psychicznego prowadzącego do rozstroju zdrowia. Słusznie Sąd Najwyższy przyjął, że podstawy do kompensaty tego uszczerbku nie może w rozpatrywanym stanie faktycznym stanowić art. 445 § 1 k.c. – por. także wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 29 listopada 2000 r., sygn. akt I ACa 882/2000, „Transformacje Prawa Prywatnego” 2002, nr 4, s. 107 i n.

19 Zob. art. 446 § 1 k.c.

20 Dz.U. z 2008 r. Nr 116, poz. 731.

21 Dz.U. z 1933 r. Nr 82, poz. 598. Por. także art. 93 *Projektu prawa o zobowiązaniach* [w:] E. Till, *Polskie prawo zobowiązań. (Część ogólna). Projekt wstępny z motywami*, Lwów 1923, s. 19.

22 Por. art. 5 ustawy z 17 czerwca 2004 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2004 r. Nr 162, poz. 1692 ze zm.). Ustawa ta wprowadziła zmiany w zakresie odpowiedzialności deliktowej Skarbu Państwa. Zgodnie z art. 5 znowelizo-

przepis ten ma zastosowanie do stanów faktycznych powstałych po wejściu w życie ustawy, a więc po 2 sierpnia 2008 r. Natomiast powstaje pytanie, czy przepis ten mógłby mieć zastosowanie także do zdarzeń powstałych wcześniej.

Odpowiadając na to pytanie należy odwołać się do zasad intertemporalnych zawartych we wzorcowej dla prawa cywilnego ustawie z 23 kwietnia 1964 r. – Przepisy wprowadzające Kodeks cywilny[23]. Uwzględniając brzmienie art. XXVI oraz art. XLIX ust. 1 powołanej ustawy należy uznać, iż chwilą rozstrzygającą kwestie stosowania przepisu art. 446 § 4 k.c. winna być chwila powstania zdarzenia leżącego u podstaw roszczenia o zadośćuczynienie za krzywdę najbliższych członków rodziny poszkodowanego. Tym zdarzeniem nie jest jednak czyn niedozwolony, w wyniku którego poszkodowanemu wyrządzono szkodę, lecz śmierć poszkodowanego wskutek tego czynu[24]. Należy bowiem przyjąć, że obowiązek zadośćuczynienia za krzywdę osób najbliższych (stosunek zobowiązaniowy) powstaje dopiero z chwilą śmierci poszkodowanego (nie mieści się on w treści zobowiązania do naprawienia szkody zmarłego poszkodowanego)[25].

Sąd Najwyższy odniósł się do tej kwestii skrótowo i po pierwsze podkreślił, że do śmierci poszkodowanych przed 3 sierpnia 2008 r. zarówno art. 446 § 4, jak i art. 446 § 3 k.c. nie znajdą zastosowania. Ten drugi przepis, gdyż nie umożliwia kompensowania (nawet przy szerokiej jego wykładni) wyłącznie szkody niemajątkowej (krzywdy) najbliższych członków rodziny[26]. Próby zawarcia w „stosownym odszkodowaniu", o którym stanowi art. 446 § 3 k.c., także zadośćuczynienia za krzywdę wskutek utraty najbliższego członka rodziny zostały przecięte wspomnianą nowelizacją (próby takie wielokrotnie podejmowano w orzecznictwie[27]). Po drugie, w uzasadnieniu uchwały wskazano, że podstawę zadośćuczynienia za krzywdę po śmierci bliskiej osoby stanowi art. 448 w zw. z art. 24 § 1 k.c. Sąd przyjął,

wane przepisy odnoszą się do zdarzeń i stanu prawnego powstałego po wejściu w życie ustawy nowelizującej. Por. także wyroki Sądu Najwyższego z 5 grudnia 2007 r. (sygn. akt I CSK 273/07, OSN 2009, nr 2, poz. 28) oraz z 12 lutego 2010 r. (I CSK 238/09, OSN 2010, nr 9, poz. 130). W tym ostatnim Sąd Najwyższy podkreślił, że wyrażona w art. 5 zasada „dotyczy nie tylko oceny, czy określone zdarzenie rodzi stosunek zobowiązaniowy, ale także treści powstałego stosunku zobowiązaniowego".

23 Dz.U. z 1964 r. Nr 16, poz. 94 ze zm. Tak m.in. Z. Strus, *Zadośćuczynienie w razie śmierci osoby najbliższej* [w:] Z. Strus, K. Ortyński, J. Pokrzywniak, *Zadośćuczynienie po nowelizacji art. 446 Kodeksu cywilnego na tle doświadczeń europejskich*, Warszawa 2010, s. 37 oraz uchwała Sądu Najwyższego z 16 października 2008 r., sygn. akt III CZP 71/08, LEX nr 453621. Por. także modelowy dla cywilnoprawnych regulacji art. 3 k.c. statuujący zasadę nieretroakcji. Zob. m.in. M. Kłoda, *Prawo międzyczasowe prywatne*, Warszawa 2007, s. 155–156.

24 Jeżeli zatem do wypadku komunikacyjnego doszło przed 3 sierpnia, ale poszkodowany zmarł po 2 sierpnia 2008 r. – stosuje się art. 446 § 4 k.c. Przyjęcie poglądu, iż chwilą rozstrzygającą o stosowaniu art. 446 § 4 k.c. byłaby chwila dokonania czynu niedozwolonego prowadziłoby do wniosku, że z chwilą dokonania czynu powstaje warunkowe roszczenie o zadośćuczynienie za krzywdę najbliższych członków rodziny poszkodowanego (pod warunkiem, że poszkodowany umrze).

25 Por. jednak wyrok Sądu Najwyższego z 2 czerwca 1967 r., sygn. akt. III PRN 38/67, „Nowe Prawo" 1968, nr 2, s. 275 oraz aprobującą do niego glosę J. Gwiazdomorskiego (*tamże*), który uznaje, że w takim wypadku (gdy śmierć poszkodowanego nastąpiła po wejściu w życie nowych przepisów, ale na skutek zdarzenia spowodowanego przed wejściem w życie nowych przepisów) następuje jedynie nieznaczna modyfikacja treści istniejącego stosunku zobowiązaniowego i dlatego właściwym do oceny treści tego stosunku jest prawo z chwili wyrządzenia czynu niedozwolonego (*tamże*, s. 279–280). Zob. także M. Kłoda, *Prawo międzyczasowe*..., s. 116–117, według którego gdy „choć jedno zdarzenie prawne cząstkowe jest zależne od woli ludzkiej, zdarzenie prawne złożone podlega ustawie obowiązującej w chwili zajścia ostatniego ze zdarzeń prawnych cząstkowych zależnych od woli ludzkiej" (śmierć jest zdarzeniem prawnym *sensu stricto*, a zatem jest niezależne od woli ludzkiej). Ramy niniejszego opracowania pozwalają jednak jedynie zasygnalizować powyższe kwestie.

26 Por. wśród wielu – wyrok Sądu Najwyższego z 30 września 2009 r., sygn. akt V CSK 250/09, LEX nr 529732.

27 Zob. m.in. wyrok z 24 października 2007 r. (sygn. akt IV CSK 192/07, OSNC-ZD 2008/3/86, LEX 435657), w którym Sąd Najwyższy przyjął, że „rekompensacie w ramach stosownego odszkodowania na podstawie art. 446 § 3 k.c. podlegają szkody, zarówno majątkowe jak i niemajątkowe, doznane przez rodzica, którego stan zdrowia na skutek silnego wstrząsu psychicznego spowodowanego nagłą tragiczną śmiercią dziecka uległ zmianie uzasadniającej przyjęcie znacznego pogorszenia jego sytuacji życiowej".

że skoro katalog dóbr osobistych podlegających cywilnoprawnej ochronie jest otwarty (w świetle art. 23 k.c.), to dobrem dającym się obiektywnie wyodrębnić jest właśnie „więź emocjonalna między członkami rodziny".

Nie ulega wątpliwości, że w świetle obowiązującego w Polsce systemu prawnego rodzina jest wartością chronioną[28]. Więzy emocjonalne łączące członków rodziny „stanowią fundament prawidłowego funkcjonowania rodziny"[29], „odgrywają doniosłą rolę, zapewniając członkom rodziny m.in. poczucie stabilności, wzajemne wsparcie obejmujące sferę materialną i niematerialną oraz gwarantują wzajemną pomoc w wychowaniu dzieci i zapewnieniu im możliwości kształcenia"[30]. Więzy rodzinne zasługują tym samym niewątpliwie na ochronę[31]. Dlatego przyznanie takiej ochrony na podstawie art. 24 § 1 w zw. z art. 448 k.c. jest uzasadnione. Na potrzebę sięgania do tych przepisów w stanie prawnym sprzed 3 sierpnia 2008 r. zwrócił także uwagę Sąd Apelacyjny w Gdańsku w wyrokach z 23 września 2005 r.[32] oraz z 14 grudnia 2007 r.[33] W tym ostatnim podkreślono, że „więź małżeńska oraz więź między rodzicami a dziećmi jest jedną z silniejszych więzi międzyludzkich", które bezspornie winny zasługiwać na ochronę.

Komentowane orzeczenie zasługuje na aprobatę[34]. Należy jednak zwrócić uwagę na zawarte w uzasadnieniu uchwały twierdzenia, iż z jednej strony art. 446 § 4 k.c. „ułatwia" dochodzenie roszczeń o zadośćuczynienie w odróżnieniu do art. 24 § 1 w zw. z art. 448 k.c.[35] (jak się wydaje Sąd Najwyższy podkreślił tym samym istnienie sporu co do możliwości wyodrębnienia dobra osobistego w postaci „więzi rodzinnej"[36]). Z drugiej jednak strony Sąd Najwyższy przyjął, iż art. 446 § 4 k.c. stanowi podmiotowe zawężenie dotychczasowej ochrony przyznanej przez art. 448 k.c. w zw. z art. 24 § 1 k.c. do „najbliższych członków rodziny". Oznacza to, że po 2 sierpnia 2008 r. nie jest możliwe dochodzenie zadośćuczynienia przez inne osoby aniżeli kwalifikowane jako „najbliżsi członkowie rodziny" na podstawie art. 448 k.c. w zw. z art. 24 k.c.[37] Pogląd ten wydaje się być dyskusyjnym.

Należy zwrócić uwagę na stanowisko wyrażone w przywoływanym już wyroku z 14 stycznia

28 Zob. art. 18, 33, 47, 71 Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483 ze zm.).

29 Tak Sąd Najwyższy w komentowanej uchwale.

30 Tak Sąd Najwyższy w przywoływanym już wyroku z 14 stycznia 2010 r.

31 Więź emocjonalna pomiędzy członkami rodziny to wartość nie tylko subiektywnie doniosła, ale i prawnie aprobowana – zob. odnośnie wyróżnienia interesów niemajątkowych związanych z dobrami osobistymi B. Gawlik, *Ochrona dóbr osobistych. Sens i nonsens koncepcji tzw. praw podmiotowych osobistych*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego" 1985, z. 41, s. 139.

32 Sygn. akt I ACa 554/2005, LEX nr 193128 – publikowana tylko teza.

33 Sygn. akt I ACa 1137/07, LEX nr 466366.

34 Na możliwość zasądzenia na rzecz osób bliskich zadośćuczynienia za krzywdę powstałą na skutek śmierci poszkodowanego na gruncie stanu prawnego przed 3 sierpnia 2008 r. zwracałem uwagę komentując wyrok Sądu Najwyższego z 24 października 2007 r., sygn akt. IV CSK 192/2007 (opublik. w OSNC-ZD 2008/3/86 oraz LEX 435657) – zob. www.prawaczlowieka.edu.pl. Inaczej – por. m.in. A. Śmieja, *Czyny niedozwolone* [w:] A. Olejniczak, *System prawa prywatnego. Tom 6. Prawo zobowiązań – część ogólna*, Warszawa 2009, s. 737 oraz Z. Strus, *Zadośćuczynienie…*, s. 41.

35 Art. 446 k.c. – tak, jak art. 445, 448 k.c. – nie stanowi samodzielnej podstawy odpowiedzialności (podstawę odpowiedzialności stanowią m.in. art. 415, 416, 429, 430 czy art. 435, 436 k.c.). Dlatego powód musi wykazać tzw. ogólne podstawy odpowiedzialności deliktowej tj. zdarzenie, które spowodowało śmierć poszkodowanego oraz adekwatnie z nim powiązaną krzywdę, a także fakt, że jest „najbliższym członkiem rodziny". W zależności od podstawy odpowiedzialności – sprawca będzie odpowiadał tylko za zawinione wyrządzenie krzywdy lub wina nie będzie warunkowała jego odpowiedzialności (np. w przypadku odpowiedzialności na zasadzie ryzyka).

36 Przyjmuję, że art. 448 k.c. nie stanowi samodzielnej podstawy odpowiedzialności – w tym wypadku podstawą odpowiedzialności jest art. 415 w zw. z art. 448 i art. 24 § 1 k.c. Por. A. Cisek, *Komentarz do art. 448 k.c.* [w:] E. Gniewek (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 821.

37 Wykładnia tego sformułowania może nastręczać trudności. Problemy będą powstawały m.in. z konkubinatami oraz związkami homoseksualnymi. Pozostaje kwestią otwartą stosowanie do tych przypadków standardu ochrony właściwego dla rodziny. Por. uwagi R. Longchamps de Berier'a, iż „ocena, kto jest w danym przypadku najbliższym członkiem rodziny, należy do sądu, niekoniecznie będzie nim najbliższy krewny" ([w:] J. Korzonek, I. Rosenbluth, *Kodeks zobowiązań. Komentarz*, Kraków 1936, s. 439). Zob. także uwagi Z. Strusa [w:] *Zadośćuczynienie…*, s. 37–41.

2010 r., iż wprowadzony art. 446 § 4 k.c. „poszerzył możliwość uzyskania zadośćuczynienia". Konsekwencją przedstawionego poglądu jest umożliwienie dochodzenia zadośćuczynienia za doznaną krzywdę osobie bliskiej na podstawie art. 448 k.c. w zw. z art. 24 k.c., który zresztą miałby szersze zastosowanie podmiotowe od art. 446 § 4 k.c.[38] Praktycznie art. 448 k.c. w zw. z art. 24 k.c. znalazłby zatem zastosowanie, gdy krzywdę doznają osoby bliskie niebędące jednocześnie „najbliższymi członkami rodziny" (wyjątkowo rzadkie przypadki, jeśli jako chronione dobro osobiste wskazywana będzie więź rodzinna, a nie innego rodzaju więź społeczna). W uzasadnieniu projektu ustawy wprowadzającej art. 446 § 4 k.c. Komisja Kodyfikacyjna Prawa Cywilnego nie odniosła się do powyżej zarysowanej kwestii relacji art. 446 do art. 448 k.c.

Opracował: Michał Kućka

38 Powstaje kolejna wątpliwość, czy najbliżsi członkowie rodziny zmarłego poszkodowanego będą mogli obok zadośćuczynienia domagać się zasądzenia odpowiedniej kwoty na wskazany przez siebie cel społeczny (na podstawie art. 24 § 1 w zw. z art. 448 k.c.). Jeśli nie, to przyjmując, że np. „więź przyjacielska" będzie stanowiła chronione w świetle art. 24 k.c. dobro osobiste, przyjaciel zmarłego poszkodowanego będzie wyposażony w szerszy wachlarz uprawnień, aniżeli najbliższy członek rodziny.