FORUM PRAWNICZE

NUMER 4 (60)
2020

Spis treści

ARTYKUŁ WSTĘPNY

Wojciech Dajczak

3 **Prawnicze innowacje?**

ARTYKUŁY

Franciszek Longchamps de Bérier

7 **Co zostaje po uczonym prawniku?**

Michał Królikowski

17 **Modele rozumowania dogmatycznego w prawie karnym**

Ewa Rott-Pietrzyk, Fryderyk Zoll, Dariusz Szostek, Mateusz Grochowski

38 **Czynności notarialne *online* – podstawy *de lege lata* i uwagi *de lege ferenda***

Paweł Księżak, Sylwia Wojtczak

57 **Prawa Asimova, czyli *science fiction* jako fundament nowego prawa cywilnego**

Agata Pyrzyńska

71 **Brexit a wybory do Parlamentu Europejskiego w 2019 roku. Rozważania na tle wyborów w Polsce**

ARTYKUŁ RECENZYJNY

Jan Rudnicki

86 **Rzymski wzorzec w prawie spadkowym oraz plusy i minusy wideotestamentu**

Zasady składania materiałów do „Forum Prawniczego”

Redakcja „Forum Prawniczego” przyjmuje następujące teksty:

1) **artykuły** – na tekst główny powinno się składać maksymalnie 70 000 znaków ze spacjami;

2) **artykuły recenzyjne** – powinny dotyczyć publikacji, które ukazały się nie wcześniej niż na rok (w przypadku publikacji polskich) lub dwa lata (w przypadku publikacji zagranicznych) przed oddaniem recenzji do redakcji; recenzje lub artykuły recenzyjne powinny mieć do 40 000 znaków ze spacjami;

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 do 30 000 znaków ze spacjami.

Zgłoszenia należy składać za pośrednictwem platformy: https://journals.law.uj.edu.pl/index.php/forum_prawnicze/about/submissions

Teksty składane do redakcji podlegają wewnętrznej procedurze oceny, stanowiącej podstawę decyzji o przyjęciu albo odrzuceniu tekstu.

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

Czasopismo jest wydawane na licencji Creative Commons – Uznanie autorstwa – Użycie niekomercyjne – Bez utworów zależnych 4.0 Międzynarodowe (CC BY-NC-ND 4.0).

W latach 2019–2020 czasopismo wydawane jest w ramach programu „Wsparcie dla czasopism naukowych” Ministerstwa Nauki i Szkolnictwa Wyższego.

FORUM PRAWNICZE

Numer 4(60) | 2020
Dwumiesięcznik
ISSN: 2081-688X

WSPÓŁWYDAWCY

Uniwersytet Jagielloński
ul. Gołębia 24
31-007 Kraków

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

RADA PROGRAMOWA

Przewodniczący: prof. Jerzy Stelmach – Uniwersytet Jagielloński
prof. Martin Avenarius, Universität zu Köln
prof. Gerard Bradley, University of Notre Dame, USA
prof. Bartosz Brożek, Uniwersytet Jagielloński
prof. Gergel Deli, Széchenyi István Egyetem, Győr
prof. Federico Fernández de Buján, Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), Madrid
prof. Tomasz Giaro, Uniwersytet Warszawski
prof. Phillip Hellewege, Universität Augsburg
prof. Sang Yong Kim, 연세대학교 (Yonsei Daehakgyo)
prof. Hanna Knysiak-Sudyka, Uniwersytet Jagielloński
prof. Małgorzata Korzycka, Uniwersytet Warszawski
prof. Aurelia Nowicka, Uniwersytet im. A. Mickiewicza w Poznaniu
prof. Francesco Paolo Patti, Università Bocconi, Milano
prof. Diarmuid Phelan, Trinity College Dublin
prof. Marko Petrak, Sveučilište u Zagrebu
prof. Jerzy Pisuliński, Uniwersytet Jagielloński
prof. Ewa Rott-Pietrzyk, Uniwersytet Śląski w Katowicach
doc. Pavel Salak, Masarykova Univerzita, Brno
dr hab. Adam Szafrański, Uniwersytet Warszawski
prof. Bogdan Szlachta, Uniwersytet Jagielloński
prof. Marek Szydło, Uniwersytet Wrocławski
prof. Christopher Wolfe, University of Dallas
prof. Daniil Tuzov, Санкт-Петербургский Государственный Университет (Sankt-Peterburgskij Gosudarstvennyj Universitet)
prof. Paweł Wiliński, Uniwersytet im. A. Mickiewicza w Poznaniu
prof. Lihong Zhang, 華東政法大學 (Huadong Zhengfa Daxue)
prof. Mingzhe Zhu, 中國政法大學 (Zhongguo Zhengfa Daxue)

ZESPÓŁ REDAKCYJNY

Redaktor naczelny: prof. Wojciech Dajczak – Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu
Sekretarze redakcji:
Lucie Mrázková – Masarykova Univerzita, Brno
Emil Ratowski – Uniwersytet Warszawski
Kamil Ratowski – Uniwersytet Warszawski
Patryk Walczak – Uniwersytet Jagielloński
Redaktorzy tematyczni:
prof. UW dr hab. Leszek Bosek – prawo prywatne – Uniwersytet Warszawski
ks. prof. Franciszek Longchamps de Bérier – historia prawa i prace interdyscyplinarne we współpracy z naukami o życiu i naukami ścisłymi – Uniwersytet Jagielloński
dr hab. Monika Niedźwiedź – prawo administracyjne i konstytucyjne – Uniwersytet Jagielloński
prof. Andrzej Sakowicz – prawo karne – Uniwersytet w Białymstoku
dr hab. Marta Soniewicka – teoria i filozofia prawa, teksty interdyscyplinarne z zakresu nauk humanistycznych i społecznych – Uniwersytet Jagielloński
dr Grzegorz Blicharz – specjalista ds. finansowania, cyfryzacji i bibliometrii – Uniwersytet Jagielloński

OPRACOWANIE REDAKCYJNE

Redakcja językowa: Anna Kowalik
Skład: Janusz Świnarski
Projekt graficzny: item:grafika

ADRES REDAKCJI

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

Wersja papierowa „Forum Prawniczego” ma charakter pierwotny.

Nakład 100 egz.

Copyright © 2020 Uniwersytet Jagielloński

Prawnicze innowacje?

Dziesięć lat temu przygotowywaliśmy pierwszy numer „Forum Prawniczego". W informacji o celach pisma powtarzamy do dziś główne myśli zawarte w otwierającym tamten numer słowie „od redakcji". Życzymy sobie, aby na naszym „Forum" dyskutowano o tym, co ważne i aktualne. Bliska naszej wizji pisma jest refleksja o prawie oparta na podstawowych wartościach zakorzenionych w prawie rzymskim, dorobku realistycznej filozofii greckiej oraz chrześcijańskiej tradycji. Chcemy publikować prace wyróżniające się innowacyjnością metod. Z tych deklaracji rodzą się pytania: dlaczego tak jasno wskazujemy źródła wartości, które uznajemy za podstawowe? Czy da się pogodzić silne nawiązywanie do tradycji z otwartością na to, co aktualne? Jak rozumieć oryginalność czy innowacyjność w dyskusji prawniczej? Dziesięć lat redagowania czasopisma potwierdziło wagę tych pytań. Próbę odpowiedzi zacznę od kwestii skrajnych. Podejmowanie tematów aktualnych nie oznacza dla nas zgody na bezpośrednie włączanie się w spór polityczny, ani na ograniczenie do prawa, które tworzy się i stosuje tu i teraz. Deklaracja wartości nigdy nie spowodowała odrzucenia tekstu tylko dlatego, że autor kontestował sens czerpania z europejskiej tradycji prawnej. Te granice pokazują, że wolności dyskusji naukowej o prawie towarzyszy pytanie, jak z tej wolności korzystać. Znaczenie ciągłości dyskusji prawniczej wyrażało jeszcze w wieku XX przekonanie o wyjątkowości tego, co nazwano „prawniczym odkryciem", czyli tego, co nowożytna nauka prawa wniosła nowego – na podobieństwo odkryć w naukach przyrodniczych czy wynalazków w naukach technicznych. Obok powściągliwości we wskazywaniu jako przykładów takich odkryć (np. konstrukcji *culpa in contrahendo*, rozróżnienia w przedstawicielstwie stosunku wewnętrznego i zewnętrznego[1], spółki akcyjnej czy własności intelektualnej[2]) spotkamy i pogląd, że to, co przedstawia się jako odkrycia prawnicze, w ogóle na to miano nie zasługuje [3]. Kilka lat temu Wolfgang Hoffmann-Riem stwierdził, iż fenomen określany jako odkrycie nazwiemy w dzisiejszej terminologii prawniczą innowacją[4]. Ten fenomen wyjaśnił jako „nowości w prawie", których najwięcej wprowadza prawodawca[5]. O gwałtownych, kłopotliwych praktycznie zmianach w prawie wynikających z politycznej decyzji suwerena przypomina w tym numerze artykuł Agaty Pyrzyńskiej dotyczący wpływu brexitu na wybory do Parlamentu Europejskiego. Językowe utożsamienie przez W. Hoffmanna-Riema tego, co do niedawna uznawano za wyjątkowe i przełomowe, z codziennością prawodawcy przypomina to, co Niemcy nazywają *Etikettenschwindel*. Taką zmianę narracji można postrzegać jako przejaw odrzucania kluczowej wagi ciągłości w europejskiej dyskusji prawniczej. To prawda, że kontynuacja w nauce prawa nie ma tak klarownej i stabilnej postaci jak w matematyce. Wyidealizowanym, ale obrazowym ujęciem prawniczej kontynuacji jest wprowadzone przez Friedricha von Savigny'ego określenie „organiczny rozwój prawa"[6]. W ostatnich latach sformułowanie to ożyło wśród zarzutów wobec projektu szybkiej harmonizacji prawa prywatnego w Europie[7]. Za

1 Zob. H. Dölle, *Juristische Entdeckungen*, Tübingen 1958, s. 3 i n.; Th. Hoeren (Hrsg.), *Zivilrechtliche Entdecker*, Muenchen 2001, s. 73 i n.

2 F. Longchamps de Bérier, *O prawniku w Rzeczypospolitej Nauk*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Wrocławskiego" 1958, Sekcja A, nr 5, s. 9.

3 H. Honsell, *Recht und Rechtswissenschaft in Österreich* (w:) W. Berka, G. Magerl (Hrsg.), *Wissenschaft in Österreich. Bilanzen und Perspektiven*, Wien–Köln–Weimar 2006, s. 37.

4 W. Hoffmann-Riem, *Innovation und Recht – Recht und Innovation, Recht in Ensemble seiner Kontexte*, Tübingen 2016, s. 518.

5 Tamże, s. 527.

6 F.C. von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, Berlin 1840, s. 17.

7 H. Eidenmüller i in., *Der Gemeinsame Referenzrahmen für das Europäische Privatrecht*, „JuristenZeitung" 2008, nr 11 (63), s. 530.

formułą organicznego rozwoju stoi przekonanie, że naukowa refleksja nad wprowadzaniem nowości do prawa zakłada istnienie jakoś zobiektywizowanej prawniczej racjonalności. Ciągłość nauki prawa wyraża się w tym, że jednym z kryteriów racjonalności jest doświadczenie prawnicze. Jest ono przywoływane na różne sposoby pod szyldem historycznych wprowadzeń lub deklaracji o posiłkowaniu się metodą historyczną. Niekiedy elementy kontynuacji można dostrzec tylko poprzez sposób argumentacji. Takie formy trwania przeszłości w teraźniejszości dają pole i tym, którzy sięgają głębiej do dawnego prawa lub refleksji filozoficzno-prawnej, by włączyć się do dyskusji o tym, co ważne i aktualne w prawie dziś. Odwoływanie się do doświadczenia prawniczego nigdy nie oznaczało w naszej tradycji prostego kopiowania przeszłości. Odkrycia prawnicze w zakresie prawa prywatnego miały co prawda swoje inspiracje[8] lub punkty odniesienia[9] w spuściźnie wcześniejszej myśli prawniczej, ale oznaczały nową jakość. Mniej przełomowe modyfikacje czy hybrydy dawnych pojęć, instytucji lub reguł łatwiej poddawały się testowi racjonalności przy wykorzystaniu rozumowań prawniczych przekazywanych i doskonalonych w kolejnych pokoleniach. Odrzucenie tak rozumianej kontynuacji może przyspieszyć drogę ku nowościom w prawie dokonywanym głównie przez prawodawcę realizującego swoje cele polityczne. Krótszą drogę do budowania nowego świata wytyczyłoby jedynie zabicie wszystkich prawników, co proponował Dick rzeźnik w dramacie Szekspira „Henryk VI”[10]. Dlatego uważam, że nazwanie innowacją każdej nowości w prawie lub dyskusji o prawie jest mylące. Ogólne zastrzeżenie, że innowacje mogą powodować pozytywne lub negatywne skutki[11], z błędu nie wyprowadza. Raczej wzmacnia przekonanie, że poprzez prawo można próbować wszystkiego. Określenie nowości jako innowacji prawniczej powinno być wynikiem wartościowania. Nie chodzi tu oczywiście o jednomyślność, bo kontrowersje są trwale i naturalnie wpisane w prawniczą debatę. Rzecz w tym, że racjonalność i użyteczność tez formułowanych w ramach wolnej naukowej dyskusji o prawie domagają się jakiejś obiektywizacji. Kontynuacja rozwoju w formule właściwej tradycji prawnej może temu sprzyjać. W ten sposób konkretyzuje się postawione na wstępie pytanie: jak pogodzić dyskusję o tym, co aktualne, z akcentowaniem wagi tradycji prawnej? Spójrzmy pod tym kątem na najnowszy numer „Forum Prawniczego”. Jednym z pól, na którym dyskutuje się potrzebę innowacji w prawie, są możliwości wynikające z rozwoju technologii informatycznych. W tym zeszycie aż trzy artykuły dotykają tej kwestii. Rozważania Pawła Księżaka i Sylwii Wojtczak nawiązują do rodzącego się problemu odpowiedzialności za szkody wyrządzone przez maszyny „inteligentne”. Autorzy pokazali, jak mało użyteczne dla dyskusji prawniczej jest przyjęcie za punkt wyjścia – dla oczekiwanych zmian w prawie – wziętych z literatury *science fiction* praw Asimova. W uzupełnieniu tych ciekawych rozważań warto odnotować, jak odmienne od komentowanej rezolucji Parlamentu Europejskiego ramy dla poszukiwania prawniczej innowacji daje eksperckie opracowanie *Expert Group on Liability and New Technologies* z roku 2019[12]. Istota tej odmienności tkwi w tym, że na to opracowanie składa się szkic kluczowych problemów przyjmowania i wytyczania granic odpowiedzialności obiektywnej – zbudowany przy użyciu metody porównawczej i elementów metody historycznej. Wobec zupełnie nowych wyzwań może wyjść poza granice ciekawostki wspomnienie o inspiracjach dla zasad odpowiedzialności za kierowane sztuczną inteligencją roboty

8 Np. co do *culpa in contrahendo*: R. von Jhering, *Culpa in contrahendo der Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen*, „Jahrbuch für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts” 1861, nr 4, s. 64 i n.; co do wpływu nadzwyczajnej zmiany okoliczności na zobowiązanie: *Uzasadnienie projektu kodeksu zobowiązań z uwzględnieniem ostatecznego tekstu kodeksu w opracowaniu głównego referenta projektu Prof. Romana Longchamps de Berier. Art. 239–293*, Warszawa 1936, s. 421.

9 Np. co do praw na dobrach niematerialnych: J.L. Neustetel, *Der Büchernachdruck, nach Römischen Recht betrachtet*, Heidelberg 1824.

10 W. Szekspir, *Król Henryk VI*, cz. 2, akt IV, scena 2.

11 Zob. W. Hofmann-Reim, *Innovation…*, s. 521.

12 *Expert Group on Liability and New Technologies – New Technologies Formation, Liability for Artificial Intelligence and Other Emerging Digital Technologies*, European Union, 2019, https://ec.europa.eu/transparency/regexpert/index.cfm?do=groupDetail.groupMeetingDoc&docid=36608 (dostęp 27.05.2020).

dostrzeganych w anachronicznym – wydawałoby się – rozwiązaniu noksalnej odpowiedzialności właściciela za szkody wyrządzone przez jego niewolnika[13]. To chyba jedyny oparty na realnym doświadczeniu punkt wyjścia dla krytycznej refleksji nad modelami alokacji ryzyka odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez inteligentnego sprawcę, który nie jest podmiotem prawa. Znacznie bliższe dzisiejszej codzienności, doniosłe praktycznie są rozważania poświęcone możliwości dokonywania czynności notarialnych *online* (Ewy Rott-Pietrzyk, Fryderyka Zolla, Dariusza Szostka i Mateusza Grochowskiego). Są one dobrym przykładem, że nie należy utożsamiać kontynuacji w prawniczej dyskusji z rutyną prawniczej praktyki. Autorzy formułują tezę, iż już w obecnym stanie prawnym możliwe jest przełamanie w pewnym zakresie konserwatywnej postawy notariuszy poprzez przyjęcie interpretacji dopuszczającej dokonywanie czynności notarialnych *online*. Obok argumentów dogmatycznych pojawia się i ten, że gwałtowne zmiany historyczne niejednokrotnie powodowały w prawie prywatnym innowacyjne podejście do istniejących konstrukcji prawnych. To prawda. Co więcej, historia pozwala wskazać przykłady reinterpretacji prawa, gdy służyło to ochronie znanych z doświadczenia prawniczego wartości[14]. Jako przykład tak zakorzenionego myślenia postrzegam zalecenie autorów, by przeprowadzić pogłębioną refleksję nad zakresem podmiotowym stosowania czynności notarialnych *online*, aby nie naruszyć funkcji ochronnej wymogu osobistej obecności. Reinterpretacja prawa może znaleźć wsparcie także w prawniczym doświadczeniu. Natomiast reinterpretacja prawa niezakorzeniona w znanych z doświadczenia prawniczego wartościach potrzebuje raczej inspiracji w zmianach ustawowych lub będzie wynikała z daleko idącego upolitycznienia procesu stosowania prawa[15]. Zamykający numer artykuł recenzyjny Jana Rudnickiego jest z kolei ciekawym przykładem, że występujące pod szyldem nowoczesności uproszczone odrzucenie doświadczenia prawniczego może nieść ze sobą deficyty argumentacyjne. W recenzowanej książce przekonująca teza o użyteczności wideotestamentu została powiązana z postulatem odejścia od „rzymskiego wzorca testamentu". Trudno nie zgodzić się z recenzentem, że z perspektywy nowożytności i współczesności ten wzorzec to przede wszystkim wartości, których konkretyzowanie i ważenie pozwala opisać rozwój prawa testamentowego w Europie. W historii proponowanych przez wieki form testamentu możemy dostrzec wspólne osie. Wśród nich jest troska o zapewnienie stanowczości i samodzielności oświadczenia spadkodawcy. Takie spojrzenie na doświadczenie prawa prywatnego powinno – jak zauważył recenzent – wzbogacić argumentację, skłonić do ostrożności przed bezkrytycznym uznaniem stanowczości *animus testandi* w wideotestamencie, skoro cyfrowe nagrania powstają łatwo i masowo.

Artykuł Michała Królikowskiego można odczytać jako propozycję drogi ku innowacji w rozumowaniach karnistycznych poprzez refleksję nad doniosłością wartości zobiektywizowanych w kulturze prawnej i etycznych intuicjach społeczeństwa. W europejskiej tradycji prawnej nietrudno znaleźć przykłady słabości dwóch zakwestionowanych przez M. Królikowskiego rozumowań: izolowania argumentacji prawniczej od wartościowania oraz przesadnej wiary w efektywność systemowego myślenia o prawie. Czy jednak naprawdę da się oderwać wartościowanie od dyskusji prawniczej? Z pewnością można je ukryć. Metody porządkują prawnicze rozumowania służące formułowaniu lub interpretowaniu tekstu. Jednak wbrew nadziejom Rudolfa von Jheringa nie udało się sprowadzić naukowości prawoznawstwa do dyskusji o metodzie prawniczej w kategoriach prawdziwości. Pluralizm i elastyczność metod prawniczych są faktem. Plastycznie i konkretnie służy refleksji o prawniczych innowacjach artykuł Franciszka Longchamps de Bérier otwierający numer. Ważnym składnikiem odpowiedzi na pytanie „Co pozostaje po uczonym prawniku?" jest przypomnienie myśli o prawie wypowiedzianych ponad pół wieku temu przez dziadka autora, profesora prawa administracyjnego o tym samym imieniu i nazwisku. Skłania do zastanowienia, że ów uczony –

13 Tamże, s. 25, przyp. 63.

14 Np. wyrok francuskiego Sądu Kasacyjnego z dnia 15 czerwca 1892 r. w sprawie Julien Patureau c/ Boudier (DP 92. 1. 596, S. 93. 1. 281, note Labbé).

15 Por. P. Łącki, *Zmiana znaczenia pojęcia małżeństwa w niemieckiej ustawie zasadniczej. O meandrach dynamicznej wykładni postanowień konstytucyjnych*, „Forum Prawnicze" 2018, nr 2 (46), s. 33 i n.

chwalony dziś za to, że przyczynił się do „utrzymania więzi polskiego prawa administracyjnego", oraz że „wskazał następnym pokoleniom (…) realistyczne wartościowanie połączone z troską o człowieka i własne państwo" – na pytanie o istotę prawa przyznawał, iż wszyscy przytaczamy antyczną definicję prawa Celsusa *ius est ars boni et aequi*, czyli „prawo jest sztuką tego, co dobre i sprawiedliwe".

Kwalifikowanie tylko niektórych nowości jako prawniczych innowacji można zatem rozumieć jako konsekwencję tego, że prawo jest swoistą sztuką (*ars*). Innowacją prawniczą będzie to, co odpowiada realistycznie na konkretną potrzebę, ale uwzględnienia wartości zobiektywizowane dzięki ciągłości prawniczej dyskusji. Ta kontynuacja tworzy tradycję prawną. Świadomość uchwyconych na tej drodze wartości i potrzeby ich ważenia staje się osią tradycji. Oczywiście, to ważenie konkurujących wartości – przypisywanie im różnej wagi – może dać odmienne propozycje *ad casum*. Dlatego kontrowersje są trwałym elementem nauki i praktyki prawa. Co więcej, doświadczenie i w tym punkcie zaleca realizm i krytycyzm, bo najwyższe prawo może stać się instrumentem bezprawia[16] – słów można nadużywać, natomiast wiarygodne są rzeczywiste zachowania[17]. Powstające poprzez takie wartościowania innowacje prawnicze będą czymś innym niż spory polityczne czy oryginalność sama przez się. Uznanie i nieprzekraczanie tych granic wytyczy – w co wierzę – pole dobrego korzystania z wolności prawniczej dyskusji. Mieszczące się w tym polu publikacje będą użytecznym wsparciem dla bieżącej praktyki i dydaktyki prawa. W pewnym zakresie mogą stać się innowacjami prawniczymi. Dziesiąta rocznica „Forum Prawniczego" niech będzie okazją, by życzyć pismu publikacji niosących innowacje. Do tego dochodzi życzenie, by rosnąca liczba jego cytowań łączyła się z inspiracyjnym oddziaływaniem na uczenie, stosowanie i tworzenie prawa. Oczywiście, podobnie jak w losach spuścizny po uczonym prawniku – także przy prowadzeniu czasopisma prawniczego potrzeba trochę szczęścia.

Wojciech Dajczak

16 *Summum ius summa iniuria* (Cic. *off.* 1,33).

17 *Verba volant, exempla trahunt* (maksyma inspirowana Sen. *epist.* 6,5).

ks. Franciszek Longchamps de Bérier

Co zostaje po uczonym prawniku?

ks. Franciszek Longchamps de Bérier

Profesor nauk prawnych, LL.M. Georgetown, kierownik Katedry Prawa Rzymskiego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego, członek Komitetu Nauk Prawnych PAN oraz komisji prawnej Konferencji Episkopatów Unii Europejskiej (COMECE), zasiada we Wspólnym Komitecie Zarządzającym China–EU School of Law w China University of Political Science and Law w Pekinie.

✉ f.lb@uj.edu.pl

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

Why to Remember a Law Professor Several Years after His Death?

Questions and answers of the paper concern academic achievements of law professors seen at least two decades after their death. What remains of a law professor: good character, disciples and students, specificity of university genealogy, important research topics, work and writings, institutions created, international research friendships? Who can be considered a great lawyer? What are the criteria to asses it?

Słowa kluczowe: prawoznawstwo, nauka prawa, historia prawa, prawnik, profesor, tematy badań

Key words: jurisprudence, legal history, legal science, lawyer, professor, subjects of legal research

https://doi.org/10.32082/fp.v0i4(60).302

1. Kruchość elementów życiowego dorobku

Cmentarze pełne są nagrobków osób, które chciały się upamiętnić wśród potomnych. Pragnienia to jedno, fakty zaś – drugie. Pozostać w cudzej pamięci żywym wiele lat po odejściu to rzadki fenomen. Dlaczego w ogóle się pojawia? Człowiek zostawia coś materialnego bądź niematerialnego, co okazuje się inspirujące lub przydatne w życiu czy pracy innych. I są oni tego świadomi. Jednak własne zabiegi o nazwanie i zachowanie tego „czegoś" okazują się zawsze mocno subiektywne – jak wszelka zapobiegliwość. Z góry skazane na niepowodzenie wydają się celowe wysiłki z myślą o upamiętnieniu *mortis causa*, na epokę po własnej śmierci, gdyż nie jesteśmy w stanie niczego wtedy dopilnować, kontrolować. Toteż podejmowanie starań *mortis causa* wydaje się mało obiecujące, a w konsekwencji niewarte nadmiernej uwagi. Lepiej po prostu rozumnie żyć – dzisiejszym dniem, chrześcijańsko pojmowanym *carpe diem*[1]. Natomiast zadziwia wspomniany fenomen. Daje do myślenia obserwowane zjawisko powrotu do dokonań człowieka, który zmarł 10, 30, 50 czy 70 lat temu. Gdy tak bywa w przypadku uczonych prawników, warto postawić kilka pytań szczególnie istotnych dla własnego środowiska.

1 Hor. *carm.* 1,11,8.

Wybiegając w przyszłość z myślą o wielkości może się badacz zastanawiać, jaką obrać strategię, aby nie wszystek umrzeć. Poecie się udało, jak planował: *non omnis moriar*[2]. Rozmyślanie nad tym można by uznać za podyktowane pychą akademicką. Chodzi wszelako o ustalenie, co decyduje o bodaj kruchej trwałości choć kilku elementów życiowego dorobku kogoś, kto naukowo zajmował się prawem. Idzie więc nie o przyjemność bawienia się myślą o własnej nadmuchanej wielkości na dziś, lecz o kryteria oceny, kogo wolno uważać za wybitnego prawnika. Stawianie podobnych pytań nie jest wyrazem megalomanii środowiska prawniczego, bywają one bowiem ze wszech miar użyteczne, czego przykład daje praktyka selekcji kandydatów do najwyższych federalnych stanowisk sądowych w USA. Sędziowie zasiądą w togach na całe życie jako nieusuwalni, dlatego przed mianowaniem lub zatwierdzeniem nominacji decydenci chcą się dowiedzieć – standardowo i pośród wielu innych kwestii – kogo kandydat, zazwyczaj będący już sędzią, uważa za najlepszego sędziego swych czasów, a kogo za najwybitniejszego w przeszłości[3].

Sędziowie, profesorowie – szczyty prawniczej drogi zawodowej, ale też życiowej. Co jednak po prawniku zostaje wiele lat po śmierci? Co przetrwa z jego trudu i pracy? Kogo wolno uważać za wielkiego jurystę i jakie mogą być kryteria oceny? A pytanie o rzeczywistą spuściznę po uczonym dotyka kwestii ogólniejszej i bardziej uniwersalnej, interesującej cały świat akademicki, choćby porównawczo: co pozostaje po profesorze uniwersyteckim? Pytanie o tyle frapujące, że osobiste dla każdego, także profesora prawa. Co po nas zostaje? Wspominanie kogoś po wielu, wielu latach zdaje się dowodzić, że niektórzy coś wnieśli trwałego albo przynajmniej trwalszego niż inni. Akurat w przypadku uczonych prawników zagadnienie wydaje się szczególnie trudne, a zarazem bardziej intrygujące jako wyzwanie, gdyż dotyczy materii badań niezwykle ulotnej, wręcz doraźnej.

Prawo rzeczywiście bywa doraźne i to samo można by powiedzieć o prawniku, który używa go jako narzędzia realizacji społecznych potrzeb w danym mu czasie i miejscu. Wobec światowych tendencji przychodzą jednak pytania o globalizację prawa, a wraz z nimi realistyczne refleksje, jak choćby ta – z perspektywy brytyjskiej: „Nasze tradycje intelektualne bywały dość prowincjonalne i skierowane do wewnątrz. W większości prawnicze wykształcenie jest lokalne, a masa koncepcji prawnych silnie powiązana z kulturą. Zaczyna tedy brakować adekwatnych koncepcji analitycznych i wiarygodnych danych do generalnego przedstawienia czy opisu prawa na świecie, które zawierałoby, ale też przekraczałoby różne prawne tradycje i kultury”[4]. Skoro zaś przyznajemy, że „z natury swej wykształcenie w naszej dziedzinie jest – rzec by można z zasady i definicji – lokalne”[5], to kwestia, co z dorobku prawnika ma szansę przetrwać – jeśli w ogóle – dotyka uniwersalności doświadczenia prawniczego. Wspomniana sprawa wykształcenia, a bardziej edukacji prawniczej prowadzi ku rzeczowemu zajęciu się spuścizną profesorów prawa jako nie tylko uczonych, ale też nauczających.

Fenomen powrotu do dokonań prawnika i profesora, który zmarł 50 lat temu.

Podnosiłem to już kiedyś. Chodziło o przypadki mistrzów, których nie uhonorowano zbytnio za życia,

2 Hor. *carm*. 3,30,6.

3 M. Hemingway, C. Severino, *Justice on Trial. The Kavanaugh Confirmation and the Future of the Supreme Court*, Washington, DC 2019, s. 59.

4 W. Twining, *Diffusion and Globalization Discourse*, „Harvard International Law Journal” 2006, vol. 47, nr 2, s. 510.

5 F. Longchamps de Bérier, Common law *a dekodyfikacja i globalizacja prawa* (w:) *Dekodyfikacja prawa prywatnego w europejskiej tradycji prawnej*, red. F. Longchamps de Bérier, Kraków 2019, s. 42.

a umarli młodo. Nie mieli szans na doktoraty *honoris causa* lub odnowienie doktoratów. Wybuchła wojna i nawet po niej nie było czasu, głowy, motywacji, szans czy możliwości, żeby przypomnieć zmarłego[6]. Tuż przed nią zmarł Stanisław Wróblewski, który był mistrzem dla mistrza mego nauczyciela. „Czas mija, właściwie pokrywają się z tymi, które prowadzą do powstania zawsze popularnych ksiąg pamiątkowych. Z szacunku zwłaszcza do żyjących jubilatów usilnie trzymałbym się rozróżnienia, że za życia wydajemy księgę ku czci, pośmiertnie zaś księgę ku pamięci. Każda z nich może być jubileuszowa.

Warto porzucić praktykę przygotowywania ksiąg ku czci oraz pamiątkowych.

regulacje się zmieniają i nieuchronnie przychodzi pytanie: co pozostaje z dorobku prawnika w 70 lat po jego śmierci? Nie bez osobistego zainteresowania zadają je współcześni przedstawiciele nauk prawnych. Warto je też sprecyzować: co zostawia po sobie romanista, gdy jego uczniowie od dawna nie żyją? W czerwcu 2008 roku przypadła 50. rocznica śmierci Rafała Taubenschlaga. Co ma jeszcze do powiedzenia współczesnym badaczom prawa rzymskiego wybitny prawnik – uczony wcześniejszej epoki? Prawo rzymskie się, co prawda, od śmierci Stanisława Wróblewskiego nie zmieniło”[7].

2. Pamięć własnego środowiska i bezpośrednich następców

Dla oczyszczenia przedpola zajmijmy się na chwilę zjawiskiem jubileuszy osób żyjących lub wspomnieniem dopiero co zmarłych. Służą one oddaniu sprawiedliwości, docenieniu, wyrażeniu uznania przez uczniów i przyjaciół. Okazją zazwyczaj bywa okrągły jubileusz. Interesują nas tu motywacje, które prowadzą do organizacji i przeprowadzenia obchodów. Gdy bowiem jest to czyjś mistrz lub osoba, którą się dobrze znało, powody przedsięwzięcia lub akademii „ku czci”

Z wielu zresztą powodów nie od dziś uważam, że należy porzucić praktykę przygotowywania jednych bądź drugich, a przynajmniej samemu nie brać w tym udziału. „Inflacja wydawanych za życia ksiąg ku czci i przygotowywanych po śmierci tomów pamiątkowych powoduje, że trudno je zauważyć lub odszukać pomieszczone w nich artykuły. Nie sposób wreszcie co chwilę napisać przełomowy tekst, aby nim oddać cześć wybitnemu uczonemu lub prawnikowi; nie zaś pośpiesznie sporządzanym przyczynkiem. Taki bowiem może wielkiej chwały nie przynieść ani jubilatowi, ani ofiarującemu tekst. Wielość ksiąg, wydawanie ich w różnych miejscach, czasem nie w wydawnictwach naukowych, niejednokrotnie w niewielkim nakładzie – powoduje, że nie są czytane. Pojawia się reakcja zwrotna: skoro właściwie nie ma dostępu do ksiąg, mało kto do nich zagląda. Rzadko poszczególne artykuły czytają sami jubilaci, kontentując się opasłością księgi, a czasem tym, że wyszła w większej liczbie tomów niż inna. W konsekwencji skoro mało kto czyta, mało kto uważa, że warto tam pisać coś wartościowego, zwłaszcza że tekst i tak przyjmą. Do absolutnie wyjątkowych sytuacji, bo i niezręcznych dla redaktorów tomu, należy odmowa publikacji jakiegoś opracowania, a nawet prośba o gruntowne poprawienie tekstu”[8]. Dopóki jednak tego przekonania nie podziela środowisko naukowe i nie stanie się to pogląd-

6 Por. ciekawe zestawienie: A. Mączyński, *O Stanisławie Wróblewskim w 140. rocznicę urodzin i 70. rocznicę śmierci* (w:) *Stanisław Wróblewski (1868–1938)*, red. A. Mączyński, Kraków 2012, s. 10.

7 F. Longchamps de Bérier, *Stanisław Wróblewski o znaczeniu wpływu prawa rzymskiego na prawo współczesne* (w:) *Stanisław Wróblewski (1868–1938)…*, s. 28.

8 F. Longchamps de Bérier, *Zachwyt historią prawa kanonicznego* (w:) W. Uruszczak, Opera historico-iuridica selecta. *Prawo kanoniczne – nauka prawa – prawo wyznaniowe*, Kraków 2017, s. 17–18.

dem dominującym, przygotowywanie zarówno ksiąg jubileuszowych, jak i wydarzeń dotyczących danego uczonego motywuje się głównie chęcią uczczenia znanego profesora lub świeżej pamięci po nim – świętowania, bo tak wypada. Znacznie lepszym rozwiązaniem, bo służącym upamiętnieniu dorobku jubilata, jest zebranie jego pism w jednym czy kilku tomach dzieł wszystkich albo w *opera selecta*. Niektóre z rozproszonych publikacji zyskują wtedy w ogóle szansę przetrwania, wszystkie zaś zostają przypomniane, a do poszczególnych pozycji zyska łatwiejszy dostęp każdy zainteresowany.

3. Badać dla rozumienia świata i pisać dla siebie

Przytoczony wyżej, być może zbyt długi cytat pochodzi z mojego wstępu do dzieł zebranych za życia[9]. Zdarza się, że dochodzi do ich wydania dopiero 50 czy 80 lat po śmierci[10]. Pozwala nam to powrócić do głównego toku rozważań i do fenomenu wspomnień o uczonym prawniku – dziesiątki lat po śmierci – poprzez organizację konferencji naukowych lub przygotowanie publikacji inspirowanych jego myślą i twórczością. Wszystko to raczej o dorobku naukowym niż o życiu (biografie dawno się ukazały), a „późne jubileusze" są organizowane zazwyczaj przez ludzi, którzy nie mieli szans poznać honorowanego profesora lub słuchać jego nauk. Bywa, że nawet jego uczniowie nie znajdują się wtedy w większości po tej stronie życia.

Tak tedy zupełnie obcemu człowiekowi przychodzi zastanawiać się, na czy polega fenomen uczonego prawnika, którego doskonale pamięta się i wspomina 50 lat po śmierci. Sam nie miał wprawdzie szans spotkać go osobiście, ale ze znawstwem – nieobcy mu wszak naukowo i intelektualnie – pisał w charakterystycznym tu teraźniejszym czasie: „Z czego wynika jego wielkość? Można rzec, że był profesorem innej miary, wyprzedził swój czas i miał do przekazania coś oryginalnego, co potrafią powiedzieć tylko nieliczni. Jego postawa i dokonania są przykładem znakomitego zespolenia wyobraźni i wiedzy, a z drugiej strony – idei i formy. (…) Był całkowicie autentyczny w tym, co robił"[11].

Na tenże sam jubileusz – mojego dziadka – postanowiłem przeczytać esej, w którym zajął się on kwestiami dla prawa podstawowymi w oparciu o swe uwagi czynione latami na marginesie prac nad prawem administracyjnym i nauką administracji. Tom ten uznaję za osobiste przez niego podsumowanie własnej twórczości. Jednakże po obiecującej – jak mi się uprzednio wydawało – lekturze książki poczułem się zniechęcony do prowadzenia badań naukowych w dziedzinie prawa i ogłaszania ich drukiem, gdyż „mało kto zauważył przez 50 lat, o czym była mowa w monografii *Z problemów poznania prawa*[12]. A przecież pisma autora nie popadły w zapomnienie. Były studiowane i cytowane nie tylko przez administratywistów. Sięga do nich po pół wieku kolejne pokolenie badaczy prawa. I oto moja najogólniejsza refleksja sprowadza się do tego, że niewiele się w nauce prawa zmieniło. Powstają zatem pytania: Jaki sens pisać i czynić obserwacje? Co to zmienia? Obserwator umiera, a po latach dochodzimy do podobnych co on wniosków. Nieuważnie czytaliśmy? Doświadczenie prawnicze autora było nam niedostępne, bo brakowało własnego na tyle, aby jego myśl podchwycić? Czy więc gdy własne obserwacje uznamy za dojrzałe, warto je notować? Ktoś powie, że warto przynajmniej w trybie edukacji prawniczej. Po co i dla kogo mielibyśmy je spisywać i do tego ogłaszać drukiem? Jakie znajdować uzasadnienie dla nadziei, że ktoś ustrzeże

9 Podobnie też J. Mélèze Modrzejewski, *Droit et justice dans le monde grec et hellénistique*, Varsovie 2011. Por. także: M. Pietrzak, *Demokratyczne, świeckie państwo prawne*, Warszawa 1999, pisma zebrane, które ogłoszono drukiem w epoce wydawania – czytanych jeszcze wówczas – ksiąg z tego samego środowiska naukowego: *Le droit romain et le monde contemporain. Mélanges a la mémoire de Henryk Kupiszewski*, red. W. Wołodkiewicz, M. Zabłocka, Varsovie 1996; *Prawo wczoraj i dziś. Studia dedykowane Katarzynie Sójce-Zielińskiej*, red. G. Bałtruszajtys, Warszawa 2000; *Au-delà des Frontières. Mélanges de droit romain offerts à Witold Wołodkiewicz*, red. M. Zabłocka i in., t. 1–2, Warszawa 2000.

10 *Czesław Martyniak. Dzieła*, red. R. Charzyński, M. Wójcik, Lublin 1917; *Franciszek Longchamps de Bérier. Pisma wybrane z lat 1934–1970*, wybór i wstęp Z. Kmieciak, Warszawa 2019.

11 Z. Kmieciak, *Wstęp* (w:) *Franciszek Longchamps de Bérier. Pisma wybrane*…, s. 11–12.

12 F. Longchamps, *Z problemów poznania prawa*, Wrocław 1968.

się dawnych błędów, że nasze myśli rozwinie, czyniąc nowe obserwacje naukowe?"[13] Czytając, nauczyłem się wiele, choć nie po raz pierwszy ten esej studiowałem. Niestety po lekturze pozostało wrażenie, że nie warto pisać. Analizuje się, opisuje, zauważa, publikuje, naucza, a to jakby bez najmniejszego wpływu na świat prawa. Dziś obserwujemy w nim te same niemal zjawiska. Dochodzimy do podobnych wniosków i przestróg. Pesymizm to, ale realistyczny. Potwierdzony przez historię półwiecza. Badamy więc i piszemy tylko dla siebie? Próby zrozumienia świata to cel nie do pogardzenia, ale pytanie o ulotność tego wszystkiego jest wciąż bez odpowiedzi.

4. Otwarte pytania i najlepsi uczniowie

Co zostaje po człowieku, po uczonym prawniku, profesorze prawa? Dobry charakter? Uczniowie i słuchacze? Specyfika genealogii uniwersyteckiej? Ważne tematy badań? Dzieło i pisma? Stworzone instytucje? Stosunki międzynarodowe, a może bardziej zagraniczne przyjaźnie naukowe?

Narzuca się odpowiedź, że przede wszystkim i na pierwszym miejscu zawsze będą uczniowie. Gdy wielcy poszli w zapomnienie, bo zmienił się pomysł na prawo, pamięć o nauczycielu utrzymuje się w człowieku, którego ten uformował – oddał mu cząstkę siebie, stając się kimś znacznie ważniejszym niż tylko pozycją w życiorysie. Nasi pedagodzy – dodajmy, że dobrzy – są naturalnie częścią nas samych. Dlatego odpowiedź, że pozostają uczniowie, chciałem na wstępie odrzucić jako oczywistą i rozejrzeć się za bardziej wyszukaną lub odkrywczą. Zatem tylko uczniowie? Nie dało się uciec. Powracają jako pierwsi na ustach każdej przeze mnie konsultowanej osoby ze świata akademickiego. Centralny bowiem okazuje się przekaz autorytetu. Uczniowie to wiele, a i nie każdy ich ma, nawet ogromnie się starając. Są nimi w jakimś sensie wszyscy, którzy słuchali wykładów. Spotykamy ich często i w różnych sytuacjach. Czasem mamy szansę zapytać, czy pracują w zawodzie, czy są szczęśliwi.

Wielkość człowieka, jeśli w ogóle da się o niej mówić w sposób uporządkowany i racjonalny, a nie pod wpływem emocji, znajduje wyraz w tym, kim ktoś pozostaje w oczach innych ludzi. I to najpierw u najbliższych uczniów, potem u reszty studentów. Dlatego być bezpośrednim uczniem to pozycja szczególna, a w gronie najlepszych uczniów – wyjątkowa. Niektórzy okazują się wielkim projektem swego mistrza. Koncepcja ta staje u początku świata nauki w ogóle, a filozofii w szczególności. Wielu przez długie lata chodziło za Sokratesem, ale zapamiętaliśmy tylko Platona. Wielu dekadami uczestniczyło z nim w rozmowach, ale tylko oryginalność Arystotelesa nie wynika wprost z relacji ani do wybitnego nauczyciela, ani do wielkiego skądinąd ucznia – Aleksandra Macedońskiego. Albert Wielki zdał sobie sprawę, że nie wystarczy mu czasu i sił, aby Arystotelesem przejrzeć myśl chrześcijańską. Dlatego poszukał genialnego ucznia i „z różnorodnej jego inicjatywy naukowej Tomasz podjął tylko część teologiczno-filozoficzną, ale tej dał formę skończoną"[14]. Zresztą dla chrześcijan „czynić uczniami" – *μαθητεύσατε*[15] – to podstawowy nakaz ewangeliczny, silnie zakorzeniony w żydowskiej tradycji szkół rabinicznych. Jezus Chrystus zarzucał uczonym w prawie swoich czasów: *ὅτι περιάγετε τὴν θάλασσαν καὶ τὴν ξηρὰν ποιῆσαι ἕνα προσήλυτον, καὶ ὅταν γένηται ποιεῖτε αὐτὸν υἱὸν γεέννης διπλότερον ὑμῶν* – „przemierzacie morze i ziemię, by zyskać choć jednego prozelitę, a kiedy nim się stanie, czynicie go dwakroć bardziej winnym gehenny niż wy sami"[16].

Powoływanie się na wcześniejszych mistrzów odgrywa nie mniejszą rolę w antycznym prawie rzymskim[17], gdzie opinie prawników przejmowane i podtrzymywane przez bezpośrednich lub dalszych następców stawały się – także z formalnego punktu widzenia – obowiązującym prawem. Kwestia nie dotyczyła tylko świetnie rozpoznawalnych *sectae* – szkół

13 F. Longchamps de Bérier, *Odwaga i niezależność w naukowym myśleniu o prawie*, „Państwo i Prawo" 2019, nr 5, s. 44.

14 W. Tatarkiewicz, *Historia filozofii*, t. 1, wyd. 11, Warszawa 1988, s. 272.

15 Mt 28,19.

16 Mt 23,15.

17 Por. M. Kuryłowicz, *Prawo rzymskie. Historia, tradycja, współczesność*, Lublin 2003, s. 66–67; T. Giaro, *Wykładnia bez kodeksu. Uwagi historyczne o normatywności interpretacji prawniczej* (w:) *Teoria i praktyka wykładni prawa. Materiały konferencji naukowej Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego*, red. P. Winczorek, Warszawa 2005, s. 18.

prawniczych w I wieku po Chrystusie[18]. Gdy wybitny romanista, wspominany wyżej S. Wróblewski zdał sobie sprawę, że potrzeba kogoś młodszego i dobrze przygotowanego, aby zająć się opracowaniem prawnych aspektów, jakie wynikają z treści odkrywanych w piaskach Egiptu papirusów, które spisano po grecku, powierzył misję swemu uczniowi. I stał się Rafał Taubenschlag[19] twórcą polskiej papirologii prawniczej.

> **Mistrz ma intuicje naukowe i ceni pracowitość.**

Ostatni przykład ilustruje znaczenie genealogii uniwersyteckiej, chętnie podtrzymywanej zwłaszcza w środowisku badaczy prawa rzymskiego w Polsce i na świecie. Działa ona wstępująco, bo każdy zaczyna od siebie i wskazuje, czyim jest uczniem: moim mistrzem był Henryk Kupiszewski, którego mistrzem był Rafał Taubenschlag. Miał on za mistrza, jak wiemy, Stanisława Wróblewskiego, który się uczył u Fryderyka Zolla starszego. Ten ostatni najdłużej w historii kierował katedrą prawa rzymskiego w Uniwersytecie Jagiellońskim. Tożsamość genealogiczna wydaje się w gruncie rzeczy ważna dla każdego człowieka. Dla naukowca oznacza nie tylko przynależność i pochodzenie – nawet jeśli kogoś moglibyśmy nie lubić, bo wiemy z historii, że miał na przykład trudny charakter[20]. Naukowa tożsamość genealogiczna to przywiązanie do spuścizny. Wyraża się ono w podtrzymywaniu wspólnoty myśli i kierunku wprowadzania nowych pomysłów oraz w sposobie czy stylu prowadzenia badań i nauczania. Tożsamość genealogiczną należy odróżnić od kultywowania pamięci o wielkim poprzedniku jedynie po to, aby wykorzystać ją dla legitymizacji samego siebie.

Co prowadzi uczniów za mistrzem? Jaki zespół czynników rozwijających się i pogłębiających w czasie powoduje, że adepci nauk prawnych podążają za profesorami? Obserwują ich, słuchają i naśladują; chcą uważać ich za nauczycieli i zaczynają się z nimi utożsamiać. Odnajdują w nich siebie samych i określają, kształtują swą tożsamość dzięki relacji do mistrza. „Mówił normalnie o prawie w czasach nienormalnych" – usłyszałem o kimś, kogo szczyt kariery uniwersyteckiej przypadł na szare czasy gomułkowskich lat sześćdziesiątych. Zwłaszcza w trudnej dobie pociąga uczony mówiący inaczej niż inni, bo z odmiennej perspektywy. Ujmuje jego pasja poszukiwań i ciekawość badawcza, zachwyca intuicja naukowa. Uważnemu i inteligentnemu słuchaczowi lub czytelnikowi dają do myślenia świeżość zestawień czy oryginalne pomysły. Otwierają się uczniom perspektywy twórczości naukowej, gdy widzą szanse przełożenia propozycji i ujęć mistrza na nowe obszary. „Metoda dialogu z czytelnikiem zastosowana przez autora była jedyna w swoim rodzaju"[21]. Dojrzali uczniowie posługują się wypracowanymi narzędziami, siatką pojęciową czy ustaleniami metodologicznymi swego nauczyciela, gdy dochodzi do nowych sytuacji społecznych – na przykład wskutek europeizacji[22]. Pociąga mądre sta-

18 Por. np. J. Kodrębski, *Sabinianie i prokulianie. Szkoły prawa w Rzymie wczesnego cesarstwa*, Łódź 1974; P. Stein, *Labeo, Marcus Antistius* (w:) *The Oxford International Encyclopedia of Legal History*, ed. S. Katz, t. 3, Oxford 2009, s. 475–477, tenże, *Sabinus, Masurius* (w:) *The Oxford International Encyclopedia…*, t. 5, s. 179–181.

19 W. Osuchowski, *Prawo rzymskie na tle prawa antycznego. Rafał Taubenschlag (1881–1958)* (w:) *Studia z dziejów Wydziału Prawa Uniwersytetu Jagiellońskiego*, red. M. Patkaniowski, Kraków 1964, s. 298–300; J. Sondel, *Stanisław Wróblewski jako romanista (1868–1938)*, „Krakowskie Studia Prawnicze" 1990, nr 22, s. 172.

20 O trudnym charakterze R. Taubenschlaga napomknął np. S. Grzybowski, *Wspomnienia*, Kraków 1999, s. 306.

21 I. Lipowicz, *Sytuacja prawna człowieka wobec administracji publicznej w poglądach Franciszka Longchamps de Bérier*, „Państwo i Prawo" 2019, nr 5, s. 65.

22 J. Supernat, *Założenia nauki administracji Franciszka Longchamps de Bérier i administracja unijna*, „Państwo i Prawo" 2019, nr 5, s. 70–87.

wianie im przez mistrza wymagań, gdyż jest wyrazem zauważenia człowieka i dbałości o jego rozwój. Przypomnijmy chociażby wyznaczone „cele dla następnych pokoleń: szerokie horyzonty badawcze i realistyczne wartościowanie połączone z troską o człowieka i własne państwo”[23].

Nadmieniona tytułem oczywistego przykładu rzymska jurysprudencja przynosi doświadczenie, że czyimś uczniem stać się można również „w oddali”. Nie trzeba znać mistrza osobiście. Wystarczy dzieło czytane i przyjmowane, i zgoda z cudzą myślą oraz interpretacją, co prowadzi do utożsamienia się z poglądami autora oraz tradycją myślenia i przekazu. W prawie widać to szczególnie wyraźnie wtedy zwłaszcza, gdy jest postrzegane jako sztuka argumentacji. Są argumenty lepsze i gorsze, większej bądź mniejszej wagi. Należy się od kogoś nauczyć, jak je rozróżniać i powoływać – rzadko samemu dochodzi się do pełnej dojrzałości w tym zakresie.

Tradycja to przekaz, ale też kwestia tożsamości. W pierwszej grupie uczniów dzięki przekazowi zyskujemy tożsamość. W drugiej przyjęta tożsamość pozwala nam wpisać się w daną tradycję i stać jej częścią, przejmując, rzecz jasna, swoistą powinność nastawienia się na tradycji tej kontynuowanie. Wrażliwość, aby się uczyć, cały etos bycia uczniem i poszukiwania uczniów wpisały się w koncepcję uniwersytetu jako korporacji uczonych, a zarazem nieprzestających się uczyć. Z idei *universitas* wynika otwartość i nakaz pobierania lekcji od wielu, zgodnie ze starotestamentalną wskazówką: *συμβουλίαν παρὰ παντὸς φρονίμου ζήτησον καὶ μὴ καταφρονήσῃς ἐπὶ πάσης συμβουλίας χρησίμης* – „rady szukaj u każdego mądrego i nie pogardź żadną radą pożyteczną”[24].

Przekaz rodzinny wzbogaciła córka uczonego, gdy do „skarbów, które nam dali”, dorzuciła otrzymany „przepis na dobrą szkołę”: zadbać, aby uczniowie byli lepsi od nauczyciela, przykładać dużą wagę do znajomości języków obcych, starać się o koleżeństwo w zespole, koncentrować się na dziele, nie na osobie, a już najmniej na sobie samym[25]. Kontekst postawy naukowej pozwala sformułować kilka dalszych wskazówek. Dotyczyć będą już raczej dzieła niż szkoły.

5. Intuicja naukowa i podejmowane zagadnienia badawcze

Warto rozsądnie myśleć oraz pisać – i to zwięźle, cyzelując słowa, a dobierając z nich najbardziej adekwatne. To w znacznej mierze kwestia przygotowania i warsztatu, ale także wyobraźni, etosu i *pietas*. Każdy tekst jest wizytówką autora. I do niej stosuje się myśl, że głupiec nie różni się od mędrca, gdy milczy[26].

Intuicje badawcze są raczej darem, lecz nawet gdy się go nie posiada, szkoda czasu na zagadnienia błahe, przyczynkowe lub niszowe. Tematami modnymi, popularnymi czy chwilowo użytecznymi każdy się zajmie. Lepiej nie kierować się tym, że akurat po polsku czy w Polsce czegoś jeszcze nie opisano. Zapełniania luk nie wolno akceptować jako celu samego w sobie. Trzeba się ich pozbywać, żeby powstawały syntezy – cel akurat wyjątkowo przydatny. I oczywiście do jego realizacji potrzeba wcześniejszych analiz – najlepiej jeśli planowanych z myślą, że się kiedyś i komuś przydadzą.

Zadbać, aby uczniowie byli lepsi od nauczyciela.

Opisując czyjś dorobek w 50 lat po śmierci, nie trudno o ustalenie, „w jakim stopniu poszczególne zagadnienia poznawcze (…) zachowały aktualność

23 I. Lipowicz, *Sytuacja prawna*…, s. 62.

24 Tb 4,18.

25 Wystąpienie Katarzyny Walewskiej na konferencji pt. „Franciszka Longchamps de Bérier wizja prawa administracyjnego” w siedzibie Polskiej Akademii Nauk w Pałacu Staszica, 20.05.2019, Warszawa.

26 Por. Prz 17,28.

pomimo upływu lat oraz pomimo zasadniczej zmiany uwarunkowań politycznych, ustrojowych"[27]. Nawet już z perspektywy ćwierćwiecza łatwiej o oceny i podsumowania, które dotyczą nie tylko wspominanego profesora. „Bez poznania myśli Henryka Kupiszewskiego, wyrażonych w jego dziele *Prawo rzymskie a współczesność*, trudno zrozumieć, co zdarzyło się w nauce i nauczaniu prawa rzymskiego w ostatnim ćwierćwieczu. Myśli te okazały się inspirujące, a nawet prorocze, skoro przewijające się w pracy wątki niektórzy – nawet nieświadomie – podejmowali i rozwijali w ostatnich dziesięcioleciach. Taki też był jej Autor: mądry i szlachetny, dalekowzroczny i inspirujący"[28].

Trudniej ocenić zagadnienia i tematy badawcze, gdy jest się na etapie planowania, ale i wtedy wiadomo, że trzeba podejmować głównie te zasadnicze i o potencjale, który określilibyśmy jako niezmiennie aktualny. Nie ma czasu na sprawy ważne, trzeba zajmować się najważniejszymi. „Mimo tego, że w swym krótkim życiu (zmarł w wieku 57 lat) nie zdążył napisać zbyt wiele, to jednak pozostawił dzieła wybitne, wielce znaczące i wielce inspirujące, zwłaszcza dla dalszego rozwoju nauki prawa administracyjnego oraz nauki administracji, a także dla utrzymania więzi polskiej nauki prawa administracyjnego"[29]. W tej dziedzinie prawa zajął się tematami o podstawowym znaczeniu i uniwersalnym prawniczo wymiarze: człowiek, sens humanistyczny, uzdrowienie życia, życie prawa. Większe są więc szanse, że ktoś do nich wróci, a przy okazji może też zainteresuje się poglądami poprzedników. Zresztą format podejmowanych kwestii wydaje się pozostawać w relacji zwrotnej i dynamicznej z formatem intelektualnym i naukowym badacza. Otwarte pozostaje natomiast pytanie, jak ustalić, że ktoś ma intuicję stawiania pytań o rzeczy naprawdę ważne i szukania odpowiedzi na nie w dobrym miejscu.

Wybrać człowieka jako zasadniczy przedmiot zainteresowania uczonych prawników – to szansa natrafienia na trop stałych antropologicznych. A i w samym prawie znaleźć można coś nieprzemijalnego, skoro profesor nauki administracji i prawa administracyjnego w połowie XX wieku okazuje się uczniem jurysty z II wieku Celsusa. Wszyscy tę jego definicję prawa przytaczamy[30]: *ius est ars boni et aequi*[31] – „prawo jest sztuką tego, co dobre i sprawiedliwe". Nie każdy uczony prawnik jednako ujęty zostaje tym, że ową *ars* jest prawo także na potrzeby codziennego życia. A taki był mój dziadek, kiedy przestrzegał domowników przed egzekwowaniem na siłę własnych praw. Jak głosi przekaz ustny: wobec nadjeżdżających aut „lepiej nie mieć racji w szpitalu" i zatrzymać się przed wejściem na pasy mimo zielonego światła dla pieszych. Nieprzemijalność tematów może służyć zachowaniu dzieła, o ile, podejmując je, nie poprzestaje się na zreferowaniu argumentów, lecz ma się coś do powiedzenia. Jeśli nie, lepiej w ogóle nie pisać.

„Monografię możemy odczytać jako ukryty traktat o prawach jednostki wobec władzy, pisany za zasłoną cudzych poglądów i europejskich monografii"[32]. Najlepiej, aby pisma mówiły więcej, niż obiecuje pierwsza lektura. Gdy pisać rzeczowo z przykładami i cytatami, nawet cenzura – taka czy inna – będzie miała związane ręce. Jednakowoż nie wyłącznie w tym celu warto mądrze i odważnie stawiać pytania. Wydają się zawsze bardziej niewinne, choćby przez pytajnik na końcu, niż stanowcze w swej naturze twierdzenia. A przecież zadaje się pytania w nadziei, że dziś albo wkrótce, albo kiedyś doczekają się odpowiedzi.

Stawiane pytania powinny dawać wyraz niepozorowanemu otwarciu badawczemu. Nawet jeśli zdaje mi się, że wiem lepiej, słucham. W miarę lat pracy nauczycielowi lub wykładowcy słuchanie przestaje przychodzić spontanicznie. Kazimierz Twardowski pisał w testamencie naukowym: „Kto się zaciąga pod sztandar nauki, musi się wyrzec wszystkiego, co mogłoby go zepchnąć z drogi, sztandarem tym wskazanej. Musi więc przede wszystkim usilnie pracować nad wyrzeczeniem się wszelkich uprzedzeń, które mogą mu zagrodzić drogę wiodącą ku wiedzy obiektywnej, a które mają swe źródło w tradycjach, w zwyczajach, we wpływach

27 M. Szewczyk, *Źródła prawa administracyjnego w ujęciu Franciszka Longchamps de Bérier*, „Państwo i Prawo" 2019, nr 5, s. 88.

28 T. Giaro, F. Longchamps de Bérier, *Wstęp* (w:) H. Kupiszewski, *Prawo rzymskie a współczesność*, wyd. 2, Kraków 2013, s. 7–8.

29 M. Szewczyk, *Źródła*…, s. 101.

30 Por. np. F. Longchamps, *Z problemów*…, s. 46.

31 D. 1,1,1 pr. Ulpian ks. 1 „Instytucji".

32 I. Lipowicz, *Sytuacja prawna*…, s. 59

otoczenia, w osobistych zamiłowaniach i wstrętach. (…) ten, kto za cel życia obrał sobie zdobywanie i szerzenie prawdy naukowej, nigdy nie powinien pragnąć, by raczej takie, a nie inne rozwiązanie zagadnienia naukowego okazało się trafnym, by badania raczej do takiego, aniżeli do innego doprowadziły rezultatu"[33]. Gdy więc ktoś podejmuje poszukiwania naukowe, musi brać pod uwagę – a tak naprawdę zawsze trzeba brać to pod uwagę – że może nie mieć racji. Wtedy dopiero jest w stanie usilnie prawdy szukać, a od uczniów przekonująco i szczerze wymagać myślenia oraz samodzielności. I z największym zadowoleniem witać każdą rzeczową polemikę ze strony uczniów, którzy przecież nie kwestionują jego autorytetu.

Trzeba mieć szczęście, aby w odbiorze potomnych zdobyć choć trochę nieprzemijalności.

Jedna uwaga na koniec. Wszelkie tryby warunkowe, przejawy niepewności i przypuszczenia w powyższych rozważaniach wynikają z tego, że dla zdobycia choć częściowej nieprzemijalności w odbiorze potomnych potrzeba szczęścia. Choć trochę.

Bibliografia

Au-delà des Frontières. Mélanges de droit romain offerts à Witold Wołodkiewicz, red. M. Zabłocka i in., t. 1–2, Warszawa 2000.

Czesław Martyniak. Dzieła, red. R. Charzyński, M. Wójcik, Lublin 1917.

Franciszek Longchamps de Bérier. Pisma wybrane z lat 1934–1970, wybór i wstęp Z. Kmieciak, Warszawa 2019.

Giaro T., *Wykładnia bez kodeksu. Uwagi historyczne o normatywności interpretacji prawniczej* (w:) *Teoria i praktyka wykładni prawa. Materiały konferencji naukowej Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego 27.02.2004*, red. P. Winczorek, Warszawa 2005, s. 13–27.

Giaro T., Longchamps de Bérier F., *Wstęp* (w:) H. Kupiszewski, *Prawo rzymskie a współczesność*, wyd. 2, Kraków 2013, s. 7–11.

Grzybowski S., *Wspomnienia*, Kraków 1999.

Hemingway M., Severino C., *Justice on Trial. The Kavanaugh Confirmation and the Future of the Supreme Court*, Washington, DC 2019.

Kmieciak Z., *Wstęp* (w:) *Franciszek Longchamps de Bérier. Pisma wybrane z lat 1934–1970*, wybór i wstęp Z. Kmieciak, Warszawa 2019, s. 5–13.

Kodrębski J., *Sabinianie i prokulianie. Szkoły prawa w Rzymie wczesnego cesarstwa*, Łódź 1974.

Kuryłowicz M., *Prawo rzymskie. Historia, tradycja, współczesność*, Lublin 2003.

Le droit romain et le monde contemporain. Mélanges a la mémoire de Henryk Kupiszewski, red. W. Wołodkiewicz, M. Zabłocka, Varsovie 1996.

Lipowicz I., *Sytuacja prawna człowieka wobec administracji publicznej w poglądach Franciszka Longchamps de Bérier*, „Państwo i Prawo" 2019, nr 5, s. 56–69.

Longchamps F., *Z problemów poznania prawa*, Wrocław 1968.

Longchamps de Bérier F., Common law *a dekodyfikacja i globalizacja prawa* (w:) *Dekodyfikacja prawa prywatnego w europejskiej tradycji prawnej*, red. F. Longchamps de Bérier, Kraków 2019, s. 19–51.

Longchamps de Bérier F., *Odwaga i niezależność w naukowym myśleniu o prawie*, „Państwo i Prawo" 2019, nr 5, s. 37–55.

Longchamps de Bérier F., *Stanisław Wróblewski o znaczeniu wpływu prawa rzymskiego na prawo współczesne* (w:) *Stanisław Wróblewski (1868–1938)*, red. A. Mączyński, Kraków 2012, s. 27–37.

Longchamps de Bérier F., *Zachwyt historią prawa kanonicznego* (w:) W. Uruszczak, Opera historico-iuridica selecta. *Prawo kanoniczne – nauka prawa – prawo wyznaniowe*, Kraków 2017, s. 13–18.

Mączyński A., *O Stanisławie Wróblewskim w 140. rocznicę urodzin i 70. rocznicę śmierci* (w:) *Stanisław Wróblewski (1868–1938)*, red. A. Mączyński, Kraków 2012, s. 9–11.

Mélèze Modrzejewski J., *Droit et justice dans le monde grec et hellénistique*, Varsovie 2011.

Osuchowski W., *Prawo rzymskie na tle prawa antycznego. Rafał Taubenschlag (1881–1958)* (w:) *Studia z dziejów Wydziału*

33 K. Twardowski, *O dostojeństwie uniwersytetu*, Poznań 1933, pkt 11.

Prawa Uniwersytetu Jagiellońskiego, red. M. Patkaniowski, Kraków 1964, s. 298–300.

Pietrzak M., *Demokratyczne, świeckie państwo prawne*, Warszawa 1999.

Prawo wczoraj i dziś. Studia dedykowane Katarzynie Sójce-Zielińskiej, red. G. Bałtruszajtys, Warszawa 2000.

Sondel J., *Stanisław Wróblewski jako romanista (1868–1938)*, „Krakowskie Studia Prawnicze" 1990, nr 22, s. 161–174.

Stein P., *Labeo, Marcus Antistius* (w:) *The Oxford International Encyclopedia of Legal History*, ed. S. Katz, t. 3, Oxford 2009, s. 475–477.

Stein P., *Sabinus, Masurius* (w:) *The Oxford International Encyclopedia of Legal History*, ed. S. Katz, t. 5, Oxford 2009, s. 179–181.

Supernat J., *Założenia nauki administracji Franciszka Longchamps de Bérier i administracja unijna*, „Państwo i Prawo" 2019, nr 5, s. 70–87.

Szewczyk M., *Źródła prawa administracyjnego w ujęciu Franciszka Longchamps de Bérier*, „Państwo i Prawo" 2019, nr 5, s. 88–103.

Tatarkiewicz W., *Historia filozofii*, t. 1, wyd. 11, Warszawa 1988.

Twardowski K., *O dostojeństwie uniwersytetu*, Poznań 1933.

Twining W., *Diffusion and Globalization Discourse*, „Harvard International Law Journal" 2006, vol. 47, nr 2, s. 507–515.

Michał Królikowski

Modele rozumowania dogmatycznego w prawie karnym

Michał Królikowski

Doktor habilitowany nauk prawnych, profesor Uniwersytetu Warszawskiego, adwokat, sędzia Sądu Arbitrażowego przy Prokuratorii Generalnej RP, w latach 2009–2015 członek Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego, w latach 2011–2014 podsekretarz stanu w Ministerstwie Sprawiedliwości, wcześniej dyrektor Biura Analiz Sejmowych.

michal.krolikowski@uw.edu.pl

https://orcid.org/0000-0002-5775-4415

Methods of Criminal Interpretations

There are few methods used by criminal lawyers determining how they approach to criminal provisions and final outcome in the procedural issue of being or not being held responsible for one's conduct. It might be illustrated that the main characteristic is something close to osmolarity of deeds that are close but not directly in the scope of criminal provision. In Poland it is determined by the culture of reasoning founded in the dark times of communism and afterwards simply retranslated to new democratic concepts. The author asks a question how legal dogmatics in criminal law may be the vehicle of individual guarantee to be held not guilty. According to the author this is the beginning to question the system, not the final word.

Słowa kluczowe: prawo karne, proces karny, teoria odpowiedzialności, przypisanie winy

Key words: criminal law, criminal procedure, methods of criminal interpretation, legal guarantees of accused, functions of criminal law

https://doi.org/10.32082/fp.v0i4(60).386

Wprowadzenie

Rekonstrukcja podstaw odpowiedzialności karnej oraz jej aplikacja w praktyce stosowania prawa jest, ujmując tę rzecz możliwie syntetycznie, istotą warsztatu dogmatycznego nad jakim koncentrują się przedstawiciele nauki prawa karnego, a w konsekwencji – do pewnego stopnia – również stosujący to prawo[1]. Dogmatyka karnistyczna to metoda naukowa, dzięki której organy wymiaru sprawiedliwości na podstawie posiadanej wiedzy wywodzą z założeń wyjściowych (dogmatów) podstawy odpowiedzialności karnej za dane zachowanie i stosują je w rozpatrywanych przypadkach[2]. Jest to dyscyplina rekonstrukcyjna, albowiem jej celem jest odtworzenie zakresu kryminalizacji, rozumianej jako zespolenie zakazu i podstaw odpowiedzialności jednostki

1 J. Kochanowski, *O zbędności teorii przyczynowości w prawie karnym*, „Państwo i Prawo" 1967, nr 11, s. 780–790.

2 P. Kardas, *Teoretyczne podstawy odpowiedzialności karnej za przestępcze współdziałanie*, Kraków 2001, s. 58 i n.

za jego naruszenie. Zarazem jest ona dyscypliną krytyczną opartą na metodzie weryfikacji wyniku procesu stanowienia i stosowania prawa. Zakłada wszak konieczność wypracowywania rozwiązań godzących ewentualne niezgodności lub precyzujących brak jednoznaczności w obowiązującej regulacji, weryfikację przepisów ustawowych w świetle konstytucyjnego systemu dóbr chronionych prawem i innych uwarunkowań ustrojowych, a także stosowanie mechanizmów korygujących, takich jak okoliczności legalizujące, rozstrzygnięcia kolizyjne czy wartościowanie słusznościowe.

O ile celem dogmatyki prawa karnego jest określona interpretacja aksjomatyczno-logiczna, o tyle już jej przeprowadzenie zależy od przyjęcia określonego warsztatu i aparatu pojęciowego. W tym właśnie momencie myślowe ścieżki karnistów zaczynają się rozchodzić. Jedni akcentują konieczność pierwszeństwa analityki znamion i akceptują płynące z niej domniemania przestępności analizowanego zachowania. Inni domagają się włączania do interpretacji karnistycznej zagadnień z zakresu teorii i filozofii prawa[3]. W końcu są i tacy, którzy opowiadają się za dominacją ogólnych struktur normatywnych, stanowiących wynik recepcji określonych koncepcji teoretycznoprawnych na grunt dogmatyki prawa karnego[4]. W tym pochodzie klasyczna analiza dogmatyczna przekształca się w coraz bardziej ukierunkowaną teoretycznie analizę podstaw odpowiedzialności karnej aplikowanej do konkretnych przypadków. Oczywiście, odróżnienie i wartościowanie modeli analizy dogmatycznej w prawie karnym jest przede wszystkim wyrazem konwencji, choć do samej tylko konwencji się nie sprowadza.

Moim zamiarem jest opis kierunkowych różnic teoretycznych w metodzie analizy dogmatycznej w nauce prawa karnego, które mają istotny wpływ na to, jaką ma ona funkcjonalność, jaki potencjał dowodowy czy gwarancyjny, czy też jakim celom służy. Za zasadne uważam wyodrębnienie trzech podejść warsztatowych do pracy z materiałem prawnych w obrębie zagadnień związanych z odpowiedzialnością karną jednostki. Nie są one bynajmniej rozłączne, o wyróżnieniu decyduje przede wszystkim ukierunkowanie danej metody dogmatycznej i jej aplikacji do praktyki stosowania prawa karnego. Za pierwszy wiodący kierunek uważam metodę zbliżoną do klasycznej interpretacji karnistycznej, której przedstawiciele uważają za zasadne koncentrowanie się na odrębnej gałęziowo teleologii prawnokarnej oraz lokowaniu podstawowych problemów teoretycznych w obrębie zespołów znamion czynu zabronionego[5]. Drugim kierunkiem jest metoda przewagi znaczenia ogólnych struktur normatywnych w analizie prawnokarnej – wśród jej przedstawicieli dominuje pogląd, że kategoria normy prawnej jest jednym z kluczowych narzędzi analizy karnistycznej[6]. W końcu jako trzeci kierunek wskazać trzeba analizę odwołującą się do zewnętrznych względem prawa karnego kontekstów argumentacyjnych – metodę nakierowaną na osiąganie pożądanego aksjologicznie wyniku argumentacji prawnokarnej w świetle kryteriów materialnych, nie formalno-dogmatycznych[7].

3 A. Zoll, *O normie prawnej z punktu widzenia prawa karnego*, „Krakowskie Studia Prawnicze" 1991, nr 23; W. Wróbel, *Struktura normatywna przepisu prawa karnego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny" 2003, nr 3, s. 102 i n.; tenże, *Konstrukcja kontratypu jako sposób uadekwatniania treści normy sankcjonowanej i sankcjonującej w procesie wykładni prawa karnego* (w:) *W poszukiwaniu dobra wspólnego. Księga jubileuszowa Profesora Macieja Zielińskiego*, red. A. Choduń, S. Czepita, Szczecin 2009.

4 Por. R. Dębski, *Jeszcze o normie prawnokarnej* (w:) *Nauki penalne wobec szybkich przemian socjokulturowych. Księga jubileuszowa Profesora Mariana Filara*, t. 1, Toruń 2012, s. 118 i n.

5 Z. Jędrzejewski, *Bezprawność jako element przestępności czynu*, Warszawa 2009; S. Żółtek, *Znaczenie normatywne ustawowych znamion typu czynu zabronionego. Z zagadnień semantycznej strony zakazu karnego*, Warszawa 2016; L. Gardocki, *Pozaustawowe źródła znaczenia przepisu karnego* (w:) *W kręgu teorii i praktyki prawa karnego. Księga poświęcona pamięci profesora Andrzeja Wąska*, Lublin 2005. Zob. również P. Kardas, *O relacjach między strukturą przestępstwa a dekodowanymi z przepisów prawa karnego strukturami normatywnymi*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych" (dalej „CzPKiNP") 2012, z. 4.

6 J. Majewski, *O schemacie budowy norm prawa karnego w piśmiennictwie karnistycznym* (w:) *Źródła prawa karnego*, red. T. Bojarski, „System Prawa Karnego", t. 2, Warszawa 2011, s. 459.

7 Przykładowo choć autorów wiele różni, to łączy ich poszukiwanie pozajęzykowe wartości rozstrzygających o prawidłowości modelu odpowiedzialności karnej: J. Kochanowski,

W proponowanym porównaniu nie chodzi o kategorialną konkurencję konstrukcji narzędzi analizy materiału prawnego, ale o zestawienie sposobów ukształtowania warsztatu analitycznego, gdzie obrabia się zagadnienia z zakresu odpowiedzialności karnej. Interesuje mnie zatem konkurencyjność funkcjonalno-metodologiczna kierunków dogmatycznych odnoszona do efektywności ścigania w świetle postępowania dowodowego oraz zdolność spełnienia warunków gwarancyjnych względem jednostki przez praktykę stosowania prawa karnego. Jestem przekonany, że dorobek dogmatyczny powinien być poddawany praktycznym testom aplikacyjnym w celu poszukiwania sposobu osiągnięcia wiarygodności wyniku aplikacji zasad odpowiedzialności karnej w konkretnym przypadku. Wiarygodność ta jest w mojej ocenie wiodącym nośnikiem gwarancji praw jednostki w procesie stosowania prawa, siłą rzeczy zorientowanego na efektywność ścigania osób objętych podejrzeniem popełnienia przestępstwa. Staje się dowodem na to, że proces aplikacji zasad odpowiedzialności karnej w indywidualnym przypadku został wyważony między uproszczeniami wywodzonymi z potrzeby ukarania, niekiedy ujmowanej zresztą w bardzo zsubiektywizowany lub upolityczniony sposób, a pożądanymi wymogami materialnoprawnymi i dowodowymi w zakresie wykazania zasadności pociągnięcia do odpowiedzialności karnej sprawcy przestępstwa, tak by osoba niewinna tej odpowiedzialności nie poniosła, a winny poniósł ją w pożądanych, bynajmniej nie arbitralnych ramach. Nie chodzi przy tym wyłącznie o to, że dogmatyka jako taka, tworząc pojęcia i kryteria argumentacyjne, stawia określone granice, umożliwia pewne i obliczalne stosowanie prawa karnego, pozbawione dowolności, ale także o to, że narzędzia i metody dogmatyczne, które ze względu na ich konkurencję teoretyczną mogłyby być stosunkowo dowolnie dobierane, powinny być wartościowane i poddane selekcji ze względu na ich przydatność i potencjał w postępowaniu dowodowym w perspektywie celu procesu karnego, a mianowicie uzyskania sprawiedliwego rozstrzygnięcia w drodze rzetelnego procesu. To zaś nie jest wyłącznie domeną instrumentów i gwarancji procesowych, ale otwartości praktyków na wymogi warsztatowe dogmatyki prawa karnego.

Wiarygodność dogmatyczna to wiodący nośnik gwarancji praw jednostki w procesie stosowania prawa, siłą rzeczy zorientowanego na efektywność ścigania osób podejrzanych o popełnienie przestępstwa.

Metoda klasycznej analizy dogmatycznej

Wzmiankowana jako pierwsza, klasyczna[8] dla polskiej praktyki wymiaru sprawiedliwości metoda

Subiektywne i obiektywne granice odpowiedzialności karnej, Warszawa 1982; K. Szczucki, *Wykładnia prokonstytucyjna prawa karnego*, Warszawa 2015; M. Królikowski, *Okoliczności wyłączające bezprawność jako konstrukcja sprawiedliwości korygującej*, „CzPKiNP" 2010, z. 2, s. 23 i n.

8 Nie potrafię zresztą znaleźć dla niej dostatecznie trafnego określenia. Do pewnego stopnia jest to schemat „warszawskiej" szkoły prawa karnego, opiera się ona bowiem na niezwykle wpływowym – co zdumiewające do dziś – piśmiennictwie Igora Andrejewa, które stworzyło kanony interpretacji znamion zakazu, choć bez wątpienia wywodziło się z radzieckiej nauki prawa karnego oraz zamiaru otwarcia go na potrzeby realizacji doraźnych interesów politycznych. Późniejszy znakomity autor związany z Uniwersytetem Warszawskim, wieloletni I Prezes Sądu Najwyższego, Lech Gardocki był kontynuatorem tej metody, kierując się w mojej ocenie trzema założeniami, a mianowicie samodzielnością zakazu karnego, potrzebą syntetycznego ujmowania zasad odpowiedzialności oraz łatwości w obsłudze materiału nor-

interpretacji karnistycznej mimo ewidentnej proweniencji komunistycznej nie traci na znaczeniu i jest w praktyce – jak mniemam – wiodącą konwencją myślenia o sposobach posługiwania się prawem karnym. Trzeba jej poświęcić relatywnie więcej uwagi względem trzech pozostałych. Wynika to z jej naturalnej atrakcyjności i minimalnej liczby publikacji, które pokazywałyby cechy pracy z materiałem normatywnym w tej metodyce argumentacji. Upraszczając, nawiązuje ona do koncepcji ustawowych znamion przestępstwa. Rozumiemy przez nie cechy zdarzenia, które muszą być udowodnione w postępowaniu karnym, aby można było stwierdzić, że ktoś dopuścił się przestępstwa. Dotyczyć one mogą zachowania się zewnętrznego sprawcy, skutku i okoliczności tego zachowania, samej osoby sprawcy oraz jego stosunku psychicznego do zdarzenia. Powinny być wyrażane, w wymiarze zalecenia dla ustawodawcy, za pomocą kategorii w miarę ścisłych, sprawdzalnych i dających się udowodnić w postępowaniu rozpoznawczym, tworząc w ten sposób zabezpieczenie przed dowolnością w ściganiu i karaniu obywateli. Tak to ustawowe znamiona stanowią zarys typu przestępstwa, który mieści się w dyspozycji przepisu części szczególnej Kodeksu karnego[9] oraz w tych przepisach jego części ogólnej, które dopełniają dyspozycję określeniem strony podmiotowej przestępstwa i samego podmiotu oraz form stadialnych i zjawiskowych danego przestępstwa[10].

W podanym opisie uporządkowanie zagadnień nie jest przypadkowe – kolejność części kodeksowych myślowo jest odwrócona i skoncentrowana na identyfikacji elementów zewnętrznych czynu zabronionego, które przemawiają za wystąpieniem innych cech czynu oraz przestępstwa. O tym pisze się nawet wprost, wskazując, że przy analizie funkcji gwarancyjnej ustawowych znamion odnosimy się tylko do tych cech czynu, które są określone w ustawie, natomiast nie do tych, które ustalane są w drodze wykładni. Co więcej, niektóre właściwości czynu są domniemane – jak w przypadku związku przyczynowego między zachowaniem się sprawcy a skutkiem, czy też szczególnym obowiązkiem działania sprawcy odpowiedzialnego za zaniechanie[11] – zaś zagadnienia związane z przypisywalnością (obiektywną) czynu zabronionego znajdują się na dalszym planie. Umożliwia to zgeneralizowanie powiązań między sprawcą a czynem, które przyjmuje się za wystarczające do uznania danej osoby za sprawcę przestępstwa w konkretnych przypadkach.

Z tej perspektywy, co więcej, widoczne w literaturze polskiej ostatnich lat rozważania dotyczące normy prawnokarnej i jej wpływu na struktury odpowiedzialności uważa się w zasadzie wyłącznie za nowy, w zasadzie pozbawiony wartości sposób opisywania tradycyjnych zagadnień prawnokarnych[12]. Można uzupełnić to jeszcze takim krytycznym spostrzeżeniem, że tego rodzaju prace nie mogą ze względu na swoje skomplikowanie i stosunkowo autonomiczny język być realnie dostępne dla praktyków, zwłaszcza śledczych i orzeczników. Każdy, kto próbował przed sądem rejonowym, gdzie orzeka dwóch sędziów bliskich stanowi spoczynku, wyjaśnić obiektywne przypisanie skutku przy zaniechaniu gwaranta, rozstrzygające o braku odpowiedzialności oskarżonego – a przyznam się, że przynajmniej raz próbowałem – nie może całkiem zapoznać tej konstatacji.

Omawiana metoda koncentruje się następnie wokół wykładni tych przepisów, które wyznaczają zakres kryminalizacji, a więc głównie przepisów części szczególnej Kodeksu karnego. Jako wiodącą metodę przyjmuje się wykładnię językową odwołującą się do znaczenia słów użytych w tekście ustawy, akcentując

matywnego, z przyzwoleniem na aplikację odpowiedzialności karnej bez dodatkowych amortyzatorów wynikających z zaawansowanego aparatu dogmatycznego. Kolejno Zbigniew Jędrzejewski poszerzył obraz teoretyczny bezprawia karnego, a Jarosław Wyrembak rozwinął argumentację dotyczącą interpretacji znamion. Ostatnimi czasy w piśmiennictwie metodę tę opisał na nowo, niezwykle dojrzale badawczo i twórczo, Sławomir Żółtek. Wydaje mi się, że metoda ta ma dla praktyki stosowania prawa karnego naturalną atrakcyjność zwłaszcza w logice procesu gromadzenia dowodów czy postępowania rozpoznawczego, stąd można wywodzić tezę o jej powszechności. Z pewnością kontakt z praktyką pozwala utwierdzić się w tym osądzie.

9 Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (tekst jedn. Dz.U. z 2019 r., poz. 1950, z późn. zm.).

10 Tak I. Andrejew, *Polskie prawo karne w zarysie*, Warszawa 1976, s. 107 i n.; L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2015, s. 52.

11 I. Andrejew, *Polskie prawo*…, s. 108.

12 L. Gardocki, *Prawo karne*…, s. 35.

możliwość osiągnięcia tą drogą największej dostępności treści zakazu dla nieprawników. Odwoływanie się do wykładni sięgającej do celu lub sensu przepisu, czy też jego miejsca w systemie prawa, powinno mieć w myśl zwolenników tej metody miejsce tylko wtedy, gdy wykładnia językowa dopuszcza różne warianty rozumienia przepisu[13]. Dotyczy to zarówno sytuacji, w których cechy zachowania się łatwo stwierdzić w sposób obiektywnie sprawdzalny, jak i tych, kiedy ich aktualizacja wymaga weryfikacji w świecie ocen i wartościowań. Ma to szczególne znaczenie w przypadku rozróżnienia znamion ostrych – w miarę bezpiecznych gwarancyjnie – oraz nieostrych, które nie dają wyraźnego zakresu czynu karalnego, ujmując go w płynny i zamazany sposób. Podobnie dzieje się z miękkimi dyrektywami zaostrzającymi wymiar kary, które w istocie modyfikują typy przestępstw (np. występek chuligański).

W świetle tych priorytetów zagadnienia związane z częścią ogólną w znacznej mierze są powiązane z wykładnią znamion, zwłaszcza wobec ostatnich poważnych publikacji w tym zakresie[14]. Znaczna część orzecznictwa sądów powszechnych, ale i Sądu Najwyższego, pozostaje niezmiennie pod dużym wpływem tego kierunku metodologicznego przede wszystkim ze względu na nabyty przez lata pracy warsztat dogmatyczny i orzeczniczy, a także kształt przepisów procesowych. Nie wydaje się jednak, by wynikało to z szerokiego omówienia i świadomego przyjęcia rozbudowanych założeń metody dogmatycznej, ale raczej z naturalnej jej cechy, aprobowanej w judykaturze, jaką jest dominacja analizy przypadków, nie zaś opisywanie zasad przemyślanego, spójnego systemu zasad odpowiedzialności karnej. O ile bowiem w przypadku omawianej poniżej metodologii struktur normatywnych mamy w analizie konkretnego przypadku modelowo do czynienia z refleksem myślenia systemowego, o tyle metoda analizy dogmatycznej wynika z myślenia topicznego[15], a zatem punktowego i względnego, związanego z funkcjonalnością aplikacji zakazów wyrażonych w części szczególnej Kodeksu karnego, prowadzącej niemal do tego, że strukturę przestępstwa wyznacza konkretny zespół znamion. W sposób naturalny praktyka stosowania prawa skłania do przyjmowania tej metody analizy spotykanych w niej problemów – pozwala na przekonanie, że większość z nich nadaje się do rozwiązania za pośrednictwem w miarę prostych i niesystemowych narzędzi, które jednak w rzeczywistości są elementem ogólniejszej metody dogmatycznej i warsztatu wykładniczego[16], ale jednocześnie nie wymagają argumentowania „przez system" – w tym ogólnym znaczeniu, rozumianym jako demokratyczny porządek prawny, i w tym bardziej szczególnym znaczeniu, jako zespół zasad odpowiedzialności karnej.

Do założeń przyjmowanych przez autorów pozostających w tym kierunku warsztatowym należy przede wszystkim przekonanie, że całość wypowiedzi normatywnej – w części wyznaczającej bezprawność oraz przewidującej karalność danego zachowania posiadającego cechy typu czynu zabronionego – określanej niekiedy jako bezprawność karna, jest wyznaczana w sposób dominujący, a nawet wyłączny przez przepis prawa karnego, ewentualnie to konkretne znamię blankietowe lub operacja wykładnicza „pod" typem[17] może dopiero doprosić bezprawność zewnętrzną względem zakazu lub znieść bezprawność karną jako wynik kazuistycznej racjonalizacji. Bezprawność karna jest zatem wyrazem samodzielnego wartościowania ustawodawcy. Nie można jej sprowadzić względem bezprawia ogólnego do roli swego rodzaju aneksu, w którym przewidziano przypadki

13 L. Gardocki, *Prawo karne*…, s. 33–34.

14 Zob. przykładowo S. Żółtek, *Znaczenie normatywne*…; M. Budyn-Kulik, *Umyślność w prawie karnym i psychologii. Teoria i praktyka sądowa*, Warszawa 2015.

15 J. Stelmach, B. Brożek, *Metody prawnicze. Logika – analiza – argumentacja – hermeneutyka*, Kraków 2004, s. 166 i n.

16 Z. Jędrzejewski przytacza nawet ironiczną wypowiedź B. Schünemanna, który twierdzi, że dążenie do ujęć systemowych, w tym przede wszystkim systematyka przestępstwa, kwalifikowania różnorodnych elementów, także elementów przestępności czynu, w jednoznacznie określone i wzajemnie uporządkowane kategorie wykształconemu laikowi wydaje się często dziwaczne, studentowi niezrozumiałe, a praktykowi po prostu zbędne (Z. Jędrzejewski, *Bezprawność*…, s. 24–25). Zob. także C. Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Bd. I, Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, München 2006, s. 211–214.

17 L. Gardocki, *Pozaustawowe źródła*…

karalności za naruszenie ogólnosystemowych norm sankcjonowanych[18].

Jak zaznaczono, bezprawność wywodzona z systemu jest ujawniana w treści normy sankcjonowanej dekodowanej z treści zakazu karnego zwłaszcza w tych przypadkach, kiedy ustawodawca otwiera dany typ czynu zabronionego przez użycie znamion prawnie ocennych[19]. Bezprawność konstruowana w ten sposób przez uwzględnianie norm spoza typu jest procesem selekcji zachowań w obrębie typu, z których tylko te, które wpierw zostały uznane za bezprawne w świetle innego, niekarnego zespołu norm, są następnie wartościowane w perspektywie bezprawności karnej. Ujmując to od strony opisu znamion negatywnych, „obca bezprawność" stanowi cechę eliminującą część zachowań samoistnie realizujących pozostałe znamiona typu, nie ma też charakteru okoliczności legalizującej, zaś sama owa obca bezprawność musi być jako znamię objęta zamiarem[20].

Jest to spostrzeżenie w równym stopniu teoretyczne, co praktyczne. Przecież właściwie tylko teoretycznie można powiedzieć, że w przypadku każdego aktu stosowania prawa dochodzi do wyznaczenia pełnej normy przez sięganie do wszystkich określających ją źródeł, zarówno ustawowych, jaka i pozaustawowych. Nie jest chyba nawet oczywiste to, że w praktyce dokonywana jest rzeczywista analiza całości zespołu znamion, bo raczej spotykamy tu rozumowe domniemania ich wypełnienia w przypadku ukazania się w zachowaniu sprawcy w procesie dowodowym postępowania przybliżonego do typowego, w zgodzie ze znaczeniem pojęć użytych w ustawie.

Oczywiście jest to metoda o konkretnych założeniach i walorach naukowych. Należy do nich założenie o pożądanej i faktycznej fragmentacji systemu odpowiedzialności karnej – o ile oczywiście istotna część zagadnień pozostaje w obrębie nauki o przestępstwie wyrażonej w konstrukcjach części ogólnej powiązanej z trzema pierwszymi rozdziałami Kodeksu karnego, o tyle niekiedy to z analizy przypadków części szczególnej, niejako na zasadzie indukcyjnej, wywodzone są konstrukcje zaliczane następnie do ogólnych zasad odpowiedzialności. Doskonałym przykładem tego zjawiska jest idea zamiaru quasi-ewentualnego, wywiedzionego w związku z typem czynu zabronionego, względem którego przyjęcie standardowego testu umyślności pozbawiłoby daną decyzję kryminalizacyjną w przyjętym kształcie sensu[21], albo przyzwalanie na redukowanie strony podmiotowej do formy zbliżonej do zamiaru ogólnego. Innym podobnym kierunkiem może być przyjmowanie substytutu sprawstwa pośredniego w przypadku czynów nieumyślnych w związku ze skutkowym ujęciem znamion czasownikowych czynu zabronionego. Dodatkowo wiele problemów proponuje się rozwiązywać w idei rzetelnej wykładni znamion typu, zakładając ich zawężanie, z powołaniem się na charakter dobra prawnego, stopień jego subiektywizacji czy obiektywizacji[22], cel danej kryminalizacji czy też konieczność stałej korekcji racjonalności zakresu danego zakazu karnego. Dobro to nie jest przy tym traktowane najczęściej jako znamię czynu zabronionego w ścisłym tego słowa znaczeniu[23], o ile nie zostało wprost wypowiedziane jako

18 Z. Jędrzejewski, *Bezprawność*…, s. 146; zob. również T. Kaczmarek, *O bezprawności i strukturze przestępstwa*, „Państwo i Prawo" 2010, nr 7, s. 88 i n.

19 W. Wolter, *Klauzule normatywne w przepisach karnych*, „Krakowskie Studia Prawnicze" 1969, nr 2, s. 5 i n.

20 S. Żółtek, *Znaczenie normatywne*…, s. 314–315.

21 Zob. poglądy I. Andrejewa i L. Gardockiego w ich cytowanych powyżej podręcznikach. Pojęcie zamiaru quasi-ewentualnego powstało w celu scharakteryzowania strony podmiotowej czynu, w sytuacji gdy sprawca chce osiągnięcia określonego celu, ale nie ma pewności, że mu się to uda. Koncepcji zarzucano, że odnosi stronę podmiotową do wyizolowanego kontekstu znamienia czasownikowego, że jest po prostu odmianą zamiaru ewentualnego. W istocie jednak klasyczne konstrukcje kodeksowe są zmodyfikowane do tego stopnia, że niepewność co do znamienia statycznego (a zatem brak świadomości realizacji znamion) nie stanowi przeszkody w działaniu w zamiarze bezpośrednim – godzenie dotyczy jednego ze znamion i nie przewartościuje zasadniczo chęci realizacji istoty czynu.

22 Z. Jędrzejewski, *Zgoda dysponenta dobrem a struktura przestępstwa*, „Prokuratura i Prawo" 2008, nr 5, s. 37 i n.; K. Szczucki, *Rola zgody w strukturze przestępstwa na przykładzie przestępstwa zgwałcenia*, „CzPKiNP" 2011, z. 1, s. 31–58.

23 Tak S. Żółtek, *Znaczenie normatywne*…, s. 378; por. W. Wróbel, *Konstrukcja kontratypu*…, s. 372.

znamię ustawowe[24]. Najbliższy właściwej roli dobra prawnego w wykładni zakazów karnych w omawianej metodologii jest w mojej ocenie pogląd wskazujący na to, że dobro prawne urzeczywistnia niezwykle silną dyrektywę interpretacyjną o wymiarze funkcjonalnym, która nakazuje przyjęcie takiego znaczenia dekodowanych znamion, że przy uwzględnieniu ograniczeń gwarancyjnych dojdzie do rekonstrukcji normy optymalnie zabezpieczającej to dobro na drodze zakazu karnego (tzw. dyrektywalna rola dobra prawnego)[25]. Dodać należy również i to, że w konsekwencji reguły postępowania z dobrem nie wyznaczają zakresu bezprawności – ani tej ogólnej, ani tej wyrażonej w teleologii prawa karnego. Ich naruszenie nie prowadzi do aktualizacji normy sankcjonowanej wyrażonej w typie, dopiero bowiem materialne odniesienie się do celu zakazu karnego związanego z funkcją ochronną danego dobra prawnego na tę aktualizację pozwala. Jeszcze inaczej rzecz ujmując, o ile dobro wskazuje płaszczyznę, na jakiej należy dekodować reguły postępowania z dobrem, o tyle nie wymaga ich naruszenia dla stwierdzenia, że dobro doznało uszczerbku.

Kolejna istotna cecha omawianego sposobu rekonstrukcji bezprawności karnej polega na poszukiwaniu jej odrębności gałęziowej. Wskazuje się na to, że bezprawność skutku i niebezpieczeństwa naruszenia dobra jest właściwa dla prawa cywilnego, w obrębie zaś prawa karnego tą metodą można maksymalnie wyznaczyć zręby zakazów wyrażających typy czynów zabronionych z winy nieumyślnej. Tymczasem podstawową nicią, wokół której nanizana jest bezprawność karna, stanowi umyślny zamach na dobro, stąd w obszar bezprawności włączone są zarówno momenty przedmiotowe, jak i podmiotowe, w tym także zamiar. Powoduje to istotne przesunięcie w metodzie rozpoznania znamion typu czynu, gdzie dominuje stwierdzanie wystąpienia obiektywnych znamion szczegółowych typu czynu zabronionego w zachowaniu się sprawcy oraz ich odbicia w jego świadomości najczęściej wywodzone z uprawdopodobnienia dokonywanego przez realizację znamion przedmiotowych.

W omawianej metodzie rezygnuje się często z dodatkowych schematów dowodowych, które miałyby np. zapobiegać wywodzeniu zamiaru ze skutku czy wartościowaniu momentów podmiotowych na różnych etapach weryfikacji podstaw odpowiedzialności karnej danej jednostki. Metodę tę cechuje raczej tendencja do łączenia materii rozkładanych w innych metodach na rożne warstwy systematyki przestępności, zaś modyfikacje dowodowe są dopuszczane ze względu na różnorodność znamion ustawowych typów czynów zabronionych. W tej logice pojawiają się orzecznicze modyfikacje typów czynów zabronionych, które rekonstruują interes publiczny, niekiedy łączony z interesem wymiaru sprawiedliwości, jako wiodącą dyrektywę wykładniczą (zob. np. ekstensywne odczytywanie zakazu prania brudnych pieniędzy lub odpowiedzialność z tytułu art. 233 § 1a k.k.) albo przyjmują uproszczenia w rekonstrukcji zespołu znamion z powodów racjonalizacji zakazu, któremu chce się nadać samodzielną, regulacyjną funkcję (np. identyfikacja oszustwa przez niewyjawienie standingu firmy).

Metoda ta jest również niekiedy nadmiernie zniewolona konstrukcją znamion danego typu, które pozbawiają praktykę stosowania prawa odpowiedniej racjonalności wynikającej z reżimu ścisłej aplikacji ogólnych zasad odpowiedzialności karnej. Dotyczy to zwłaszcza takich zespołów cech ustawowych czynu zabronionego, które włączyły w obszar znamienności typu czynu zabronionego konstrukcje właściwe dla części ogólnej Kodeksu karnego, takiego jak formy zjawiskowe czy stadialne. Tego rodzaju sposoby typizacji spotyka się najczęściej w dowodowo pragmatycznie zaprojektowanej kryminalizacji lub przy implementacji unijnego prawa karnego, w praktyce podyktowane sposobem kontroli zupełności dokonanej implementacji przez Komisję Europejską, którą łatwiej usatysfakcjonować prostym skopiowaniem opisu czynu zawartego w decyzji ramowej lub dyrektywie niż zestawianiem pola kryminalizacji rekonstruowanego zakazu karnego powiązanego z ogólnymi postaciami realizacji znamion przewidzianymi w części ogólnej Kodeksu karnego, takimi jak podżeganie czy pomocnictwo. Zresztą niekiedy zawarte w nich wymogi strony podmiotowej okazują się zbyt wysokie, by w pełni pokryć wymagane przez prawodawcę unijnego pole kryminalizacji.

W przypadkach tego rodzaju typów czynów zabronionych nie ma też możliwości pełnego stosowania systemu zasad odpowiedzialności karnej, jeżeli uznać,

24 L. Gardocki, *Prawo karne*…, s. 94.

25 S. Żółtek, *Znaczenie normatywne*…, s. 381–382.

że ustawodawca, wprowadzając szczegółowe cechy znamienności typu czynu zabronionego, dokonał ich modyfikacji. Niektórzy nie tylko akceptują ten stan rzeczy, ale wręcz aprobują go, wskazując na prawo ustawodawcy do czynienia wyjątków, tj. tylko częściowego opierania się na ogólnych regułach przypisania odpowiedzialności karnej czy wręcz celowego ich pominięcia w konstrukcji typu czynu zabronionego[26]. Z tego także powodu formułowane jest domniemanie ochrony dobra prawnego postrzegane przez pry-

Istotną cechą klasycznej metody analizy przepisów prawa karnego jest wysoka jej zmienność i zdolność do uzyskiwania adekwatności do celów kryminalno-politycznych wyrażonych w kreacji zakazów karnych.

zmat tak, a nie inaczej ukształtowanych zakazów karnych zawartych w części szczególnej i niepoddawanie zakresu kryminalizacji weryfikacji przez rozumowanie ogólnosystemowe, jako że wykazuje ono tendencje do zbyt szerokiej ingerencji karnoprawnej lub zbyt dużej arbitralności[27].

Dalszą istotną cechą wskazanej metody analizy przepisów prawa karnego jest wysoka jej zmienność i zdolność do uzyskiwania adekwatności do celów kryminalno-politycznych wyrażonych w kreacji zakazów karnych. Niemniej nie jest to cecha jednowymiarowa. Z jednej strony metoda ta nakazuje wiązać odpowiedzialność karną z konkretnie występującym jako zdarzenie realne zachowaniem sprawcy starannie rekonstruowanym przez znamiona typu czynu zabronionego i w znamionach tych poszukuje względów gwarancyjnych. Z tego powodu nacisk kładziony jest na zakres kryminalizacji wyprowadzany z wykładni językowo-logicznej i akcentowana jest przewaga znaczenia znamion przedmiotowych w procesie ustalania podstaw odpowiedzialności karnej jednostki. Z drugiej strony metoda ta dopuszcza działania zawężające przesłanki odpowiedzialności karnej wobec zakresu znamion przez modyfikację celu ochronnego dóbr prawnych[28]. Nie proponuje jednak jednolitych kryteriów takiej modyfikacji, poruszając się wokół pojęć „społecznej adekwatności zakazu", zmiennej „społecznej szkodliwości czynu", czy intuicji co do racjonalności polityczno-kryminalnej. Jest to traktowane jako argument za tą metodą, wobec tego, że nie musi ona domykać zespołu ogólnych zasad odpowiedzialności karnej w poszukiwaniu ich spójności przez powoływanie do życia rozwiązań ściśle artefaktycznych, wobec obiektywnej rzeczywistości nieprawdziwych[29]. Pozwala dostatecznie rozróżnić uzasadnienie instytucji prawnych, wobec których nie wymusza ujednolicenia założeń, jak to się dzieje w przypadku dyskusji na temat okoliczności kontratypowych, które w przeciwieństwie do teorii struktur normatywnych nie muszą być – w ocenie zwolenników referowanej

26 S. Żółtek, *Znaczenie normatywne*…, s. 358; Z. Jędrzejewski, *Bezprawność*…, s. 146–147; A. Spotowski, *Karalność w razie braku zagrożenia dobra prawnego*, „Państwo i Prawo" 1988, nr 7, s. 76.

27 S. Żółtek, *Znaczenie normatywne*…, s. 395–396.

28 L. Gardocki, *Prawo karne*…, s. 94; R. Zawłocki (w:) *Kodeks karny. Część ogólna*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2017, uwagi do art. 115.

29 A. Zoll pisze wprost o logicznym *prius* normy sankcjonowanej lub o konieczności stworzenia specjalnej normy sankcjonowanej w sytuacji jej braku – tenże, *O normie prawnej*…

metody – sprowadzane do konfliktu interesów prawnych, a zatem kryteriów przede wszystkich utylitarnych, ale uzyskują uzasadnienie pluralistyczne, które pozwala właściwie oddać sens i skutki danej instytucji prawnej. Dobrym przykładem skutków konkurencji metody struktur normatywnych oraz klasycznej dogmatyki jest rekonstrukcja istoty i znaczenia kolizji obowiązków, które albo zostaną sprowadzone do matrycy stanu wyższej konieczności i w przypadku kolizji obowiązków równej wartości powinny prowadzić do wyłączenia winy, ale nie bezprawności, albo będą wynikały z zasady *impossibilium nulla obligatio est*, a zatem kolizja ta nie może wyrazić się w żadnym razie w cesze bezprawności, albo – co będzie już antycypacją trzeciej metody – przybliży się do sytuacji subiektywnego postrzegania kolizji i niezdolności do właściwego wartościowania, skutkującej błędem co do znamienia lub prawa.

Jak mniemam, przedstawiciele omówionej metody uważają, że podstawowy walor dowodowy w prezentowanym przez nich podejściu do analizy prawnokarnej wynika z modelu dokonywania dokładnej oceny konkretnej sytuacji w odniesieniu do konkretnych typów czynów zabronionych. Różnorodność struktur materiału prawnego jest bowiem na tyle bogata i poddana wartościowaniu związanemu z funkcją zakazów karnych, że uporządkowane wokół niewielkiej liczby kategorii przewodnich zasady odpowiedzialności karnej fałszują obraz właściwej aplikacji zakazu karnego do badanej sytuacji, wymagając stosowania jakichś abstrakcyjnych kategorii rozumowania, najczęściej wiązanych z konsekwencjami wykładni systemowej, zarówno w obrębie prawa karnego, jak i związków prawa karnego z pozostałym materiałem normatywnym.

To, co wydaje się być zaletą, otwiera omawianą metodę na wgląd krytyczny. Redukcja obszaru części ogólnej względem części szczególnej prawa karnego powoduje, że funkcja gwarancyjna systematyki przestępstwa, wbrew częstym deklaracjom[30], schodzi na plan dalszy. Prawdą jest bowiem, że formalno-dogmatyczna metodologia i separacja struktury przestępstwa od teleologii prawa karnego, w tym wyrażanej wizji polityczno-kryminalnej, stanowi jako taka rodzaj obrony przed wpływami ideologicznymi w procesie stosowania prawa karnego. Strukturalnie włączone w system interpretacji karnistycznej rekonstrukcje systemowe wynikające z założeń demokratycznego państwa prawnego gwarancje te zwiększają. Dopiero ingerencja ideologiczna przy założeniach systemowych porządku prawnego, przewartościowanie znaczenia demokratycznego państwa prawa względem funkcji państwa czy dekompozycja wzorców konstytucyjnych i procesu kontroli konstytucyjności stanowienia i stosowania prawa uczynić mogą z klasycznej metody dogmatycznej w prawie karnym narzędzie o relatywnie wyższym stopniu gwarancyjności niż metody akcentujące konieczność odniesień systemowych lub dostrzegające w ogólnych zasadach przypisania sprawstwa mechanizmy ograniczające ekspansję zakazu karnego poza jego właściwą funkcję. W pozostałych przypadkach strukturze przestępstwa i systemowi zasad odpowiedzialności karnej należy w ramach omawianej metody przypisać w zasadzie funkcję gwarancyjną, ale na zasadzie negatywnej, tj. przeszkody przed możliwymi przerostami potrzeby ukarania, wyrażającej się nie tylko w interpretacji rozszerzającej znamion typu czynu zabronionego, ale także w postaci form rozszerzonej odpowiedzialności karnej.

Metoda systemowych struktur normatywnych w prawie karnym

Ten rodzaj metody polega na dominacji warsztatu odwołującego się do ogólnych struktur określających podstawy odpowiedzialności karnej w analizie materiału prawnego[31]. Co więcej, w procesie rekonstrukcji i wyjaśnianiu zakresu aplikacji prawa karnego dominuje tu rozróżnianie między pojęciami przepisu i normy prawnokarnej – z założeniem, że to w wyodrębnieniu kategorii normatywnych wyrastających z wyprowadzania z warstwy tekstowej wypowiedzi powinnościowych należy szukać narzędzi do zgodnego

30 Z. Jędrzejewski, *Bezprawność…*, s. 83

31 Szeroko na ten temat: P. Kardas, *O relacjach…*; por. J. Giezek, *Metoda prawa karnego. O budowaniu „karnistycznych" teorii naukowych oraz ich wpływie na odpowiedzialność karną*, „Wrocławskie Studia Erazmiańskie" 2014, t. 8, s. 29–55; tenże, *O możliwości naukowego uzasadnienia zmiany modelu odpowiedzialności karnej*, „Państwo i Prawo" 2017, nr 2, s. 3–19.

z celem prawa karnego stosowania regulacji z tego zakresu[32]. Warto jest wskazać na kilka wiodących cech tego podejścia warsztatowego w pracy dogmatycznej w obszarze prawa karnego.

Po pierwsze, jest to postępowanie opierające się przede wszystkim na metodzie rozumowania systemowego. Celem teoretycznego wysiłku dogmatycznego przedstawicieli tego kierunku jest bowiem zbudowanie spójnego systemu normatywnego tworzącego fundamenty zasad odpowiedzialności karnej w ogóle i w konkretnym przypadku[33]. Model ten, wobec mnogości problemów związanych ze stosowaniem różnorodnie ukształtowanych znamion typów czynów zabronionych, jak i logicznych konsekwencji przyjętych założeń, nie może wytrzymać wszystkich weryfikacji związanych z krytycznymi, pogranicznymi dla wiodących zasad systemu instytucjami, takimi jak usiłowanie nieudolne, urojenie znamienia kontratypu czy im podobne. Dla uzyskania spójności wymaga się zatem przyjęcia na poziomie systematyki ogólnej rozwiązań szczególnych, „zamykających" nieszczelności przy scalaniu składowych systemu zasad odpowiedzialności karnej, albo rozwiązywania problemów zasad odpowiedzialności karnej przy akceptacji punktowego złamania części założeń systemowych, jak ma to miejsce w przypadku wtórnego błędu co do prawa czy podwójnej funkcji zamiaru. Kierunek ten prawidłowo reasumuje przekonanie, że to kompleksowa teoria dekodowanych z przepisów prawa karnego norm stanowić powinna podstawę badań nad prawem karnym, samo zaś opracowanie problematyki dających się odczytać z przepisów prawa karnego norm może stanowić podstawę prac nad stworzeniem systemy dogmatycznego nauki o przestępstwie. Co istotne, wyraża się przekonanie, że w problematyce normy należy szukać nie tylko podstaw rozwiązania kwestii teoretycznoprawnych, ale probierza właściwego stosowania prawa karnego[34].

Po drugie, wskazana metoda cechuje się konsekwentnie przewagą rozważań nad zagadnieniami zaliczanymi do tzw. części ogólnej prawa karnego. Obejmuje to zarówno teorię zasad odpowiedzialności karnej, jak i jej ekspansywność względem części szczególnej Kodeksu karnego, polegającą na wyprowadzaniu przed nawias, w którym mieszczą się zespoły zakazów karnych, cech wspólnych. Niekiedy przyjmują one nawet postać znamion ogólnych czynu zabronionego, jak dzieje się to w przypadku niesprawczych postaci popełnienia czynu zabronionego. Kiedy indziej rodzą dla prawa karnego pewne nietypowości w obrębie danych instytucji ogólnych, jak ma to miejsce w przypadku tezy o tzw. względnej subsydiarności obrony koniecznej.

Po trzecie, w zdecydowanej większości przedstawiciele tego kierunku myślenia o prawie karnym proponują rozwiązywanie konkretnych przypadków związanych ze stosowaniem przepisów części szczególnej Kodeksu karnego przez właściwe stosowanie instytucji zaliczanych do części ogólnej. Do takich zagadnień o szczególnie kontrowersyjnym i wiążącym rozwiązania z zakresu dogmatyki znamion można zaliczyć m.in. problematykę wyznaczania tożsamości czynu[35], wyłączania wielości ocen w prawie karnym[36] czy niesprawczych postaci współdziałania w czynie zabronionym. Dzieje się tak mimo świadomości tego, że przez lata polska dogmatyka prawa karnego w zakresie analiz dotyczących zasad odpowiedzialności karnej radziła sobie w pełni bez odwoływania się do struktury i treści dekodowanych z przepisów prawa karnego norm, poszukując satysfakcjonującego rozwiązania problemów na drodze rozumowania formalno-logicznego.

Wskazana metoda opiera się na założeniu, że bezprawność oraz wina w rozumieniu zarzucalności

32 R. Dębski, *Jeszcze o normie*…, s. 117; zob. również W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2010, s. 108–109; M. Małecki, *Między bezprawnością, karalnością i winą (na marginesie artykułu prof. Zbigniewa Jędrzejewskiego)*, „CzPKiNP" 2017, z. 3, s. 76–94.

33 J. Majewski, *Czy idea tak zwanej wtórnej legalności się broni*, „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego", t. XLIII, *Księga jubileuszowa Profesora Tomasza Kaczmarka*, red. J. Giezek, D. Gruszecka, T. Kalisz, Wrocław 2017, s. 401–420.

34 A. Zoll, *O normie prawnej*…, s. 73; P. Kardas, *O relacjach*…, s. 10. Por. również Ł. Pohl, *Prawo karne. Wykład części ogólnej*, wyd. 1, Warszawa 2010, s. 73.

35 J. Majewski, *„Ten sam czyn" jako jedna z przesłanek kumulatywnej kwalifikacji* (w:) *Zbieg przepisów oraz zbieg przestępstw w polskim prawie karnym*, red. tegoż, Toruń 2006, s. 39 i n.

36 M. Tarnawski, *Zagadnienia jedności i wielości przestępstw*, Poznań 1977; P. Kardas, *Zbieg przepisów ustawy w prawie karnym*, Warszawa 2011.

danego postępowania nie poddają się szczególnemu wartościowaniu karnemu. Zatem to nie zakaz karny wyznaczy normę sankcjonowaną, czy innymi słowy – powinność określonego postępowania, i nie on rozstrzygnie o wadliwości wyboru danej drogi postępowania, w szczególności o tym, czy można było wymagać dania posłuchu tej normie i czy dokonany przez sprawcę wybór był naganny. Metoda ta narzuca także określony porządek rozumowania, w którym po badaniu naruszenia zakazu określonego postępowania, wyrażonego w innej niż sama prawnokarna gałąź prawa, następuje ocena realizacji przez sprawcę istoty czynu zabronionego, w szczególności ustawowych znamion strony przedmiotowej i podmiotowej, a następnie etap wartościowania związany z celem odpowiedzialności karnej, czyli badanie stopnia ciężaru czynu i zasadności stosowania w danym wypadku sankcji karnej. W procesie ustalania powinności danego zachowania związanego z normą sankcjonowaną, uwarunkowaną nie tylko samymi wypowiedziami ustawowymi, ale i racjonalnością obrotu prawnego, a zatem ryzykiem obrotu, zasadami ostrożnego postępowania z dobrami prawnymi, zakresem pożądanej odpowiedzialności za wywołane następstwa, występuje zespół domniemań materialnoprawnych, wyrażających się w przyjęciu zdolności jednostki do zawinienia. Z tego też powodu powrót do tego – niepoddanego wartościowaniu związanemu z celem funkcjonowania prawa karnego – zespołu argumentacji następuje na etapie ostatniej warstwy przestępności, a mianowicie badania, czy nie wystąpiły okoliczności subiektywne „obalające" to domniemanie. Zresztą ze względu na nieprocesowy charakter tego domniemania lepiej być może byłoby mówić o korekcji wyjściowych podstaw odpowiedzialności w danym przypadku niż o regule obalania domniemania.

W polskim piśmiennictwie ostatnich lat rozwinięto wpływową normatywną analizę prawa karnego i podstaw odpowiedzialności karnej. Jako programowe należy uznać stanowisko, że „dopiero prawidłowe, konsekwentne rozwinięcie tej problematyki (tj. zainteresowania problematyką normy prawnej w nauce prawa karnego) stanowić może podstawę prac nad stworzeniem systemu dogmatycznego nauki o przestępstwie. W problematyce normy szukać należy też podstaw rozwiązań całego szeregu zupełnie podstawowych zagadnień prawa karnego, mających nie tylko znaczenie teoretyczne, lecz decydujących o właściwym stosowaniu prawa"[37].

Również obowiązujący Kodeks karny niejako siłą rzeczy przejął wypracowane w ten sposób poglądy na temat fundamentów odpowiedzialności karnej, zasad jej określania, jej granic, w końcu – podstawowych figur prawnokarnych, takich jak bezprawność, karygodność, pojmowanie kontratypów, winy itp. Przejęła je w niektórych dziedzinach judykatura, co widać w szczególności w rozwijającej się linii orzeczniczej w zakresie tzw. obiektywnego przypisania skutku.

W ocenie autorów tego kierunku prawo karne w zasadzie nie odpowiada na pytanie o bezprawność jakiegoś zachowania – czynią to inne dyscypliny prawne. Zakazy prawa karnego, dopóki nie zostaną uzgodnione z całością systemu prawnego, nie rozstrzygają samodzielnie o ocenie braku legalności. Chodzi tu głównie o wymiar kryminalno-polityczny, choć trudno zaprzeczyć, że musi to także znaleźć odzwierciedlenie w konstrukcji normatywnej. Dzieje się tak przede wszystkim dlatego, że prawo karne nie pełni roli organizującej porządek prawny, a w każdym razie funkcja ta nie jest dla prawa karnego konstytutywna. Prawo karne pełni funkcję zabezpieczającą porządek prawny organizowany regułami względem niego pierwotnymi, dlatego rekonstruowanie z przepisu karnego normy sankcjonowanej jest dla prawa karnego czymś ubocznym. Owa służebna funkcja decyduje o subsydiarności prawa karnego.

Prawo karne ustala, jakie normy podlegają ochronie prawnokarnej, tj. jakie zachowania sprzeczne z normą sankcjonowaną są karalne. W tym celu określa przesłanki karalności, opisując warunki, w których dochodzi do aktualizacji obowiązku wymierzenia sankcji. Ostatecznie funkcją przepisu karnego jest określenie

37 Do prac wyjściowych zaliczano: A. Zoll, *O normie prawnej…*, s. 69–70; W. Wróbel, *Znamiona normy sankcjonowanej i sankcjonującej w przepisie prawa karnego*, Kraków 1992, rozprawa doktorska niepubl.; tenże, *Struktura normatywna…*; tenże, *Relacyjne i wartościujące ujęcie bezprawności w prawie karnym*, „Przegląd Prawa Karnego" 1993, nr 8 (koncepcja bezprawności nieco odmienna wobec poglądów A. Zolla); J. Majewski, *Prawnokarne przypisanie skutku przy zaniechaniu*, Kraków 1997.

czynu karalnego, jego typizacja, która pozwala na odgraniczenie go od czynów niekaralnych (niezależnie od tego, czy są one bezprawne, legalne czy też w ogóle niepodlegające kwalifikacji prawnokarnej) lub od innych czynów karalnych. Przepis prawa karnego określa ostatecznie karę, jaka ma być orzeczona w przypadku naruszenia normy sankcjonowanej.

W konsekwencji w obrębie systematyki przestępności następuje podział znamion przestępstwa na znamiona określoności czynu, których realizacja powoduje naruszenie normy sankcjonowanej i w konsekwencji bezprawność zachowania, oraz znamiona karalności (czyli znamiona typu przestępstwa), których wypełnienie skutkuje aktualizacją obowiązku do ukarania sprawcy czynu. Te pierwsze mogą być wypowiedziane w ustawie (znamiona ustawowe), ale nie muszą, a mimo to wpływają na ocenę bezprawności. Do tego rodzaju znamion należy m.in. naruszenie dobra prawem chronionego lub stworzenie takiego niebezpieczeństwa, czy naruszenie reguł postępowania z dobrem (reguł ostrożności) – a więc zasadniczo znamiona przedmiotowe. Znamiona podmiotowe, umyślność lub nieumyślność, zaliczają się do znamion karalności.

Tam, gdzie rozróżnienie płaszczyzny bezprawności od poziomu karalności jest trudne, wprowadza się zasadę, że karalność może opierać się na „nowej" szczególnej normie sankcjonowanej – wprowadzanej również przez regulację prawnokarną. Zabieg ten stanowi krytyczny punkt całej teorii. Ma to miejsce m.in. w przypadku podżegania lub pomocnictwa do określonego typu przestępstwa indywidualnego właściwego (tj. kiedy podmiot nie jest zdolny do naruszenia podstawowej normy sankcjonowanej – zob. art. 21 § 2 k.k.). Nawet jeśli uznamy, że w tym wypadku zakaz ma charakter złożony, sięgający bowiem do przepisu części szczególnej, to powołanie do życia nowej normy sankcjonowanej następuje na potrzeby karalności niejako niezależnie od wcześniej promowanej struktury zasad odpowiedzialności. Zasadne są tutaj wątpliwości o charakterze metodologicznym.

Analizując pojęcie normy sankcjonowanej, a więc tej, która rozstrzyga o bezprawności czynu, wskazać należy na dwa aspekty takiej normy: aksjologiczny oraz teleologiczny. Pierwszy oznacza dokonywanie wartościowania zachowania objętego normą sankcjonowaną, przy czym wartościowanie negatywne staje się podstawą do zakazu i ucieleśnia imperatyw określonego postępowania, który formułuje norma sankcjonowana. Jednakże sama bezprawność nie wynika jedynie z formalnej sprzeczności zachowania z treścią normy sankcjonowanej, lecz jest wynikiem samego wartościowania. Kryterium wartościowania ujemnego, które stanowi podstawę stanowienia zakazu i oceny stopnia bezprawności, jest zagrożenie lub naruszanie dobra prawnego w sposób niezgodny z wypracowanymi przez wiedzę i doświadczenie regułami postępowania. Konieczne jest więc uwzględnienie społecznej tolerancji dla pewnych zachowań zagrażających dobrom społecznym. Narażenie tych dóbr jest konieczne, a więc ujemnie oceniać można jedynie zbytnie narażenie, przekraczające właśnie społeczne potrzeby codzienności. Nie ma zatem wątpliwości, że pojęcie bezprawności zostaje poddane wartościowaniu ze względu na stopień dopuszczalnego niebezpieczeństwa dla dóbr chronionych przez prawo (koncentruje się na rezultacie zachowania człowieka), jak również ze względu na sposób postępowania człowieka, odpowiadający pewnym standardom postępowania z dobrem (skupia się na samym zachowaniu człowieka). W razie gdy zachowanie nie przekracza dopuszczalnego rozmiaru niebezpieczeństwa lub spełnia standardy postępowania z dobrem – jest ono dla prawa karnego pierwotnie nieistotne.

Do tego ujęcia bezprawności nawiązuje koncepcja oparcia wszystkich kontratypów na swego rodzaju stanie wyższej konieczności – na poziomie wartościowania zachowania człowieka w zakresie normy sankcjonującej, w tym również kontratypów pozaustawowych. Kontratyp narusza normę sankcjonowaną przez atak na dobro chronione tą normą lub naruszenie przyjętych reguł postępowania z tym dobrem, jednak okoliczności, w jakich czyn został popełniony, usprawiedliwiają naruszenie reguł postępowania i zaatakowanie dobra, w związku z czym następuje tzw. wtórna legalizacja czynu. Usprawiedliwienie to wynika z kolizji dóbr chronionych prawnie, powodującej konieczność poświęcenia jednego z dóbr, oraz ze społecznej opłacalności, akceptowanej w danym systemie aksjologicznym, poświęcenia tego, a nie innego dobra spośród innych dóbr pozostających w kolizji. Konkludując, bezprawność wynikająca z naruszenia normy sankcjonowanej, przy braku kontratypów, jest

warunkiem karalności. O ile okoliczność wyłączająca bezprawność może być dla prawa karnego nieistotna, o tyle kontratyp funkcjonuje w ramach prawa karnego i zawsze jest dla niego – dla karalności popełnionego czynu – istotny. Wyłącza on bezprawność zaszłego czynu, ale wyłączenie to następuje *de facto* w warstwie ustalania warunków karalności. Bez kontratypu czyn byłby zarówno bezprawny, jak i karalny[38].

Implikacje tego wyobrażenia o roli normy wartościującej ze względu na elementy przedmiotowe postępowania człowieka i określającej bezprawność, sprzężonej z normą prawnokarną wprowadzającą karalność bezprawnego zachowania, są widoczne w licznych instytucjach i figurach prawnokarnych. Wiele z nich przejmuje orzecznictwo, prowadząc niejednokrotnie do znaczącego przeobrażenia instytucji prawnokarnych[39].

Ostatnim kluczowym zagadnieniem związanym z analizowaną tu koncepcją struktury przestępstwa jest pytanie, jaką funkcję ma pełnić zasada winy, tj. czy może ona samodzielnie decydować o ewentualnym wyłączeniu odpowiedzialności karnej z powodu niemożności uczynienia sprawcy zarzutu z popełnienia czynu bezprawnego, karalnego i karygodnego. Ponownie trzeba odwołać się do przyjętej koncepcji normy, w tym do rozróżnienia jej aspektu aksjologicznego – które odgrywa podstawowe znaczenie przy ocenie bezprawności i karygodności – oraz teleologicznego, korygującego zachowania jednostek, którego znaczenie najbardziej jest widoczne przy określaniu karalności oraz zawinienia jako elementu w strukturze przestępstwa. Przyjmuje się, że nie można wymagać od człowieka podporządkowywania się normie, jeśli z powodów wystąpienia szczególnych okoliczności nie jest on w stanie dać posłuchu nakazowi lub zakazowi zawartemu w tej normie. Dlatego też mimo ustawowego zakreślenia granic wymagalności dania posłuchu normie prawnej, jak to ma miejsce przy wprowadzeniu minimalnego wieku dla przypisania winy oraz wyznaczenia granic stanu wyższej konieczności – możliwość dania autorytetu danej normie musi być ustalana w konkretnych wypadkach od tego niezależnie, na podstawie art. 1 § 3 k.k.

Wydaje się, że autorzy pozostający pod wpływem tego kierunku wskazują, iż między modelem wyprowadzania reguł z indywidualnych spraw a modelem podporządkowywania oceny faktów stworzonym uprzednio regułom ogólnych warunków odpowiedzialności karnej przewaga tego drugiego wiąże się z wypełnianiem funkcji gwarancyjnej. Uważają, że dopiero wówczas te zasady trzymają w ryzach dowolność wykładni znamion, a nawet przeciwdziałają spłaszczaniu procesu badania podstaw odpowiedzialności karnej do rozumowania wyłącznie w obrębie znamion. Niekiedy to nie zapalczywości teoretycz-

38 Zob. szerzej A. Zoll, *Kontratypy a okoliczności wyłączające bezprawność czynu* (w:) *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu. Materiały IV Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego*, red. J. Majewski, Toruń 2008, s. 13. Krytycznie na ten temat Z. Jędrzejewski (w:) *Nauka o przestępstwie, wyłączenie i ograniczenie odpowiedzialności karnej*, red. L.K. Paprzycki, „System Prawa Karnego", t. 4, Warszawa 2013, rozdz. 1, § 1.

39 Przykładem takiego postępowania judykatury jest postanowienie SN z dnia 3 stycznia 2002 r. (IV KKN 635/97, OSNKW 2002, z. 56, poz. 39) z glosą krytyczną J. Giezka (tenże, *Kwestia przekroczenia obrony koniecznej. Glosa do postanowienia SN z dnia 3 stycznia 2002 r., IV KKN 635/97*, „Państwo i Prawo" 2002, nr 11, s. 106–110), akcentujące zasadę względnej subsydiarności kontratypu obrony koniecznej. W orzeczeniu uznano, że „sedno oceny popełnionego w obronie koniecznej czynu nie sprowadza się do prostej subsumcji podjętego w obronie działania pod konkretne przepisy ustawy karnej, lecz tkwi w rozważeniu rodzaju, rozmiaru, wartości dóbr, jakie, za pomocą obranego środka i sposobu obrony, zostały tym działaniem świadomie naruszone; to bowiem pozwala na dokonanie dalszych rozważań w aspekcie oceny, czy między dobrami konfliktowymi, tj. zaatakowanym a naruszonym w wyniku obrony, zachodziła taka dysproporcja, która przesądza o przekroczeniu granic zastosowanej obrony w stosunku do niebezpieczeństwa odpieranego zamachu (...). Dopiero stwierdzenie, iż do dysproporcji [między tymi dobrami – dop. M.K.] doszło, pociąga za sobą ocenę co do bezprawności popełnionego w obronie czynu, a dalej konieczność jego zakwalifikowania z odpowiednich przepisów ustawy karnej. Jakkolwiek więc popełniony w obronie koniecznej czyn musi – co oczywiste – realizować znamiona typu czynu zabronionego, to jego analiza przebiega na innej nieco płaszczyźnie, zasadniczo bowiem koncentruje się na ocenie dobra, jakie tym czynem zostało naruszone".

nej, lecz przekonaniu o konieczności wymuszenia na praktyce określonego etapu rozumowania, pomijanego w procesie badania znamion, należy w mojej ocenie przypisywać dekretowanie na poziomie ustawowym określonych rozwiązań, jak ma to miejsce w przypadku rozbicia strony podmiotowej i winy. Wartościując zatem tę metodę ze względu na wpływ na postępowanie dowodowe w obrębie procesu karnego, należy więc wskazać, że jest ona relatywnie złożona, wymaga weryfikowania w rozstrzyganiu niemal każdego przypadku – przynajmniej niektórych warstw struktury przestępstwa – dla oceny wypełnienia znamion czynu zabronionego i w założeniu zmusza do większej drobiazgowości w realnym ustalaniu obiektywnych podstaw ogólnych do odpowiedzialności karnej danej jednostki.

Krytyka przedstawionej metody nawiązuje jednak do tych samych wartości, które w ocenie propagatorów powinny skłaniać ku niej praktykę wymiaru sprawiedliwości. W nieuzasadnionym rozbudowywaniu zakresu części ogólnej w stosunku do części szczególnej dopatruje się procesu „dekonkretyzacji" i w konsekwencji często zmiany granic odpowiedzialności karnej. Nie sposób pominąć tego, że niemal każda kontrowersja dotycząca ogólnych zagadnień związanych z dekodowanymi z przepisów prawa karnego strukturami normatywnymi odbija się na propozycjach metodologicznych rozwiązywania szczegółowych problemów prawnokarnych, tak jak w przypadku okoliczności kontratypowych, redukcji wielości ocen, tożsamości czynu, ujęciu podstaw przestępnego współdziałania i wielu innych[40]. Z tego też wynika sceptyczna wypowiedź Ryszarda Dębskiego, który podnosi, że omawiany sposób prowadzenia badań nad prawem karnym „zamiast ułatwienia badań podstawowych konstrukcji nauki o przestępstwie może prowadzić do narastania kolejnych sporów i wątpliwości oraz generowania polemik"[41], choć sądzę, że jest to krytyka w tak jednoznacznym ujęciu całkiem niesprawiedliwa.

Między modelem wyprowadzania reguł z indywidualnych spraw a modelem podporządkowywania oceny faktów stworzonym uprzednio regułom ogólnych warunków odpowiedzialności karnej przewaga tego drugiego wiąże się z wypełnianiem funkcji gwarancyjnej.

Zarzuca się także, że przy wyjmowaniu przed nawias poszczególnych typów części ogólnej, poddanej autonomicznej i prosystemowej analizie dogmatycznej, dochodzi często do odrywania odpowiedzialności karnej od rzeczywistości empirycznej i społecznej, ale także do zerwania z normatywnym punktem odniesienia, jakim są szczegółowe zespoły znamion ustawowych. W konsekwencji przesunięcia w obrębie danej kategorii części ogólnej mogą prowadzić do zmian zakresów zakazów, w tym do arbitralnego rozszerzenia lub redukcji odpowiedzialności karnej, a systematyce przestępstwa mogą odebrać funkcję gwarancyjną[42].

40 Przykładowo zob. M. Bielski, *Koncepcja kontratypów jako okoliczności wyłączających karalność*, „CzPKiNP" 2010, z. 2, s. 25 i n.; W. Wróbel, *Konstrukcja kontratypu*…, s. 369.

41 R. Dębski, *Jeszcze o normie*, s. 116–117; zob. również okoliczności przywołania tej wypowiedzi w sposobie omówienia normy sankcjonującej i sankcjonowanej w prawie karnym przez L. Gardockiego (*Prawo karne*…, s. 34–35).

42 Z. Jędrzejewski, *Bezprawność*…, s. 82–83.

Metoda kontekstowych modeli argumentacyjnych

W tym przypadku trudno mówić o utrwalonej teorii dogmatyki prawa karnego. Mamy do czynienia bowiem z podejściem wielonurtowym i poszukującym przede wszystkim adekwatności materialnej wypracowywanych rozwiązań, w niej dostrzegającym podstawę do wykazywania wiarygodności rozwiązań, nie zaś w samej metodzie formalno-dogmatycznej. Tak konstruowany warsztat pracy z materiałem prawnym obejmuje zarówno mieszaną metodę dogmatyczną odwołującą się do narzędzi wypracowanych w powyżej zreferowanych podejściach dogmatycznych, jak też test merytorycznej zasadności względem natury relacji odpowiedzialności karnej w ogóle i w danych wypadkach. Jest to zatem podejście pragmatyczne – w takim rozumieniu, że nie przyznaje ono priorytetu spójności systemowej i klarowności, czy też zgodności z precyzyjnie opisaną siatką pojęciową, ale za wiodące uznaje użycie wszystkich relewantnych, dostępnych w dorobku naukowym i orzeczniczym narzędzi dla uzyskania adekwatnej reakcji karnej w konkretnym stanie faktycznym. Jednocześnie w koncepcji tej nie lekceważy się zagadnienia materialnej dostępności norm prawnokarnych dla uczestników życia społecznego, koniecznej dla zapewnienia właściwej dla zasady demokratycznego państwa prawa realności założenia znajomości reguł odpowiedzialności karnej i zakazów karnych, jak i społecznej akceptowalności funkcjonowania systemu wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych[43].

W świetle powyższego łatwo zauważyć, że zwolennicy niniejszego podejścia dystansują się wobec istoty sporu co do konstrukcji bezprawności czy samej systematyki przestępności i przyjmują w zakresie możliwym do pogodzenia zarówno założenie o konieczności zachowania spójności rozstrzygnięć prawnokarnych z ogólnymi wypowiedziami dotyczącymi założeń ustroju i podstawowych wartości poddanych ochronie, która to ochrona powinna być w każdym z układów normatywnych i faktycznych maksymalizowana, jak i elastyczność konstrukcji zakazów karnych, by posiadały one zdolność do odpowiadania na potrzebę harmonizacji ogólnego kontekstu aksjologicznego wypowiedzianego w konstytucyjnym ujęciu systematyki dóbr chronionych. W tej metodzie odnajdziemy zarówno argumenty za subsydiarnością prawa karnego, jak i pozytywnie ujmowaną koniecznością istnienia prawa karnego, w zależności od rodzaju dobra i potrzeby jego ochrony. Tak dokonana charakterystyka mogłaby stanowić dodatkowe wytłumaczenie dla klasycznej metody dogmatycznej. Jednakże należy dołączyć do niej i drugi wymiar, tym razem przemawiający za wartością systemowych struktur normatywnych w warsztacie dogmatycznym prawa karnego. Omawiane podejście bardzo mocno akcentuje wyodrębnienie normy sankcjonowanej wyprowadzanej oczywiście w kontekście typu czynu zabronionego, a dokładniej z treści dóbr chronionych i zasad postępowania z nimi, ale nie redukowanej do treści zakazu karnego, i normy sankcjonowanej, w której zostaną ulokowane ścisłe znamiona typu czynu zabronionego. Rozróżnienie to ma znaczenie warsztatowo-interpretacyjne, nie zaś systemowo-dogmatyczne. Przyjmuje się, że tylko takie rozróżnienie pozwoli na równoczesne użycie dwóch modeli interpretacyjnych – wykładni systemowej, kontekstowej, umożliwiającej odczytywanie prawa karnego w systemie rozstrzygnięć wzorców konstytucyjnych, w szczególności definiujących system i hierarchię dóbr prawnych poddanych procedurze ochronnej w systemie prawa, a także wykładni ścisłej, głównie językowo-logicznej, ograniczających ekspansję znaczeniową znamion typu czynu zabronionego niezwiązaną z wykładnią w zgodzie z konstytucją. Dotyczy to przede wszystkim sposobu, w jaki system wartości konstytucyjnych, poddanych porządkowi wyznaczonemu przez zasadę godności i dobra wspólnego, wpływa na system dóbr chronionych prawem karnych oraz sposób obchodzenia się z tymi dobrami w obrocie prawnym. Nie pozostaje zatem bez wpływu również na sposób rekonstrukcji zasad odpowiedzialności karnej, zarówno co do kształtu przypisywalności sprawstwa, jak i jego zakresu. Nie dlatego, że rozwiązania konstytucyjne wymuszają określone konstrukcje, takie jak obiektywne przypisanie skutku czy skutkowość podżegania, ale z tego powodu, że kształt tych rozwiązań w lepszym niż inne stopniu oddaje konstytucyjne zapatrywania na sens odpowiedzialności karnej. Omówione podejście pozwala również na zaakceptowanie takiego rozwią-

43 K. Szczucki, *Wykładnia prokonstytucyjna*…, s. 59–60.

zania, że korekta wyniku stosowania podstawowych kategorii odpowiedzialności karnej może przyjść niejako z zewnątrz systemu dogmatycznego, co wymaga, by konsekwentnie dogmatykę prawnokarną uczynić otwartą na elementy spoza systemu formalno-logicznego rozumowania.

Pierwszym wiodącym założeniem kontekstowej teorii dogmatyki prawa karnego jest przykładanie szczególnej wagi do relacyjnego charakteru odpowiedzialności karnej. W tej oto myśli zakotwicza się podstawowe założenie, jakim jest poszukiwanie takiego sposobu ukształtowania zasad odpowiedzialności karnej – w ogóle i w danym przypadku – który pozwoli na rzeczywiste zdanie rachunku ze swego postępowania względem innych podmiotów, a mianowicie wspólnoty społecznej i pokrzywdzonego. Komunikacja między członkami wspólnoty normatywnej, jaką jest społeczeństwo ujęte w ramy porządku prawnego, następuje za pomocą rozstrzygnięć optymalizujących ochronę dóbr prawnych uczestniczących w obrocie. Innymi słowy mówiąc, podejście to zakłada, że odpowiedzialność karna będzie zrozumiała według ogólnosystemowych kryteriów porządku konstytucyjnego – nie chodzi tu wyłącznie o spełnianie zasad odpowiedzialności karnej, takiej jak *nullum crimen sine lege*, ale wiarygodność w świetle rozstrzygnięć konstytucyjnych odpowiedzialności karnej jednostki, zwłaszcza w danym przypadku.

Należy wziąć pod uwagę, że prawo karne jest częścią szerszego systemu prawnego, niezależnie od tego, czy wypowiemy to teoretycznie przez konstrukcję ogólnej bezprawności, czy bezprawności karnej redukowanej komponentem „obcej bezprawności". Inaczej dochodzi do otwarcia prawa karnego na arbitralność ustawodawcy co do możliwości zaprojektowania norm prawnokarnych, a także na rozchwianie sposobu jego stosowania przez organy wymiaru sprawiedliwości w podobnych przypadkach[44]. Tylko bowiem przez odwołanie się do wzorców konstytucyjnych stanowiących samodzielną przesłankę kontroli zgodności rozstrzygnięć ustawowych, a także przez uwzględnienie konkurencji norm konstytucyjnych chroniących prawa jednostki i wolności obywatelskie oraz konieczność ich kompromisowego komponowania można kreować docelową wypowiedź normatywną dotyczącą podstaw odpowiedzialności karnej i treści decyzji kryminalizacyjnej w sposób odpowiednio komponujący się w system prawny danego państwa oraz kulturę stosowania prawa jako całości. Daje to zewnętrzny względem prawa karnego normatywny punkt odniesienia dla weryfikacji krytycznej stosowania tej regulacji przez organy wymiaru sprawiedliwości, które są konfrontowane nie tylko z odmienną możliwością wykładni znamion ustawowych, ale i z koniecznością wyboru takiej wykładni, która w największym stopniu uwzględni skutki harmonizowania kontekstu konstytucyjnego (wykładni w zgodzie z konstytucją). Od tego wszak zależy zwiększenie rzeczywistego wypełnienia przez prawo karne funkcji ochronnej, zaprojektowanej przez zgodność z centralnym elementem systemu prawnego, jakim jest zespół zasad ustrojowych i norm programujących wartości, wokół których zorganizowano system prawny.

Z powyższego wywieść należy konkretną składową warsztatu dogmatycznego. Rację ma bowiem Jacek Giezek, który wykazuje, że kolizja dóbr stanowi podstawę wszystkich typów przestępstw[45], przy czym wypowiedź ta nabiera pełnego sensu nie tyle w kontekście analizy dogmatycznej zespołu znamion lub włączaniu dozwolonego ryzyka do struktury przestępstwa jako przestrzeni, w której rozmiar i rodzaj pozytywnego, społecznie aprobowanego celu i prawdopodobieństwo jego osiągnięcia przeważają nad rodzajem i rozmiarem negatywnego skutku i prawdopodobieństwem jego wystąpienia, ile wobec konieczności analizy konkretnego typu oraz zespołu chronionych i ograniczanych przez zakaz dóbr (wartości konstytucyjnych) w kontekście systemu wzorców konstytucyjnych i innych aksjologicznych punktów odniesień, na które konstytucja otwiera obowiązujący porządek prawny. Istotą tego sposobu rozumowania jest osiągnięcie – w ramach wyznaczanych warstwą językową przepisu prawnokarnego – systemu zasad indywidualnej odpowiedzialności karnej i przypisania sprawstwa, jak również takiego odczytania typu przestępstwa, które maksymalizuje ochronę wypowiedzianych w konstytucji wartości

44 Tamże, s. 102–104.

45 J. Giezek, *Przyczynowość oraz przypisanie skutku w prawie karnym*, „Acta Universitatis Wratislaviensis" 1994, nr 1608, Prawo CCXXIX, s. 162.

(w szczególności podstaw aksjologicznych systemu normatywnego, wolności i praw człowieka i obywatela, zasad ustrojowych) pozostających w danym wypadku w kolizji[46]. Tego rodzaju postępowanie może przybierać dwie nie zawsze możliwe do precyzyjnego rozróżnienia formy: (1) wykładni ustaw w zgodzie z konstytucją, która oznacza – w sytuacji gdy istnieje kilka sposobów dekodowania normy – wyeliminowanie tego, który prowadziłby do ustalenia treści normy sprzecznej z normami konstytucji; (2) tzw. wykładni zorientowanej na konstytucję, a więc taki zabieg interpretacyjny, który prowadzi do jak największego stopnia realizacji wartości konstytucyjnych.

Przyjmuje się, że wykładnia ustaw w zgodzie z konstytucją jest konsekwencją nadrzędności konstytucji i domniemania konstytucyjności ustaw. Wykładnia zorientowana na konstytucję zakłada kształtowanie się danej gałęzi prawa w sposób możliwie w pełni osadzony w aksjologii wypowiedzianej przez ustrojodawcę[47]. W ramach badania zgodności przepisów karnych z konstytucją należy uwzględnić całą treść wyrażonych w tych przepisach norm, czyli także opis czynu zabronionego oraz rodzaj i surowość sankcji. Badanie decyzji kryminalizacyjnej zakłada zatem analizę prawidłowości wprowadzenia karalności, ukształtowania typu i możliwości wykładni zorientowanej na konstytucję, jak też surowość represji karnej. Analiza ta wymaga[48]: (1) określenia przez pryzmat norm konstytucyjnych dóbr prawnych, które uzasadniają ingerencję prawnokarną w wolność jednostki; (2) ustalenia wzorców kontroli zgodności z konstytucją przepisów prawa karnego, jak również oceny rodzaju wypowiedzi konstytucyjnej i wynikającego z niej stopnia związania ustawodawcy wypowiedzią ustrojodawcy (np. normą programową, normą gwarancyjną lub zakazem konstytucyjnym[49]), wreszcie – oceny relacji, w jakiej te wzorce pozostają względem siebie; (3) uwzględnienia kolizji wartości konstytucyjnych i preferowanego przez ustrojodawcę sposobu jej rozwiązania (decyzja interpretacyjna w odniesieniu do norm konstytucji) dla oceny decyzji kryminalizacyjnej i wykładni znamion konkretnego typu przestępstwa; a w końcu również (4) oceny zasadności systemu represji karnej[50].

Drugą istotną cechą omawianego kierunku warsztatowego jest akcentowanie wtórnego normatywizmu prawa karnego względem norm przewidujących odpowiedzialność etyczną i relacji w niej zachodzących. W poprzednim punkcie dostępność społeczna prawa karnego wyprowadzana była z materialnej treści rozstrzygnięć i ich zgodności z zespołem wartości chronionych przez porządek prawny według systematyki i założeń konstytucji – podejmowanych zarówno na poziomie ustawodawczym, jak i w pożądanej praktyce stosowania prawa karnego. W tym natomiast momencie chodzi o dostępność struktur odpowiedzialności karnej w znaczeniu, w jakim rozstrzygają one o tym, kiedy dana osoba ma ponosić odpowiedzialność karną, a kiedy może się z niej ekskulpować lub skutecznie usprawiedliwić swoje postępowanie. Dla wyjaśnienia tego poglądu należy w pierwszej kolejności zaznaczyć, że zakres akceptowalnej odpowiedzialności karnej, wyrażanej w konkretnych instytucjach przypisywalności sprawstwa, jest pewnego rodzaju dorobkiem kultury rozwoju prawa. Nie jest jednak tak, że ustawodawca

46 P. Kardas, *Rozproszona kontrola konstytucyjności prawa w orzecznictwie Izby Karnej Sądu Najwyższego oraz sądów powszechnych jako wyraz sędziowskiego konstytucyjnego posłuszeństwa*, „e-CzPKiNP" 2019, nr 4, wydanie internetowe.

47 Szerzej zob. P. Tuleja, *Stosowanie Konstytucji RP w świetle zasady jej nadrzędności (wybrane problemy)*, Kraków 2003, s. 210 i n.

48 Zob. zwłaszcza wyrok TK z dnia 30 października 2006 r., P 10/06, OTK-A 2006, nr 9, poz. 128.

49 Zob. P. Tuleja, *Stosowanie Konstytucji RP…*, s. 268–269; K. Działocha, *Hierarchia norm konstytucyjnych i jej rola w rozstrzyganiu kolizji norm* (w:) *Charakter i struktura norm konstytucyjnych*, red. J. Trzciński, Warszawa 1997, s. 78 i n.

50 Zaproponowany porządek rozumowania jest aktualny w przypadku wszystkich omówionych wcześniej argumentacji zapewniających harmonizowanie kontekstu Konstytucji RP w prawie karnym, z tym jednak zastrzeżeniem, że w zależności od rodzaju argumentacji odmienny może okazać się kierunek rozumowania wyznaczony np. przez system domniemań zgodności z Konstytucją RP (uzasadnienie niezgodności przepisu z Konstytucją RP) lub zasadę stosunkowości z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP (uzasadnienie decyzji kryminalizacji lub penalizacji w procesie legislacyjnym – zob. M. Królikowski, *Ogólna ocena projektu nowelizacji Kodeksu karnego i jego zgodności z Konstytucją*, „Zeszyty Prawnicze BAS" 2007, nr 3, s. 89 i n.).

ma pełną swobodę w kreowaniu podstaw normatywnych takiej odpowiedzialności prawnej, a przynajmniej korzystając ze swojej swobody, powinien uwzględniać naturę relacji, w jakich ponosimy odpowiedzialność etyczną względem innych osób. Na tę prawidłowość zwraca uwagę przesuwanie się subiektywnych granic odpowiedzialności karnej[51] czy też dość wymuszona recepcja odpowiedzialności podmiotów zbiorowych w europejskich systemach prawa karnego.

nie, o tyle ryzyko w nim wyrażone wiąże się z dużą podatnością tej konkretnej argumentacji na populizm penalny i komunikację uproszczoną, podkręcającą emocje związane z potrzebą ukarania, jak to było niedawno w przypadku zmian okresu przedawnienia lub systemu kar i środków zabezpieczających w nowelizacjach Kodeksu karnego z lat 2013–2017. Niewątpliwie otwiera to prawo karne na kontekst stron procesu karnego w celu wywodzenia adekwat-

Rozstrzyganie każdego przypadku musi zakładać test materialnej wiarygodności związany z oceną odpowiedniego zestawienia norm optymalizujących ochronę określonych dóbr w systemie prawa, jak i test systemowej wiarygodności odwołujący się do badania aplikacji ogólnych zasad odpowiedzialności karnej.

Zatrzymując się jednak nad istotą owego wtórnego normatywizmu, należy podkreślić, że wyraża się w nim zależność między dostępnością reguł odpowiedzialności karnej a ich zbieżnością z funkcjonującymi w społeczeństwie kryteriami odpowiedzialności etycznej. Chodzi o to, by zakres wywodzonej z norm prawa karnego odpowiedzialności nie prowadził do wyników absurdalnych z punktu zinternalizowanych w społeczeństwie reguł rozliczenia się z danego postępowania. Jest to zależność, jaka przebiega przez ogólne zasady odpowiedzialności karnej (np. relacja między zamiarem ewentualnym a zasadą podwójnego skutku), jak i w przypadku zakresu materialnoprawnej podstawy odpowiedzialności karnej w danym wypadku. O ile wartość tego podejścia wiąże się z poszukiwaniem przez prawo karne autorytetu ze względu na zgodność z wewnętrznymi dla społeczeństwa procedurami wywodzenia odpowiedzialności jednostki za swoje postępowanego rozstrzygnięcia – dla potrzeby ukarania, zadośćuczynienia społecznemu poczuciu sprawiedliwości lub naprawienia szkody.

Po trzecie, w omawianym kierunku dostrzeżemy uwzględnianie funkcjonalności praktycznej narzędzi dogmatycznych wywodzonych zarówno z teorii struktur normatywnych, jak i z klasycznej teorii analizy dogmatycznej. Ponadto metoda ta w największym stopniu z omówionych wyżej sposobów posługiwania się prawem karnym pozwala na ustalanie związku poszczególnych norm prawnych z ich teleologiczną podstawą, zarówno względem norm ogólnych, jak i wyrażonych w konstrukcji zakazów karnych. Zrywając z gorsetem formalizmu myślenia systemowego, ale nie odrzucając samej metody, pozwala na twórcze kształtowanie prawa. Na tę metodę, jak mniemam, zwracają również uwagę niemieccy autorzy, którzy podnoszą wartość metodyki właściwej dla tzw. otwartego systemu porządkowania materiału prawnego – otwartego na zewnątrz, czyli na oceny poza strukturą zakazów karnych, i otwartego do wewnątrz, a więc na

51 J. Kochanowski, *Subiektywne i obiektywne granice…*, *passim*.

metody używane w pracy dogmatycznej z materiałem prawnym w obszarze prawa karnego[52]. Jest to zatem w ostatecznym rozrachunku metoda zakładająca, że w rozstrzyganiu konkretnych przypadków konieczne jest również odwołanie się do sądów i idei wartościujących cały porządek normatywny. Przy czym to nie w spójności tych idei, czyli w formalnej koherentności systemu prawa, lecz w samej systemowości porządku prawnego widzi się tu istotny potencjał warsztatowy i dowodowy. Polega on na tym, że rozstrzyganie każdego przypadku musi zakładać test materialnej wiarygodności związany z oceną odpowiedniego zestawienia norm optymalizujących ochronę określonych dóbr w systemie prawa, jak i test systemowej wiarygodności odwołujący się do badania aplikacji ogólnych zasad odpowiedzialności karnej w danym przypadku. Wyraża się pogląd, że prawo karne powinno zachować zdolność do odpowiedzi na akceptowaną społecznie potrzebę odpowiedzialności karnej osób występujących we wspomnianych rolach sprawczych lub naruszających szczególnego rodzaju zakazy i różne powody kryminalizacji, pod warunkiem ich zgodności z wzorcami oceny konstytucyjnej.

W omawianej wersji warsztatu dogmatycznego rozstrzygające staną się nie tyle konkretna struktura przestępstwa albo koncepcja znamion typu czynu zabronionego, ile otwartość zaproponowanych koncepcji dogmatycznych na kilka wiodących, opisanych powyżej, założeń merytorycznych. Mianowicie w każdym akcie stosowania prawa karnego domagać się należy dokonania wykładni w zgodzie z konstytucją w zakresie podstaw odpowiedzialności karnej oraz dóbr chronionych przez typ czynu zabronionego, uwzględnienia przypisania sprawstwa na płaszczyźnie obiektywnej, obejmującej reguły postępowania z dobrem, oraz subiektywnej, obejmującej zarówno znamiona strony podmiotowej, jak i zarzucalność, a także ścisłej wykładni znamion najpełniej oddających ochronę wartości konstytucyjnych, zarówno w wyniku funkcji legalizującej, jak i nakazującej kryminalizację. Można jeszcze inaczej powiedzieć, że istotą tej metody jest wprowadzenie do modelu wnioskowania narzędzi korygujących wyniki analizy dogmatycznej ze względów systemowych i potrzeby realnej dostępności treści norm prawnokarnych. W tym też to rozumieniu wskazane podejście najpełniej otwiera się na potrzeby związane ze spełnieniem przez rozwiązania dogmatyczne określonej roli dowodowej, ale i nie jest w stanie samodzielnie, bez odwołania się do rozwiązań warsztatowych wypracowanych przez omówione wcześniej metody pracy z tekstem prawnym, spełnić dostatecznej roli gwarancyjnej.

Preferencja wyboru

Wiele lat temu, kiedy próbowałem dociekać, dlaczego do ostatniej dekady XX wieku w kanonie polskiej myśli prawniczej, w tym oczywiście karnistycznej, dominowały pozycje pozytywizmu prawnego, ktoś mądry wytłumaczył mi, że był to jedyny sposób obrony przed nadużyciami wynikającymi z woli politycznej. Wtedy, kiedy świadomie prawo karne skoncentrowano wokół zespołu znamion i dopuszczano swobodę w postępowaniu z zasad przypisania odpowiedzialności, sądowa racjonalizacja interesów ścigania wiązała się z interpretacją literalną zakresów zakazów. O ile broniło to poczucia niezawisłości, to warunki, w jakich następowało, zwłaszcza sposób typizacji i towarzysząca temu treść doktryny, nie czyniły z tej metody bynajmniej brzytwy skutecznie wykrawającej zachowania nieprzestępne. Nie bez powodu zwracano uwagę, że w przypadku orzekania na podstawie dekretu o stanie wojennym wystarczyłoby powołanie się na teorię winy w rozumieniu błędu co do prawa, by ekskulpować opozycjonistów[53].

Kiedy obserwowałem, jak po powszechnym otwarciu polskiego świata prawniczego – zwłaszcza po wejściu w życie Konstytucji RP[54], a potem akcesji do UE – na wykładnię systemową podstawową troską było określenie granic swobody interpretacyjnej oraz możliwości twórczej wykładni w orzecznictwie sądów powszechnych, Sądu Najwyższego i Trybunału Konstytucyjnego, dostrzegłem ucieranie się poglądu, że uprawnienie takie nie powinno być przypisane do

52 Z. Jędrzejewski, *Bezprawność…*, s. 28–29.

53 J. Kochanowski, T. de Virion, *Zagadnienie świadomości bezprawności a odpowiedzialność z dekretu o stanie wojennym z 12 XII 1981 r.*, „Państwo i Prawo" 1983, nr 3, s. 96–100.

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

sądów powszechnych, zwłaszcza niższych instancji. Wynikało to, jak mniemam, z troski o zapewnienie jednolitości orzeczniczej, uzyskiwania przez system zdolności do zinternalizowania metod sięgających do nowych modeli argumentacyjnych oraz upoważnienia do twórczego odniesienia się do klasycznych wyników interpretacji karnistycznej[55]. Temu przecież towarzyszył również spór między Sądem Najwyższym a Trybunałem Konstytucyjnym dotyczący uprawnienia do wydawania wyroków interpretacyjnych[56].

Obecnie, kiedy wobec upadku utrwalonego modelu konstytucyjnej ochrony wolności i praw człowieka i obywatela formułowane są radykalnie odmienne propozycje rozproszonej kontroli konstytucyjnej w orzecznictwie sądów powszechnych, gdy te przecież w sprawach karnych w niezwykle ograniczonym stopniu spełniają funkcję dyscyplinującą i weryfikującą pozycję oskarżyciela publicznego, pozostaje rzeczywiście pytanie, jaka metoda pracy z materiałem normatywnym w sądach karnych daje nadzieję na realną ochronę jednostki przed zachłannością zakazu karnego i arbitralnością autora skargi. Jestem przekonany, że bez uświadomienia sobie znaczenia klasycznej metody interpretacji karnistycznej w działalności orzeczniczej oraz zdystansowania się od niej – nadzieja na skuteczną kontrolę sądową w procesie karnym jest płonna. Pozostałe metody dogmatyczne, choć dają na to większą szansę, wymagają rzeczywistej woli i determinacji w realizacji gwarancji wolności i praw jednostki, innymi słowy – trzymania prawa karnego w ryzach na każdym etapie jego postępowania. Z pewnością same z siebie nie są pewnikiem większej gwarancyjności w działaniu sądów karnych. To przecież dalej wciąż jeszcze początek, a każdy kolejny – będzie jak jakiś ciąg dalszy.

55 W. Wróbel, *Prawotwórcze tendencje w orzecznictwie Sądu Najwyższego w sprawach karnych* (w:) *W kręgu teorii i praktyki prawa karnego. Księga poświęcona pamięci Profesora Andrzeja Wąska*, red. L. Leszczyński, E. Skrętowicz, Z. Hołda, Lublin 2005.

56 A. Mączyński, *Bezpośrednie stosowanie Konstytucji przez sądy*, „Państwo i Prawo" 2000, nr 5, s. 3–14; S. Wronkowska, *W sprawie bezpośredniego stosowania Konstytucji*, „Państwo i Prawo" 2001, nr 9, s. 3–23.

Bibliografia

Andrejew I., *Polskie prawo karne w zarysie*, Warszawa 1976.

Bielski M., *Koncepcja kontratypów jako okoliczności wyłączających karalność*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych" 2010, z. 2, s. 25–50.

Budyn-Kulik M., *Umyślność w prawie karnym i psychologii. Teoria i praktyka sądowa*, Warszawa 2015.

Dębski R., *Jeszcze o normie prawnokarnej* (w:) *Nauki penalne wobec szybkich przemian socjokulturowych. Księga jubileuszowa Profesora Mariana Filara*, t. 1, Toruń 2012.

Działocha K., *Hierarchia norm konstytucyjnych i jej rola w rozstrzyganiu kolizji norm* (w:) *Charakter i struktura norm konstytucyjnych*, red. J. Trzciński, Warszawa 1997.

Gardocki L., *Pozaustawowe źródła znaczenia przepisu karnego* (w:) *W kręgu teorii i praktyki prawa karnego. Księga poświęcona pamięci profesora Andrzeja Wąska*, Lublin 2005.

Gardocki L., *Prawo karne*, Warszawa 2015.

Giezek J., *Kwestia przekroczenia obrony koniecznej. Glosa do postanowienia SN z dnia 3 stycznia 2002 r., IV KKN 635/97*, „Państwo i Prawo" 2002, nr 11, s. 106–110.

Giezek J., *Metoda prawa karnego. O budowaniu „karnistycznych" teorii naukowych oraz ich wpływie na odpowiedzialność karną*, „Wrocławskie Studia Erazmiańskie" 2014, t. 8, s. 29–55.

Giezek J., *O możliwości naukowego uzasadnienia zmiany modelu odpowiedzialności karnej*, „Państwo i Prawo" 2017, nr 2, s. 3–19.

Giezek J., *Przyczynowość oraz przypisanie skutku w prawie karnym*, „Acta Universitatis Wratislaviensis" 1994, nr 1608, Prawo CCXXIX.

Jędrzejewski Z., *Bezprawność jako element przestępności czynu*, Warszawa 2009.

Jędrzejewski Z. (w:) *Nauka o przestępstwie, wyłączenie i ograniczenie odpowiedzialności karnej*, red. L.K. Paprzycki, „System Prawa Karnego", t. 4, Warszawa 2013, rozdz. 1, § 1, s. 30–156.

Jędrzejewski Z., *Zgoda dysponenta dobrem a struktura przestępstwa*, „Prokuratura i Prawo" 2008, nr 5, s. 36–44.

Kaczmarek T., *O bezprawności i strukturze przestępstwa*, „Państwo i Prawo" 2010, nr 7, s. 88–98.

Kardas P., *O relacjach między strukturą przestępstwa a dekodowanymi z przepisów prawa karnego strukturami normatywnymi*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych" 2012, z. 4, s. 5–63.

Kardas P., *Rozproszona kontrola konstytucyjności prawa w orzecznictwie Izby Karnej Sądu Najwyższego oraz sądów powszechnych jako wyraz sędziowskiego konstytucyjnego posłuszeństwa*, „e-Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych" 2019, nr 4, wydanie internetowe, s. 1–45.

Kardas P., *Teoretyczne podstawy odpowiedzialności karnej za przestępcze współdziałanie*, Kraków 2001.

Kardas P., *Zbieg przepisów ustawy w prawie karnym*, Warszawa 2011.

Kochanowski J., de Virion T., *Zagadnienie świadomości bezprawności a odpowiedzialność z dekretu o stanie wojennym z 12 XII 1981 r.*, „Państwo i Prawo" 1983, nr 3, s. 96–100.

Kochanowski J., *O zbędności teorii przyczynowości w prawie karnym*, „Państwo i Prawo" 1967, nr 11, s. 780–790.

Kochanowski J., *Subiektywne i obiektywne granice odpowiedzialności karnej*, Warszawa 1982.

Królikowski M., *Ogólna ocena projektu nowelizacji Kodeksu karnego i jego zgodności z Konstytucją*, „Zeszyty Prawnicze BAS" 2007, nr 3, s. 89–111.

Królikowski M., *Okoliczności wyłączające bezprawność jako konstrukcja sprawiedliwości korygującej*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych" 2010, z. 2, s. 5–24.

Majewski J., *Czy idea tak zwanej wtórnej legalności się broni*, „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego", t. XLIII, *Księga jubileuszowa Profesora Tomasza Kaczmarka*, red. J. Giezek, D. Gruszecka, T. Kalisz, Wrocław 2017, s. 401–420.

Majewski J., *O schemacie budowy norm prawa karnego w piśmiennictwie karnistycznym* (w:) *Źródła prawa karnego*, red. T. Bojarski, „System Prawa Karnego", t. 2, Warszawa 2011.

Majewski J., *Prawnokarne przypisanie skutku przy zaniechaniu*, Kraków 1997.

Majewski J., *„Ten sam czyn" jako jedna z przesłanek kumulatywnej kwalifikacji* (w:) *Zbieg przepisów oraz zbieg przestępstw w polskim prawie karnym*, red. tegoż, Toruń 2006.

Małecki M., *Między bezprawnością, karalnością i winą (na marginesie artykułu prof. Zbigniewa Jędrzejewskiego)*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych" 2017, z. 3, s. 76–94.

Mączyński A., *Bezpośrednie stosowanie Konstytucji przez sądy*, „Państwo i Prawo" 2000, nr 5, s. 3–14.

Pohl Ł., *Prawo karne. Wykład części ogólnej*, wyd. 1, Warszawa 2010.

Roxin C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Bd. I, Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, München 2006, s. 211–214.

Spotowski A., *Karalność w razie braku zagrożenia dobra prawnego*, „Państwo i Prawo" 1988, nr 7, s. 75–81.

Stelmach J., Brożek B., *Metody prawnicze. Logika – analiza – argumentacja – hermeneutyka*, Kraków 2004.

Szczucki K., *Rola zgody w strukturze przestępstwa na przykładzie przestępstwa zgwałcenia*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych" 2011, z. 1, s. 31–58.

Szczucki K., *Wykładnia prokonstytucyjna prawa karnego*, Warszawa 2015.

Tarnawski M., *Zagadnienia jedności i wielości przestępstw*, Poznań 1977.

Tuleja P., *Stosowanie Konstytucji RP w świetle zasady jej nadrzędności (wybrane problemy)*, Kraków 2003.

Wolter W., *Klauzule normatywne w przepisach karnych*, „Krakowskie Studia Prawnicze" 1969, nr 2, s. 5–37.

Wronkowska S., *W sprawie bezpośredniego stosowania Konstytucji*, „Państwo i Prawo" 2001, nr 9, s. 3–23.

Wróbel W., *Konstrukcja kontratypu jako sposób uadekwatnienia treści normy sankcjonowanej i sankcjonującej w procesie wykładni prawa karnego* (w:) *W poszukiwaniu dobra wspólnego. Księga jubileuszowa Profesora Macieja Zielińskiego*, red. A. Choduń, S. Czepita, Szczecin 2010.

Wróbel W., *Prawotwórcze tendencje w orzecznictwie Sądu Najwyższego w sprawach karnych* (w:) *W kręgu teorii i praktyki prawa karnego. Księga poświęcona pamięci Profesora Andrzeja Wąska*, red. L. Leszczyński, E. Skrętowicz, Z. Hołda, Lublin 2005, s. 383–397.

Wróbel W., *Relacyjne i wartościujące ujęcie bezprawności w prawie karnym*, „Przegląd Prawa Karnego" 1993, nr 8, s. 5–18.

Wróbel W., *Struktura normatywna przepisu prawa karnego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny" 2003, nr 3, s. 93–103.

Wróbel W., *Znamiona normy sankcjonowanej i sankcjonującej w przepisie prawa karnego*, Kraków 1992, rozprawa doktorska niepubl.

Wróbel W., Zoll A., *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2010.

Zawłocki R. (w:) *Kodeks karny. Część ogólna*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2017.

Zoll A., *Kontratypy a okoliczności wyłączające bezprawność czynu* (w:) *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu. Materiały IV Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego*, red. J. Majewski, Toruń 2008.

Zoll A., *O normie prawnej z punktu widzenia prawa karnego*, „Krakowskie Studia Prawnicze" 1991, nr 23, s. 69–95.

Żółtek S., *Znaczenie normatywne ustawowych znamion typu czynu zabronionego. Z zagadnień semantycznej strony zakazu karnego*, Warszawa 2016.

Ewa Rott-Pietrzyk, Fryderyk Zoll, Dariusz Szostek, Mateusz Grochowski

Czynności notarialne *online* – podstawy *de lege lata* i uwagi *de lege ferenda*

Ewa Rott-Pietrzyk

Profesor nauk prawnych w Instytucie Nauk Prawnych na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach.

ewa.rott-pietrzyk@us.edu.pl

https://orcid.org/0000-0002-7057-9383

Fryderyk Zoll

Profesor nauk prawnych w Katedrze Prawa Cywilnego Uniwersytetu Jagiellońskiego oraz w European Legal Studies Institute Uniwersytetu Osnabrück, doktor honoris causa Narodowego Uniwersytetu Ekonomicznego w Tarnopolu.

fryderyk.zoll@uj.edu.pl

https://orcid.org/0000-0001-7263-2670

Dariusz Szostek

Doktor habilitowany nauk prawnych, profesor Uniwersytetu Opolskiego, kierownik Centrum Problemów Prawnych Techniki i Nowych Technologii UO.

dariusz.szostek@szostek-bar.pl

https://orcid.org/0000-0002-8924-6968

Mateusz Grochowski

Doktor nauk prawnych, LL.M. Yale, adiunkt w Instytucie Nauk Prawnych PAN, Fellow w Information Society Project (Yale Law School).

mateusz.grochowski@aya.yale.edu

https://orcid.org/0000-0001-5013-4830

The Notary Legal Acts – de lege lata *and* de lege ferenda

The text attempts to conceptualize the possible reform of the procedure of making notarial deeds in Poland. It examines the feasibility of drafting and signing these deeds in the course of online communication between parties. The analysis builds on the significant constraints for the classic notarial procedure (based on paper documents and on the physical presence of a notary and parties) that were triggered by the COVID-19 pandemic. Its aim reaches, however, further beyond the present-day realities and seeks possible ways to generally modernize provisions on notarial deeds and to adjust them to the growing proliferation of online communication in the society. The text ascertains that the existing structure of provisions on notarial deeds already allows for making notarial deeds online, without profound legislative changes. It can be achieved predominantly by altering the attitude towards interpretation of these rules, especially through a more profound insight into the function

of these provisions and the interrelation between their rationale and the features of the online communication. In the latter regards, the text makes an in-depth scrutiny of possible guarantees for communicational efficacy and for authenticity of notarial deeds that are provided by the advanced methods of transmitting and storing data online.

Słowa kluczowe: elektroniczny akt notarialny, notariat, nowe technologie, forma czynności prawnych, COVID-19
Key words: notarial deed, new technologies, notarisation, notarial legal acts, online legal acts
https://doi.org/10.32082/fp.v0i4(60).369

1. Wprowadzenie

Pandemia COVID-19 pociągnęła za sobą – i pociąga nadal – diametralne zmiany w niemal wszystkich sferach życia społecznego i gospodarczego. Dotyczą one także obrotu notarialnego, który zgodnie z tradycyjnym ujęciem realizowany jest przede wszystkim przy jednoczesnej obecności notariusza i uczestników czynności notarialnych[1]. W tych warunkach na uwagę tym bardziej zasługuje podnoszone już od pewnego czasu[2] pytanie, czy obecna wykładnia i praktyka stosowania przepisów o czynnościach notarialnych – w szczególności odnosząca się do sposobu sporządzania aktów notarialnych – nie wymaga zmiany i unowocześnienia. Z bieżącej perspektywy zmiana ta

1 Dotąd opublikowano w zakresie wpływu COVID-19 na praktykę notarialną trzy zasadnicze dokumenty na oficjalnej stronie KRN (https://www.krn.org.pl/1193/Aktualnosci): 1) Stanowisko Krajowej Rady Notarialnej z dnia 24 marca 2020 r. w związku z wydaniem 24 marca 2020 r. rozporządzenia Ministra Zdrowia zmieniającego rozporządzenie w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu epidemii oraz licznymi zapytaniami notariuszy kierowanymi do organów samorządu notarialnego, dotyczącymi zasad funkcjonowania kancelarii notarialnych; 2) Stanowisko rzecznika prasowego Krajowej Rady Notarialnej z 28 marca 2019 r. w sprawie sposobu funkcjonowania kancelarii notarialnych po ogłoszeniu rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 24 marca 2020 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu epidemii przygotowane w odpowiedzi na zapytanie dziennika „Rzeczpospolita"; 3) Stanowisko KRN z 1 kwietnia 2020 r. w związku z wydaniem w dniu 31 marca 2020 roku rozporządzenia Rady Ministrów w sprawie ustanowienia określonych ograniczeń, nakazów i zakazów w związku z wystąpieniem stanu epidemii. Ze stanowiska KRN, odnoszącego się do rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 31 marca 2020 r. w sprawie ustanowienia określonych ograniczeń, nakazów i zakazów w związku z wystąpieniem stanu epidemii (Dz.U. 2020, poz. 566), wynika między innymi, że „działalność kancelarii notarialnej jako jednostki organizacyjnej wykonującej zadania o charakterze publicznym objęta jest dyspozycją przepisu § 13 ust. 2 rozporządzenia, a zatem regulacja ta daje między innymi notariuszom możliwość ograniczenia funkcjonowania kancelarii do sytuacji wskazanych wyraźnie w § 13 ust. 1 punkty 1 i 2 rozporządzenia w okresie, o którym mowa w § 2 ust. 1 rozporządzenia (od dnia 31 marca 2020 r. do odwołania)". Ponadto w odniesieniu do § 13 ust. 2 tego rozporządzenia przyjęto, że „w przypadku kancelarii notarialnej decyzję o rodzaju i formie ograniczeń w jej funkcjonowaniu podejmuje notariusz". Problem ten obrazują także informacje prasowe: E. Wasińska, *Sytuacja notariuszy w obliczu zagrożenia epidemią koronawirusa* (17.03.2020), https://www.lex.pl/sytuacja-prawna-notariuszy-w-obliczu-zagrozenia-epidemia-koronawirusa,6181; P. Rojek-Socha, J. Ojczyk, *Koronawirus zatapia notariuszy, kołem ratunkowym – akty online* (3.04.2020), https://www.prawo.pl/prawnicy-sady/elektroniczny-akt-notarialny-rekomendacje-jak-wprowadzic-w,499237.html; P. Rojek-Socha, *Kancelarie notarialne zamykają się z powodu koronawirusa* (28.04.2020), https://www.prawo.pl/prawnicy-sady/kancelarie-notarialne-zamykaja-sie-z-powodu-koronawirusa-dane,499846.html; D. Mikulska, *Czy w obecnej sytuacji możliwe jest doprowadzenie do sprzedaży nieruchomości?* (25.03.2020), https://www.nieruchomosci-online.pl/porady/epidemia-koronawirusa-czy-mozliwa-jest-sprzedaz-nieruchomosci-11545.html.

2 A. Oleszko, *Akty notarialne. Komentarz (art. 91–95 Prawa o notariacie)*, Warszawa 2012, s. 168; J. Przetocki, *Wykorzystanie środków przekazu elektronicznego, między innymi e-podpisu w praktyce notarialnej*, „Rejent" 2006, nr 5, s. 165–180; M. Lorenc, *Elektroniczna forma notarialna, rozwiązania przyjęte w prawie europejskim – model francuski*, „Nowy Przegląd Notarialny" 2008, nr 1, s. 16–24; K. Rymanowska-Mrugała, *Akt notarialny jako szczególna forma dokumentu urzędowego*, „Folia Iuridica Universitatis Wratislaviensis" 2016, t. 5, nr 1, s. 219–238.

ułatwiłaby zapobieżenie skutkom pandemii COVID-19 zarówno w sferze gospodarczej, jak i w stosunkach społecznych na różnych płaszczyznach[3]. Miałaby ona jednak także znacznie szersze skutki, pozwalając na trwałą modernizację obrotu notarialnego i na dostosowanie go – wzorem innych krajów – do nowych możliwości i potrzeb, jakie stwarza rozwój technologiczny.

ści prawnych[4] i czynił zadość wszelkim gwarancjom, jakie są związane z tradycyjnym aktem notarialnym.

Dalsze uwagi stanowią próbę bliższego spojrzenia na problem dopuszczalności dokonywania czynności notarialnych – zwłaszcza sporządzania aktów notarialnych – z wykorzystaniem elektronicznych środków porozumiewania się na odległość. Zamiarem autorów jest także zarysowanie ogólnych kierunków rozwią-

Sytuacja spowodowana przez COVID-19 skłania do uelastycznienia praktyki sporządzania aktów notarialnych przez wykorzystanie narzędzi, które udostępniają nowe technologie.

Zdaniem autorów artykułu inne, bardziej nowoczesne podejście do sporządzenia formy aktu notarialnego z wykorzystaniem nowych technologii jest możliwe w aktualnym stanie prawnym w drodze wykładni obowiązujących przepisów (z zastrzeżeniem niewielkich korekt legislacyjnych, dotyczących bardziej zagadnień technicznych). Sytuacja spowodowana przez COVID-19 szczególnie jednak skłania do uelastycznienia praktyki sporządzania aktów notarialnych przez wykorzystanie narzędzi, które udostępniają nowe technologie. Podstawowe założenie autorów sprowadza się to tego, aby sporządzony w ten sposób akt realizował wszystkie dotychczasowe funkcje tej formy czynnozania podstawowych problemów, jakie współcześnie mogą stać na przeszkodzie pełniejszej digitalizacji obrotu notarialnego. Z konieczności w opracowaniu tym nie zostały poruszone wszystkie (zwłaszcza bardziej techniczne) zagadnienia związane z poszerzeniem możliwości dokonywania czynności notarialnych *online*. Autorzy mają jednak nadzieję, że ich rozważania pozwolą na bardziej precyzyjne sformułowanie zakresu przedmiotowego problemu aktów notarialnych sporządzanych *online* i docenienie potencjału, który tkwi w obecnie obowiązujących przepisach prawa polskiego. W dalszej perspektywie podjęcie tego zagadnienia może – na co liczą autorzy – otworzyć także pole do szerszej dyskusji *de lege ferenda* odnoszącej się w sposób systemowy, a nie punktowy, do dokonywania aktów notarialnych z wykorzystaniem nowych technologii.

2. *Diagnoza dotycząca zakresu potrzeby wprowadzenia aktów notarialnych dokonywanych* online

W obecnych realiach szczególnie istotne stało się otwarcie możliwości składania oświadczeń woli w for-

3 W ustawie z dnia 31 marca 2020 r. o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2020 r., poz. 568), nie wspomina się w ogóle o narzędziach dotyczących zapewnienia sprawnego i nieprzerwanego działania kancelarii notarialnych; podobnie w ustawie o zmianie niektórych ustaw w zakresie działań osłonowych w związku z rozprzestrzenianiem się wirusa SARS-CoV-2, uchwalonej 30.04.2020 r., druk sejmowy 344-A, http://orka.sejm.gov.pl/opinie9.nsf/nazwa/344_u/$file/344_u.pdf.

4 Odnośnie do funkcji i celów wymogów formalnych zob. bliżej M. Grochowski, *Skutki braku zachowania formy szczególnej*, Warszawa 2017, s. 36 i n.

mie notarialnej z wykorzystaniem nowych technologii (w szczególności postaci elektronicznej aktu notarialnego), w celu ograniczenia fizycznego kontaktu uczestników obrotu ze sobą i notariuszem. Nie jest to pogląd odosobniony w Europie. Podobne stanowisko przyjęto w rekomendacjach Europejskiego Instytutu Prawa[5] w związku z pandemią COVID-19 (*ELI Principles for the COVID-19 Crisis*)[6]. Zgodnie z zasadą 10(1) państwa powinny zapewnić możliwość zawierania umów i podejmowania innych działań prawnych – w tym dokonywania czynności notarialnych – na odległość[7]. Potwierdza to konieczność ukształtowania przepisów o formie notarialnej w sposób, który pozwoliłby na dokonywanie ich bez fizycznej obecności zaangażowanych osób – co pociąga za sobą konieczność określonego stopnia ich digitalizacji.

COVID-19 należy jednak postrzegać wyłącznie jako pretekst dla rozważań objętych publikacją. Uważamy bowiem, że proponowane rozwiązania nie powinny dotyczyć wyłącznie czasu pandemii. Konieczność osobistego, fizycznego stawienia się u notariusza – choć optymalna w zakresie spełnienia gwarancji i funkcji czynności notarialnych – mogłaby na stałe być realizowana z wykorzystaniem systemu teleinformatycznego. Po pierwsze bowiem dostępne narzędzia technologiczne na to dzisiaj pozwalają. Po drugie, w prawie polskim już w 2015 roku wprowadzono tzw. postępowanie odmiejscowione[8], w ramach którego rozprawa sądowa może być przeprowadzana w całości *online*.

W obecnych realiach szczególnie istotne stało się otwarcie możliwości składania oświadczeń woli w formie notarialnej z wykorzystaniem nowych technologii.

Wprowadzono także możliwość przeprowadzenie dowodu, w tym przesłuchiwania świadka na odległość[9]. Począwszy od 21 kwietnia 2020 r. w polskich sądach powszechnych przeprowadzane są rozprawy w pełni *online*, w ramach których nie tylko strony

5 European Law Institute (ELI). Oficjalna strona Instytutu: https://www.europeanlawinstitute.eu/.

6 Zasady dostępne są na stronie: https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Principles_for_the_COVID-19_Crisis.pdf.

7 Orginalny tekst zasady 10(1): „States should ensure that contracts can be concluded, management decisions can be made, and all other legal steps can be taken at a distance, including notarisation and other participation by notaries".

8 Por. art. 151 k.p.c., zgodnie z którym „przewodniczący może zarządzić przeprowadzenie posiedzenia jawnego przy użyciu urządzeń technicznych umożliwiających jego przeprowadzenie na odległość. W takim przypadku uczestnicy postępowania mogą brać udział w posiedzeniu sądowym, gdy przebywają w budynku innego sądu, i dokonywać tam czynności procesowych, a przebieg czynności procesowych transmituje się z sali sądowej sądu prowadzącego postępowanie do miejsca pobytu uczestników postępowania oraz z miejsca pobytu uczestników postępowania do sali sądowej sądu prowadzącego postępowanie"; szerzej. R. Markiewicz, *Komentarz do art. 151* (w:) *Kodeks postępowania cywilnego*, t. 1, *Komentarz do art. 1–505[39]*, red. T. Szanciło, Warszawa 2019, s. 591.

9 Por. art. 235 § 2 k.p.c., zgodnie z którym: „Jeżeli charakter dowodu temu się nie sprzeciwia, sąd orzekający może postanowić, że jego przeprowadzenie nastąpi przy użyciu urządzeń technicznych umożliwiających dokonanie tej czynności na odległość". Bliżej na ten temat A. Klich (w:) *Informatyzacja postępowania cywilnego. Komentarz*, red. J. Gołaczyński, D. Szostek, Warszawa 2016, s. 179 i n.; A. Łazarska, *Komentarz* (w:) *Kodeks postępowania cywilnego*, t. 1, *Komentarz do art. 1–505[39]*…, s. 907–908. Co istotne, przeprowadzenie dowodu na podstawie art. 235 § 2 k.p.c. może być dokonane z każdego miejsca, nie tylko z budynku sądu.

postępowania, ale także część składu sądzącego może funkcjonować zdalnie, poza budynkiem sądu. Podobne rozprawy uruchomiono w czasie COVID-19 w wielu państwach[10]. Należy przyjąć, że czynności te swoją wagą nie odbiegają wszak od czynności notarialnych. Po trzecie, należy uwzględnić na przyszłość rozwiązania tzw. Zielonego Ładu (*European Green Deal*), ograniczające emisję CO_2, a przez to promujące działania na odległość, bez niepotrzebnego transportu[11].

Zagrożenie związane z COVID-19 z jednoczesnym administracyjnym utrzymywaniem ograniczeń życia społecznego i gospodarczego w kolejnych miesiącach spowoduje w większej skali spowolnienie (jeśli nie zatrzymanie) obrotu[12] w sektorach, które w przeważającej mierze opierają się na czynnościach notarialnych. Dotyczy to zwłaszcza obrotu nieruchomościami (art. 158 k.c.) wraz z usługami pośrednictwa, w przypadku gdy udzielenie pełnomocnictwa również wymaga dokonania czynności notarialnej (art. 99 § 1 k.c.). Sytuacja ta w oczywisty sposób może ograniczać dostęp także do innych instrumentów prawnych, np. czynności *mortis causa*: testamentu (art. 950 k.c.) oraz innych czynności z zakresu prawa spadkowego, jak stwierdzenie nabycia spadku (art. 1025 § 1 k.c.), odrzucenie spadku (art. 1015 k.c.) oraz dział spadku (art. 1037 § 2 k.c.)[13]. Problem ten może okazać się szczególnie istotny dla osób dysponujących ograniczoną wiedzą o sposobach dokonania omawianych czynności bez udziału notariusza (np. przez wybór alternatywnej formy testamentu), ograniczonymi zasobami finansowymi lub pozostających pod presją czasu. W konsekwencji sytuacja ta może prowadzić do pogłębiania słabości niektórych uczestników obrotu i ich wtórnej segregacji. Na marginesie można dodać, że wiele osób (w szczególności starszych) może w najbliższym czasie, z uwagi na zagrożenie, unikać sporządzania testamentów w formie aktu notarialnego i poszukiwać innych rozwiązań[14]. Należy jednak mieć świadomość, że w grupie osób starszych problem może stanowić

Warto rozważyć – w szczególności z uwagi na potrzeby obrotu – rozwiązania umożliwiające dokonywanie czynności prawnych w formie aktu notarialnego w sposób bezpieczny i efektywny bez konieczności kontaktów bezpośrednich między uczestnikami obrotu.

10 *Covid-19 pandemic. Impact of COVID-19 on Court Operations § Litigation Practice*, ed. J. Galway, U. Hoffmann-Nowotny, International Bar Associattion, https://www.lalive.law/wp-content/uploads/2020/05/2020-SGI-IBA_Impact_of_COVID-19_on_court_operations_and_litigation_practice.pdf (dostęp 16.06. 2020).

11 Bliżej na ten temat na oficjalnej stronie, https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/european-green-deal_pl.

12 Z danych KRN przekazanych portalowi prawo.pl, https://www.prawo.pl/prawnicy-sady/kancelarie-notarialne-zamykaja-sie-z-powodu-koronawirusa-dane,499846.html (dostęp 29.04.2020) z 3600 kancelarii notarialnych – 367 jest zamkniętych, a kolejnych 769 ograniczyło swoje działanie.

13 Por. uwagi: K. Osajda, *Prawo spadkowe (w) przyszłości. Perspektywy rozwoju prawa spadkowego*, „Monitor Prawniczy" 2019, nr 2, s. 72, 73, a także komentarz K. Dobrowolskiego zamieszczony w opracowaniu D. Mikulskiej, *Czy w obecnej sytuacji…*, odnoszący się np. do odrzucenia spadku.

14 W tym zakresie alternatywa może wynikać z analizy i wniosków K. Osajdy, *Prawo spadkowe…*, s. 73, 74.

już sama perspektywa dokonania aktu notarialnego *online* (zwłaszcza w związku z technicznym lub mentalnym wykluczeniem cyfrowym). W konsekwencji do rozważenia pozostaje stworzenie dla takich osób dodatkowej pomocy w skorzystaniu z elektronicznego trybu dokonania czynności prawnej (np. przez zapewnienie im poszerzonej asysty notariusza).

Warto zatem w tym kontekście rozważyć – w szczególności z uwagi na potrzeby obrotu – rozwiązania umożliwiające dokonywanie czynności prawnych w formie aktu notarialnego w sposób bezpieczny i efektywny bez konieczności kontaktów bezpośrednich między uczestnikami obrotu (przede wszystkim obrotu handlowego, ale także powszechnego i konsumenckiego[15]).

Dotychczas wielokrotnie podnoszone były (i są nadal) argumenty na rzecz tradycyjnego modelu dokonywania czynności notarialnych (w szczególności sporządzenia aktu notarialnego), wśród których należy wyróżnić trzy zasadnicze kwestie:

Po pierwsze, tradycyjne ujęcie aktu notarialnego i uczynienie zadość wszelkim wymogom procedury związanym z tą formą wymagają osobistego stawiennictwa stron lub składającego oświadczenie woli przed notariuszem[16].

Po drugie, składanie skutecznych oświadczeń woli w formie aktu notarialnego *online* nie jest obecnie przyjęte w praktyce (w związku z wątpliwościami dotyczącymi dopuszczalności wprowadzenia praktyki sporządzania aktu notarialnego na odległość)[17].

Po trzecie, w praktyce występuje powszechnie przekonanie, że obowiązujące przepisy odnoszą się *expressis verbis* wyłącznie do tradycyjnie ujętej formy aktu notarialnego i związanej z nim procedury zakładającej obecność (fizyczną) wszystkich uczestników przed notariuszem, niezbędną do dokonania danego aktu notarialnego (ewentualnie składanie oświadczeń woli przez pełnomocników)[18]. Przyjmowana jest tu zasada *unitas actus*, wyrażająca się m.in. w tym, że akt notarialny powinien być odczytany w obecności wszystkich osób wymienionych w komparycji (pierwszej części aktu notarialnego)[19].

W naszej ocenie argumenty te nie przemawiają stanowczo za tym, aby – zadowalając się stanem aktualnie przyjmowanym w praktyce notarialnej – nie czynić kroków umożliwiających otwarcie notariatu na dokonywanie czynności notarialnych przy zastosowaniu nowych technologii. Uważamy, że warto rozpocząć pierwszy etap na drodze zmierzającej do unowocześnienia praktyki notarialnej, sprowadzający się do przedstawienia argumentów na rzecz zmiany tej praktyki i dyskusji nad nimi. Etap ten – w kontekście COVID-19 – nie powinien trwać jednak zbyt długo, z uwagi na koszty społeczne obecnej sytuacji związane z ograniczeniem bądź brakiem powszechnego dostępu do czynności notarialnych. Przedstawiając nasze stanowisko w tym zakresie, stawiamy sobie za cel zainicjowanie takiej dyskusji; innymi słowy – naszym celem jest zainicjowanie pierwszego kroku na drodze zmiany praktyki notarialnej w kierunku otwarcia jej na nowe technologie.

3. *Metodologia wykładni przepisów dotyczących formy aktu notarialnego*

Niejednokrotnie w historii prawa, w tym także prawa prywatnego, gwałtowne zmiany historyczne były impulsem do ponownego przemyślenia znaczenia norm prawnych. Takie innowacyjne podejście do istniejących konstrukcji prawnych nie budziło na przykład zdziwienia wkrótce po pierwszej wojnie światowej, gdy w praktyce obrotu pojawiło się pytanie, w jaki sposób prawo prywatne powinno zareagować na złożoną zastaną sytuację[20]. Podobnie jest w przypadku

15 Por. także uwagi w pkt 7. niniejszego opracowania.

16 Por. bliżej E. Drozd, Z. Kuniewicz (w:) *Prawo cywilne – część ogólna*, red. Z. Radwański, A. Olejniczak, „System Prawa Prywatnego", t. 2, wyd. 3, Warszawa 2019, s. 228, 229.

17 Por. Stanowisko rzecznika prasowego KRN z dnia 28 marca 2020 r. w sprawie sposobu funkcjonowania kancelarii notarialnych po ogłoszeniu rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 24 marca 2020 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu epidemii przygotowane w odpowiedzi na zapytanie dziennika „Rzeczpospolita", dostępne na stronie KRN, https://www.krn.org.pl/1193/Aktualnosci; zob. także K. Rymanowska-Mrugała, *Akt notarialny…*, s. 235 oraz *passim*.

18 Por. także stanowisko, o którym mowa w poprzedzającym przypisie.

19 Bliżej E. Drozd, *Z problematyki zawarcia umowy w formie aktu notarialnego*, „Rejent" 1996, nr 4–5, s. 15, 16.

20 Odnośnie do roli prawa cywilnego w zmienionych okolicznościach wywołanych pierwszą wojną światową zob.

wystąpienia zmian tak gwałtownych jak te, które mają obecnie miejsce, i które w tak radykalny sposób wpływają na rzeczywistość. Tego rodzaju stan zmieniających się gwałtownie okoliczności, których ustawodawca nie wziął pod uwagę w chwili tworzenia prawa, wymaga nadzwyczajnej, w której utrzymywanie normalnych kontaktów międzyludzkich jest skrajnie ograniczone. Jak wynika z dalszych rozważań, rozstrzygnięcie tego dylematu nie ogranicza się wyłącznie do kontekstu pandemii COVID-19. Z ustaleń autorów tego opra-

Niejednokrotnie w historii prawa gwałtowne zmiany historyczne były impulsem do ponownego przemyślenia znaczenia norm prawnych.

dzisiaj udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy w ramach obowiązującego porządku prawnego jest możliwe odpowiednie dostosowanie istniejących instytucji prawnych do nowych warunków życia społecznego[21].

Jednym z obszarów, w ramach którego pytania te pojawiają się z pełną ostrością, jest zagadnienie dochowania wymogów „innych form szczególnych" – zwłaszcza zaś tych, które wymagają uczestnictwa notariusza. Jeśli chodzi o formę aktu notarialnego, do tej pory przepisy dotyczące tej formy były interpretowane restryktywnie, przez co w praktyce notarialnej nie dopuszczano możliwości sporządzenia czynności notarialnej z zastosowaniem środków komunikacji na odległość[22]. W obecnej sytuacji, wywołanej przez pandemię COVID-19, pojawia się pytanie, czy można interpretować przepisy o formie czynności notarialnych tak, aby ich dokonanie na odległość uznać za dopuszczalne. W tym kontekście do zasadniczych należy pytanie, czy w przypadku czynności notarialnych istnieje możliwość bardziej liberalnej wykładni przepisów tylko ze względu na obecny stan zagrożenia wypełniający – z punktu widzenia prawa materialnego – przesłanki konstytucyjnych stanów nadzwyczajnych. Istotne jest przy tym, czy tego rodzaju wykładnia miałaby zostać ograniczona wyłącznie do sytuacji cowania wynika bowiem, że już obecnie obowiązujące przepisy dostarczają wystarczająco mocnych argumentów do przyjęcia, że dokonywanie czynności notarialnych *online* jest możliwe. Dopuszczalność dokonywania czynności notarialnych na odległość przy odpowiednim ich procedowaniu pozwala na ochronę tych samych interesów i w takim samym stopniu, jak to ma miejsce w przypadku czynności notarialnej dokonywanej w sposób tradycyjny.

Postawione na wstępie pytanie jednak pozostaje: czy można sobie wyobrazić szczególny reżim przepisów regulujących formę wyprowadzony jedynie w drodze wykładni? Takiego rozwiązania nie można w sposób stanowczy wykluczyć. Wykładnia norm prawnych odnosi się zawsze do rzeczywistości zarówno przestrzennej, czasowej, jak i społecznej, w której jest dokonywana. Oznacza to, że dane normy muszą spełnić swoje zadania i z tego powodu, ujmując to zagadnienie całkowicie abstrakcyjnie, można sobie wyobrazić wykładnię usprawiedliwiającą odejście od danej praktyki jedynie ze względu na wyjątkowe okoliczności. Jednakże, nie odrzucając takiej możliwości, należy podejść do niej z dużym dystansem, ponieważ przy niejasno określonych przesłankach „wyjątkowości sytuacji" mogłaby rodzić się obawa, czy dana czynność została skutecznie dokonana. W konsekwencji mogłoby to prowadzić do wątpliwości co do ważności czynności prawnych, której ocena z perspektywy czasu byłaby coraz trudniejsza.

W przypadku tu omawianym obowiązujące przepisy dostarczały wystarczającej podstawy już wcześniej,

B. Rüthers, *Die Unbegrenzte Auslegung*, Tübingen 2012, s. 37, 42, 69, 216.

21 Zob. F. Bydlinski, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, Wien 1991, s. 128.

22 Por. także A. Oleszko, *Akty notarialne*…, s. 168.

niezależnie od obecnej sytuacji związanej z COVID-19. Pokazuje ona jedynie naglącą potrzebę odczytania przepisów w nowy sposób, uwzględniający możliwości wynikające z nowych technologii. Co więcej, można rzec, że nie wymaga to nawet stosowania wykładni funkcjonalnej obowiązujących przepisów dotyczących czynności notarialnych, w tym w szczególności aktu notarialnego, są one bowiem wystarczająco pojemne.

W sytuacji wywołanej przez pandemię COVID-19 pojawia się pytanie, czy można interpretować przepisy o formie czynności notarialnych tak, aby ich dokonanie na odległość uznać za dopuszczalne.

Dotychczas były jednak rozumiane zbyt wąsko (niepoprawnie), mimo że dostępna technologia i wiążące się z nią możliwości pozwalają na szersze rozumienie, bez konieczności stosowania redukcji teleologicznej, co w praktyce, nie nazywając tego tak, czyniono. Proponowany w tym opracowaniu kierunek wykładni odpowiada także funkcji i *ratio legis* stosowanych przepisów. Występuje tu zatem ze wszech miar pożądana zgodność wyników wykładni językowej i wykładni funkcjonalnej.

Z uwagi na tradycję innego rozumienia omawianych przepisów w dziedzinie, w której pewność prawa jest szczególnie doniosłą wartością, pożądana byłaby jedynie niewielka interwencja legislacyjna, ograniczona do zagadnień technicznych, pozwalających na wykorzystanie obowiązujących przepisów do dokonywania czynności notarialnych na odległość.

4. Przepisy o dokumentach notarialnych (konieczność wykładni funkcjonalnej, a raczej niezredukowanej teleologicznie wykładni językowej)

W systemie prawa przepisy o formie szczególnej ze swojej istoty powinny być odczytywane przez pryzmat pełnionej w obrocie funkcji. Przede wszystkim jednak należy w pełni wykorzystać te możliwości, które wynikają już z samej wykładni językowej. Każdy przypadek[23] zastrzeżenia formy szczególnej dla złożenia oświadczenia woli lub dla dokonania innej czynności służy zawsze określonemu celowi – najczęściej uzyskaniu trwałego dowodu na fakt złożenia i treść danego oświadczenia (funkcja dowodowo-dokumentacyjna)[24], często także stworzeniu dla jednej lub obu stron dodatkowej okazji do namysłu nad dokonywaną czynnością i do zrozumienia jej skutków prawnych (funkcja ostrzegawcza)[25]. W przypadku czynności notarialnych typową funkcją formy szczególnej (aktu notarialnego, formy pisemnej z podpisem notarialnie poświadczonym czy formy pisemnej z datą pewną) jest pewność i bezpieczeństwo obrotu, co zapewnia udział notariusza.

Notariusz dokonuje zarówno urzędowego poświadczenia określonego faktu (np. własnoręczności złożonego podpisu), jak również kontroli treści czynności pod względem jej zgodności z prawem. Dodatkowo może on udzielać stronom pouczeń co do sposobu sformułowania treści aktu oraz jego skutków prawnych[26]. Z tych powodów forma czynności prawnej

23 Dotyczy to zarówno zastrzeżenia formy szczególnej w ustawie, jak i w drodze umownej (*pactum de forma*) – co odnosi się także do umownego zastrzegania formy aktu notarialnego.

24 Bliżej m.in. P. Mankowski, *Formzwecke*, „JuristenZeitung" 2010, nr 13, s. 662–668; K. Górska, *Zachowanie zwykłej formy pisemnej czynności prawnych*, Warszawa 2007, s. 16–20; M. Grochowski, *Skutki braku*…, s. 36–38.

25 M. Grochowski, *Skutki braku*…, s. 38; J. Górecki, *Forma umów obligacyjnych i rzeczowych w prawie prywatnym międzynarodowym*, Katowice 2007, s. 26 i n.

26 Por. w szczególności art. 80 pr. not.

związana z działalnością notariusza (np. forma aktu notarialnego) jest zastrzegana jako przesłanka ważności[27] czynności prawnych o szczególnej doniosłości dla obrotu – m.in. umów i czynności prawnych dotyczących powołania do życia i działania spółek prawa handlowego (np. na podstawie art. 106 k.s.h.) oraz czynności prawnych przenoszących własność nieruchomości (art. 158 k.c.)[28].

W nadzwyczajnych okolicznościach może jednak dochodzić do sytuacji, kiedy należy odwołać się wprost do funkcji danego wymogu formy szczególnej i stwierdzić, czy w danych warunkach nadal ma on znaczenie dla stron, czy też staje się dla nich niepotrzebnym ciężarem, niemożliwym do udźwignięcia w danych okolicznościach. W prawie polskim wielokrotnie już dochodziło do tego rodzaju nadzwyczajnych sytuacji,

Wykładnia norm prawnych odnosi się zawsze do rzeczywistości zarówno przestrzennej, czasowej, jak i społecznej, w której jest dokonywana.

Przepisy o formie czynności prawnych odgrywają w obrocie istotną rolę stabilizującą. Określają one przesłanki, od których spełnienia będzie uzależniona ważność i pełna skuteczność czynności prawnej – stanowiąc w tym zakresie wyraźny komunikat dla stron, w jaki sposób powinny złożyć swoje oświadczenia. Z tych przyczyn przepisy normujące formy szczególne – co odnosi się także do czynności prawnych dokonywanych z udziałem notariusza – należy odczytywać w możliwie stabilny sposób, możliwie blisko ich dosłownego (językowego) brzmienia[29].

27 Niedochowanie wymogu zachowania formy szczególnej innej niż zwykła forma pisemna, forma dokumentowa lub kwalifikowana forma elektroniczna powoduje sankcję nieważności bezwzględnej (art. 73 § 1 k.c.). – por. M. Gutowski, *Nieważność czynności prawnej*, wyd. 4, Warszawa 2017, s. 196, 197; P. Skorupa, *Nieważność czynności prawnej w prawie polskim na tle prawnoporównawczym*, Warszawa 2019, s. 574.

28 Warto zauważyć, iż na podstawie art. 15 ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVI-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (Dz.U. z 2020 r. poz. 374 z późn. zm.) posiedzenia organów osób prawnych mogą się odbywać z wykorzystaniem komunikacji elektronicznej bez konieczności jednoczesnej obecności członków tych organów.

29 Por. M. Grochowski, *Wymogi formalne w umowach konsumenckich*, Warszawa 2018, s. 71–74; M. Matczak, *Summa iniuria. O błędzie formalizmu w stosowaniu prawa*, Warszawa 2007, s. 18; ogólnie o wykładni przepisów odnoszących się do formy oświadczeń woli także A. Jędrzejewska, *Pisemna forma oświadczenia woli a „automatyzacja" obrotu prawnego*, „Państwo i Prawo" 1993, nr 1, s. 69–74.

30 Por. szerzej M. Grochowski, *Skutki braku…*, s. 184–201.

także w odniesieniu do wymogów formy aktu notarialnego i innych czynności notarialnych. Prowadziło to albo do reinterpretacji wymogów formalnych w taki sposób, by zapewnić im większą elastyczność, albo do całkowitego pomijania skutków naruszenia tego wymogu (i traktowania czynności prawnej tak, jak gdyby została dokonana skutecznie)[30].

Sytuacja tego typu zaistniała w warunkach pandemii COVID-19, która postawiła przed obrotem notarialnym bardzo poważne utrudnienia (zważywszy na dotąd stosowaną praktykę w zakresie usług notarialnych). Sytuacja ta jednak nie stanowi przesłanki proponowanej tu wykładni. Tradycyjna wykładnia przepisów ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. – Prawo o notariacie, która wymaga fizycznej obecności wszystkich stron czynności notarialnej w tym samym miejscu i czasie, dodatkowo pogłębia skalę problemu w obecnej sytuacji zagrożenia epidemicznego. Wykładnia obecnie akceptowana w praktyce notarialnej nie jest jedyną możliwą do przyjęcia wykładnią przepisów o czynnościach notarialnych *de lege lata*. Także bowiem w aktu-

alnym stanie prawnym jest możliwe podejście, które pozwoli na zastosowanie obowiązujących przepisów do obecnych nadzwyczajnych okoliczności – przy jednoczesnym zachowaniu podstawowych funkcji form notarialnych. Dokonywane w ten sposób czynności będą mogły zostać uznane w konsekwencji za w pełni ważne i skuteczne, na równi z czynnościami dokonanymi w sposób tradycyjny. Co więcej, czynienie zadość formom czynności prawnych z udziałem notariusza przy użyciu nowych technologii obecnie – z uwagi na szczególne okoliczności – może być kontynuowane także po ich ustaniu. Okoliczności te dają jedynie asumpt do nowego spojrzenia na praktykę czynności notarialnych. W normalnych okolicznościach wypracowanie porozumienia i zgoda na akceptację nowych form praktyki notarialnej w omawianym zakresie zajęłyby zapewne wiele lat, a obecnie – rzec można – stało się to koniecznością chwili.

znacznych zmian legislacyjnych oraz organizacyjno-technologicznych – tak by dokumenty notarialne sporządzane w ramach komunikacji na odległość mogły być archiwizowane oraz by możliwe było sporządzanie wypisów. W pełni zasadne jest więc, by rozpocząć dyskusję nad koniecznymi zmianami, dla której punktem odniesienia mogłyby stać się dobrze funkcjonujące w praktyce i sprawdzone e-protokoły.

5. *Identyfikacja* online *osób dokonujących czynności notarialnych*

Jedną z przeszkód podnoszoną dotychczas przez środowisko notarialne w zakresie niedopuszczalności dokonywania czynności notarialnych *online* jest niemożność stwierdzenia tożsamości uczestnika czynności. W art. 85 § 1 pr. not. na notariusza został nałożony obowiązek, aby przy dokonywaniu czynności notarialnej zweryfikował tożsamość jej uczestników. Zgodnie z § 2 stwierdzenie tożsamości powinno nastąpić na podstawie prawem przewidzianych dokumentów, a wobec ich braku – w sposób wyłączający wszelką wątpliwość co do określenia tożsamości osoby biorącej udział w czynności notarialnej. Przesłanką prawidłowego wykonania przez notariusza obowiązku określonego w art. 85 § 1 pr. not. jest stwierdzenie tożsamości osoby biorącej udział w czynności notarialnej poprzez wcześniejszą pozytywną weryfikację (ocenę) wiarygodności przedstawionego notariuszowi dokumentu tożsamości. Notariusz ocenia wówczas, czy ze względu na cechy zewnętrzne tego dokumentu i treść zawartych w nim wpisów nie zachodzi wątpliwość co do jego autentyczności bądź podejrzenie jego sfałszowania.

Z reguły notariusz nie jest w stanie stwierdzić, czy okazany mu dokument tożsamości jest sfałszowany, jeżeli nie wykazuje oczywistych cech budzących wąt-

Analogicznie do e-protokołu – procedura dokonania czynności notarialnej może mieć w całości charakter zapisu audio-wideo.

Mając na uwadze powyższe argumenty na rzecz wykorzystania nowych technologii przy sporządzaniu aktu notarialnego, można stwierdzić, że – analogicznie do e-protokołu[31] – procedura dokonania czynności notarialnej może mieć w całości charakter zapisu audio-wideo. Rozwiązanie to wymagałoby jednak nie-

31 Wprowadzenie do polskiego systemu prawnego nowej techniki zapisu przebiegu posiedzeń i rozpraw sądowych nastąpiło na mocy ustawy z dnia 29 kwietnia 2010 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. nr 108, poz. 684), która weszła w życie 1 lipca 2010 r., oraz rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 10 sierpnia 2011 r. w sprawie zapisu dźwięku albo obrazu i dźwięku z przebiegu posiedzenia jawnego (Dz.U. nr 175, poz. 1046), które weszło w życie 1 października 2011 r.; zob. także ustawę z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz.U. z 2014, poz. 1296).

pliwości (bez względu na to, czy ocena dokonuje się bezpośrednio, czy też odbywałaby się na odległość przy użyciu nowych technologii). W judykaturze przyjmuje się, że notariusz „ma obowiązek zachowania »maksimum przezorności« na każdym etapie dokonywanych z jego udziałem czynności (…). Intensywność oceny wiarygodności dokumentu tożsamości powinna być wzmożona, jeżeli zachodzą szczególne okoliczności – dotyczące samego dokumentu albo zewnętrzne wobec niego – które powinny nasunąć starannie działającemu notariuszowi wątpliwości co do autentyczności dokumentu lub tożsamości osób biorących udział w czynności"[32]. Nie ma przeszkód, aby postulat ten został zastosowany także do aktu notarialnego sporządzanego na odległość.

Artykuł 85 pr. not. stanowi bez wątpienia element systemu gwarancji wiarygodności i autentyczności oświadczeń, które zostały złożone lub utrwalone z udziałem notariusza. Tym samym należy on do gwarancji szczególnej pozycji wymogów formalnych o charakterze notarialnym, jako najwyższego szczebla w systemie wymogów formalnych w prawie prywatnym[33]. W konsekwencji także przy sporządzaniu aktu notarialnego na odległość konieczne jest takie procedowanie, które zapewni ten sam poziom gwarancji wiarygodności i autentyczności co akt notarialny sporządzany tradycyjnie.

Dotychczas stwierdzenie tożsamości następowało w kancelarii notariusza poprzez fizyczne okazanie dowodu tożsamości. W czasie COVID-19 rozwiązanie takie jest jednak co najmniej ryzykowne pod względem epidemiologicznym (obecność wielu osób w kancelarii łączy się z fizycznym ich kontaktem) – a w wielu wypadkach może być zwyczajnie sprzeczne z prawem (w związku z ograniczeniami w opuszczaniu domu i przemieszczaniu się). Nie oznacza to jednak, by tradycyjna praktyka weryfikowania tożsamości była jedynym możliwym rozwiązaniem. Potwierdzenie tożsamości osób, które biorą udział w czynności notarialnej, jest możliwe także w sposób, który wykluczałby konieczność fizycznego kontaktu stron[34].

Przy sporządzaniu aktu notarialnego na odległość konieczne jest takie procedowanie, które zapewni ten sam poziom gwarancji wiarygodności i autentyczności co akt notarialny sporządzany tradycyjnie.

Rozwiązaniem tego problemu może być prowadzenie przez notariusza komunikacji z uczestnikami czynności notarialnej poprzez wideokonferencję *online*, która w całości byłaby nagrywana, a weryfikacja tożsamości następowałaby w trzech etapach.

Po pierwsze, uczestnik czynności okazywałby dowód tożsamości *online* (do kamery), później zaś notariusz porównywałby zdjęcie w dokumencie z twarzą osoby biorącej udział w czynności[35] (tak jak ma to miejsce obecnie w ramach tradycyjnej procedury sporządzenia aktu notarialnego).

32 Tak w tezie wyroku SN z dnia 14 czerwca 2017 r., IV CSK 104/17, OSNC 2018, nr 3; por. także: tezę wyroku SN z dnia 26 lipca 2012 r., II CSK 750/11, Legalis nr 544301; postanowienie WSA w Gliwicach z dnia 12 lutego 2007 r., I SA/Gl 1512/06, Legalis nr 109406.

33 Por. np. A. Oleszko, *Komentarz do art. 79* (w:) A. Oleszko, *Prawo o notariacie. Komentarz*, cz. II, t. 2, Warszawa 2012, teza 8.

34 Por. także M. Lorenc, *Elektroniczna forma notarialna*…, s. 21 i n.

35 Taki sposób weryfikacji dopuszczalny jest m.in. w prawie bankowym. Wideoweryfikacja jest jednym z elementów spełnienia przesłanek formy szczególnej z art. 7 pr. bank.

Po drugie, system informatyczny dokonywałby równocześnie technicznego potwierdzenia autentyczności dowodu tożsamości oraz weryfikował dane biometryczne, zestawiając ze sobą zdjęcie i skan twarzy weryfikowanej osoby. System taki używany jest obecnie przez niektóre banki czy przy weryfikacji dowodów tożsamości na przejściach granicznych, co znacznie ułatwiałoby stworzenie podobnego narzędzia na użytek notariuszy.

Po trzecie, etapy te byłyby poprzedzone weryfikacją przy aktywowaniu kwalifikowanego podpisu elektronicznego dokonywaną przez podmiot zaufany (wydający kwalifikowany podpis elektroniczny) na podstawie rozporządzenia eIDAS[36] i polityki certyfikacji[37]. Następuje ona poprzez fizyczną weryfikację osoby z dokumentem przedstawionym przez tę osobę (w sposób identyczny jak przy fizycznej obecności dokonuje tego notariusz w przyjętej obecnie praktyce notarialnej)[38].

Taki sposób weryfikacji tożsamości jest wystarczający do spełnienia przesłanek z art. 85 pr. not. Podobna metoda weryfikacji jest przy tym dopuszczalna już *de lege lata* w postępowaniu cywilnym, w ramach przesłuchań na odległość (art. 235 § 23 k.p.c.) oraz postępowania odmiejscowionego (art. 151 § 2 k.p.c.), a także w e-rozprawach. Nie jest to zatem rozwiązanie nowe ani nieznane w polskim systemie prawnym[39], a jego ulokowanie w systemie prawa nie nastręcza poważniejszych trudności[40].

Interpretując regulację odnoszącą się do weryfikacji tożsamości, należałoby przyjąć, że spełnia ona wymogi zdania pierwszego art. 85 § 2 pr. not. (weryfikacja dowodu tożsamości przez oprogramowanie). Ewentualnie należałoby zastosować rozwiązanie określone w art. 85 § 2 *in fine* pr. not., tj. uznać, że brak fizycznego przedstawienia dokumentu tożsamości jest traktowany jako brak dokumentu, jednak mimo jego braku tożsamość może zostać potwierdzona m.in. poprzez nagranie obrazu i dźwięku uczestnika oraz zdalną weryfikację dowodu (o ile nastąpi to w sposób wyłączający wszelką wątpliwość co do określenia tożsamości osoby biorącej udział w czynności notarialnej)[41].

Należy przy tym zaznaczyć, iż samo nagranie zawierające dokonywanie czynności notarialnej, w tym procesu identyfikacji, jest dokumentem w znaczeniu prawa polskiego. Zgodnie bowiem z art. 77[3] k.c.[42]

36 Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 910/2014 z dnia 23 września 2014 r. w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym oraz uchylające dyrektywę 1999/93/WE (Dz.Urz. UE L 257 z 28.08.2014, s. 73–114).

37 Szerzej na temat eIDAS, podpisów elektronicznych zob. D. Szostek (w:) *Informatyzacja…*, s. 91–100; tenże (w:) *Informatyzacja postępowania cywilnego. Teoria i praktyka*, red. K. Flaga-Gieruszyńska, J. Gołaczyński, D. Szostek, Warszawa 2016, s. 3 i n.

38 Por. także J. Przetocki, *Wykorzystanie środków...* Szerzej na temat aspektów prawnych i technicznych potwierdzania tożsamości *online* E. Rott-Pietrzyk, D. Szostek, *A new approach to the legal understanding of "directness" and "participation" in the aftermath of COVID-19* (w:) *Corona and the Law*, ed. E. Hondius, M. Santos Silva, P. Salvador Coderch, A. Nicolussi, F. Zoll (przyjęte do druku).

39 Dnia 21 kwietnia 2020 r. po raz pierwszy w Polsce przeprowadzono pełne posiedzenie sądowe całkowicie *online*, łącząc się z pełnomocnikami będącymi w swoich kancelariach. Całość została nagrana na e-protokół.

40 Ustawą o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (Dz.U. z 2020 poz. 374), artykułem 15 zzs (1) wprowadzono zmianę w procedurze cywilnej, zgodnie z którą rozprawę lub posiedzenie jawne przeprowadza się przy użyciu urządzeń technicznych umożliwiających przeprowadzenie ich na odległość z jednoczesnym bezpośrednim przekazem obrazu i dźwięku, z tym że osoby w nich uczestniczące nie muszą przebywać w budynku sądu, chyba że przeprowadzenie rozprawy lub posiedzenia jawnego bez użycia powyższych urządzeń nie wywoła nadmiernego zagrożenia dla zdrowia osób w nim uczestniczących. Jeżeli ze względu na szczególne okoliczności prezes sądu tak zarządzi, członkowie składu, z wyjątkiem przewodniczącego i referenta sprawy, mogą brać udział w posiedzeniu za pomocą środków komunikacji elektronicznej. Na posiedzeniu, na którym dochodzi do zamknięcia rozprawy, musi być obecny sąd w pełnym składzie.

41 Por. art. 85 § 2 *in fine* pr. not., zgodnie z którym: „w braku takich dokumentów – w sposób wyłączający wszelką wątpliwość co do określenia tożsamości osoby biorącej udział w czynności notarialnej".

42 Przepis ten został wprowadzony ustawą z dnia 10 lipca 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny, ustawy – Kodeks

dokumentem jest nośnik informacji umożliwiający zapoznanie się z jej treścią[43], w tym zapis, obraz lub dźwięk[44]. W analogiczny sposób kwestię tę określa art. 3 pkt 35 rozporządzenia eIDAS, zgodnie z którym dokument elektroniczny oznacza każdą treść przechowywaną w postaci elektronicznej, w szczególności tekst lub nagranie dźwiękowe, wizualne lub audiowizualne[45]. W konsekwencji samo nagranie z przebiegu dokonania czynności notarialnej staje się dokumentem – a tym samym dostarcza dowodu na prawidłowe dokonanie weryfikacji tożsamości w rozumieniu art. 308 k.p.c.

Taki sposób pojmowania dokumentu i dowodu nie stanowi więc *novum* dla prawa polskiego (notabene podobne znaczenie mają także nagrania sporządzane w ramach tzw. e-protokołu[46]). Proponowana zmiana interpretacji obowiązujących przepisów odnoszących się do sporządzania aktu notarialnego nie odbiega zatem od praktyki stosowanej w wymiarze sprawiedliwości. Nie ma zatem przeszkód natury praktycznej w zastosowaniu tych rozwiązań do czynności notarialnych, w szczególności aktu notarialnego. Samo utrwalenie praktyki dokonywania czynności notarialnych w tradycyjnej postaci nie jest jeszcze dostatecznym argumentem, by uznać, że nowe technologie gromadzenia i transmisji danych – szeroko wykorzystywane w sądownictwie – nie mogłyby trafić także do obrotu notarialnego.

Dokumenty notarialne mogą być opatrywane tzw. kwalifikowanym podpisem elektronicznym, który wywołuje skutek prawny równoważny z podpisem własnoręcznym.

6. *Podpis na akcie notarialnym*

Zgodnie z art. 88 § 1 pr. not. podpisy na aktach notarialnych i poświadczonych dokumentach składane są w obecności notariusza. Nie oznacza to jednak, by obecność ta musiała mieć charakter fizyczny, a więc by notariusz i uczestnik (uczestnicy) czynności musieli znajdować się w tym samym miejscu. W świetle rozporządzenia eIDAS dokumenty notarialne mogą być opatrywane tzw. kwalifikowanym podpisem elektronicznym, który zgodnie z art. 25 ust. 2 rozporządzenia wywołuje skutek prawny równoważny z podpisem własnoręcznym[47]. Na podstawie tej regulacji w każ-

postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2015 r., poz. 1311 z późn. zm.), która weszła w życie 8 września 2016 r.

43 Bliżej na ten temat T. Tomczak, *Pojęcie formy dokumentowej i dokumentu na gruncie Kodeksu cywilnego oraz forma dokumentowa przy następczych czynnościach prawnych*, „Monitor Prawniczy" 2017, nr 6, s. 314–322, 314 i n.; P. Konik, M. Pannert, *Materialnoprawne i procesowe aspekty formy dokumentowej i dokumentu*, „Edukacja Prawnicza" 2018, nr 2, s. 36–41.

44 Por. szerzej M. Grochowski, *Nowe koncepcje regulacji wymogów formalnych w prawie polskim*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego" 2017, t. 26, nr 4, s. 837.

45 Szerzej D. Szostek (w:) *Informatyzacja*…., s. 69 i n.

46 Por. S. Kotecka, *„Protokół elektroniczny" w świetle rozporządzenia w sprawie zapisu dźwięku albo obrazu i dźwięku z przebiegu posiedzenia jawnego*, „Prawo Mediów Elektronicznych" 2011, nr 3, s. 22 i n.; J. Gołaczyński, *E-protokół wyzwaniem dla wymiaru sprawiedliwości*, „Prawo Mediów Elektronicznych" 2012, nr 1, s. 13 i n.; D. Szostek, *Quo vadis, czyli informatyzacja postępowania cywilnego w Polsce*, rozdz. IV (w:) *Aktualne problemy egzekucji sądowej w Polsce i na Litwie. Zbiór studiów*, red. A. Marciniak, V. Nekrošius, Sopot 2017, pkt 5.

47 Por. A. Zaccaria (w:) *EU eIDAS. Regulation*, red. tenże i in., Beck–Hart–Nomos 2020, s. 9 i n.; D. Szostek (w:) *Informatyzacja*…., s. 96 i n.

dym przypadku, gdy przepisy prawa krajowego wymagają podpisu własnoręcznego, zarówno dla czynności materialnoprawnych, jaki i proceduralnych (czy też faktycznych), istnieje możliwość zastąpienia go kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Należy dodać, że państwa członkowskie mają możliwość wyłączenia tego przepisu w przypadku niektórych czynności. Polska nie skorzystała z takiej możliwości. W konsekwencji należy przyjąć, iż dopuszcza równoważność (zastępowalność) podpisu własnoręcznego i elektronicznego we wszystkich sytuacjach.

niem elektronicznym, które służy do uwierzytelniania kwalifikowanego podpisu elektronicznego[49]. Po drugie, na notariuszu spoczywa obowiązek obserwacji procesu podpisywania sporządzonego w ten sposób aktu notarialnego. Nie ma przeszkód, aby następnie – w razie wątpliwości – porównać nagranie (na którym wyświetlany byłby czas – godzina) oraz czas złożenia podpisu na dokumencie. Oba powinny być tożsame. Złożenie kwalifikowanego podpisu elektronicznego zawsze powiązane jest z zapisem czasu jego dokonania. Większość polskich kwalifikowanych podpi-

Należałoby się zastanowić, czy argumentacja dotycząca ekwiwalentności czynności notarialnych *online* z czynnościami *inter praesentes* nie powinna mieć zastosowania przede wszystkim w odniesieniu do profesjonalnych uczestników obrotu.

Akt notarialny w postaci elektronicznej może zostać podpisany w różny sposób: przez przesłanie mailem pliku, który następnie zostaje opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym, albo poprzez umieszczenie dokumentu w chmurze i podpisanie go elektronicznie przez uczestników aktu notarialnego. W celu uczynienia zadość przesłankom art. 88 § 1 pr. not. proces podpisywania elektronicznie przez uczestnika powinien być obserwowany przez notariusza w ramach wideokonferencji. Notariusz powinien obserwować, po pierwsze, sposób aktywowania kwalifikowanego podpisu elektronicznego za pomocą tokena OTP, czyli generatora hasła jednorazowego (ang. *one-time password* – OTP)[48], będącego urządzeń elektronicznych jest automatycznie powiązanych z kwalifikowanym elektronicznym znacznikiem czasu, a co za tym idzie, zgodnie z art. 81 § 2 pkt 3 k.c., sporządzony w ten sposób dokument spełnia – od daty opatrzenia kwalifikowanym znacznikiem – wymogi daty pewnej[50].

48 Zob. Polski Komitet Normalizacyjny, *Technika informatyczna. Zabezpieczenia w systemach informatycznych. Terminologia*, PN-I-02000, marzec 2002, s. 47. OTP jest to hasło jednorazowe, zmieniane po każdym użyciu, stosowane w celu autoryzacji dostępu w systemach teleinformatycznych. Hasła te pozwalają ograniczyć zagrożenie podsłuchania lub podejrzenia hasła przez osoby niepowołane i posługiwania się nim bez wiedzy podmiotu uprawnionego. Hasło jednorazowe jest wykorzystywane tylko raz i traci ważność po wykorzystaniu.

49 Według art. 3 rozporządzenia eIDAS urządzenie do składania podpisu elektronicznego oznacza skonfigurowane oprogramowanie lub skonfigurowany sprzęt, które wykorzystuje się do składania podpisu elektronicznego (kwalifikowane urządzenie to urządzenie do składania podpisu elektronicznego, które dodatkowo spełnia wymagania określone w załączniku 2. rozporządzenia eIDAS); bliżej zob. D. Szostek (w:) *Informatyzacja*…, s. 91–100.

50 J. Grykiel (w:) *Kodeks cywilny*, t. 1, *Komentarz do art. 1–352*, red. M. Gutowski, Warszawa 2016, s. 560–565.

7. *Problem osób szczególnie wymagających ochrony*

Analizując ekwiwalencję aktu sporządzanego przy zastosowaniu technologii pozwalającej na odpowiednio bezpieczną komunikację *online*, należy rozważyć, czy w istocie zawsze zostanie zapewniona realizacja tych samych funkcji, jakie zapewnia czynność notarialna dokonywana przy fizycznej obecności jej uczestników (tj. w sposób tradycyjny). Obawy powstają w szczególności w stosunkach prawnych o charakterze czysto prywatnym. Istnieje bowiem zagrożenie, że w sytuacji sporządzania aktu na odległość notariusz nie będzie w stanie ocenić, czy dana osoba nie jest poddana wpływom osób będących w miejscu, w którym osoba składająca oświadczenie woli w formie aktu notarialnego się znajduje. Ostatecznie w przypadku posługiwania się podpisem elektronicznym nie jest możliwe, a przynajmniej jest bardzo utrudnione zweryfikowanie, czy to właśnie osoba wykazana tym podpisem przeprowadziła autonomicznie procedurę jego składania. W tego rodzaju stosunkach osoby fizyczne dość rzadko także posługują się technologią podpisu elektronicznego. Procedura otrzymania własnego podpisu elektronicznego nie jest łatwiejsza od sporządzenia aktu notarialnego i także wymaga w typowych sytuacjach fizycznego kontaktu z inną osobą. W tym kontekście należałoby się zatem zastanowić, czy przedstawiona tu argumentacja dotycząca ekwiwalentności czynności notarialnych *online* z czynnościami *inter praesentes* nie powinna mieć zastosowania przede wszystkim w odniesieniu do profesjonalnych uczestników obrotu, w przypadku których wystąpienie sygnalizowanych wyżej zagrożeń i ograniczeń jest znacząco mniejsze. W każdym razie ustawodawca, regulując w przyszłości problematykę aktów notarialnych *online*, powinien rozważyć ich zakres podmiotowy – tak, aby przyjęte rozwiązania były użyteczne dla uczestników obrotu, którzy mieliby z nich korzystać.

8. *Elektroniczny wypis aktu notarialnego*

Warto zaznaczyć, że w prawie polskim już *de lege lata* występują rozwiązania częściowo zbliżone do proponowanej koncepcji czynności notarialnych dokonywanych na odległość. Nowelizacja ustawy – Prawo o notariacie wprowadziła w 2018 r. nowy art. 110a[51], zgodnie z którym dopuszczalny jest elektroniczny wypis aktu notarialnego. W myśl § 1 tego artykułu w nagłówku elektronicznego wypisu aktu notarialnego zaznacza się, że wydany dokument jest wypisem. Elektroniczny wypis aktu notarialnego jest dosłownym powtórzeniem oryginału, jednak poprawek i przekreśleń znajdujących się w oryginale nie zamieszcza się w wypisie. Elektroniczny wypis aktu notarialnego notariusz opatruje kwalifikowanym podpisem elektronicznym i umieszcza w repozytorium.

Zmiany o charakterze technicznym musiałyby dotyczyć organizacji pracy oraz zapewnienia odpowiednio zabezpieczonego systemu informatycznego, pozwalającego na zdalną transmisję dokonywanych czynności notarialnych, nagranie ich oraz obieg elektroniczny dokumentów.

Istotne z perspektywy omawianej koncepcji aktów notarialnych sporządzanych na odległość jest także

51 Artykuł 110a pr. not. dodany ustawą z dnia 26 stycznia 2018 r. (Dz.U. z 2018 r. poz. 398), która weszła w życie 9 kwietnia 2018 r.

rozwiązanie przewidziane w art. 97 § 2 pr. not., wedle którego elektroniczne poświadczenie zgodności odpisu, wyciągu lub kopii z okazanym dokumentem notariusz opatruje kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Poświadczenie notarialne opiera się tu na podobnym założeniu, które towarzyszy sporządzaniu samego aktu notarialnego przy wykorzystaniu nowych technologii. Różnica sprowadza się do tego, że jako jedyny kwalifikowany podpis elektroniczny składa w przypadku elektronicznego poświadczenia notariusz[52].

9. *Konkluzje*

Zdaniem autorów tego opracowania niewielkie zmiany legislacyjne pozwolą na zmianę praktyki przy sporządzaniu aktów notarialnych i dokonywaniu innych czynności notarialnych polegającej na wykorzystaniu nowych technologii. Zmiany prawa o notariacie o charakterze kosmetycznym (o których mowa niżej w odniesieniu do art. 92a pr. not.) oraz zmiany natury organizacyjnej i technicznej mogą w krótkim czasie sprawić, że polski notariat będzie w stanie wykorzystywać narzędzia elektroniczne pozwalające na dokonywanie czynności notarialnych – a przynajmniej niektórych z nich – na odległość. Konieczne jest utworzenie lub pozyskanie odpowiedniego systemu informatycznego oraz zmiany przepisów wykonawczych dotyczących przechowywania dokumentów i ich archiwizowania (w tym zakresie wzorem mogą być rozwiązania stosowane już w administracji i wymiarze sprawiedliwości).

Na przyjęcie tego rozwiązania pozwalają *de lege lata* omawiane wyżej przepisy prawa. Po pierwsze, gwarantują one zachowanie wszystkich funkcji aktu notarialnego. Po drugie, zapewniają bezpieczeństwo obrotu przy właściwym wykorzystaniu dostępnych narzędzi gromadzenia i przekazywania danych, opartych na nowoczesnych technologiach informatycznych. Zmiany o charakterze technicznym musiałyby dotyczyć natomiast organizacji pracy oraz zapewnienia odpowiednio zabezpieczonego (zgodnie z wymogami cyberbezpieczeństwa i zachowania tajemnicy notarialnej) systemu informatycznego, pozwalającego na zdalną transmisję dokonywanych czynności notarialnych, nagranie ich oraz obieg elektroniczny dokumentów.

Pandemia COVID-19 ujawniła, jak konieczne jest kompleksowe zinformatyzowanie polskiego notariatu.

Sytuacja związana z COVID-19 wymusza nowe, elastyczne spojrzenie na praktykę notarialną, która gwarantowałaby dostęp do notariatu w stanach kryzysowych. Natomiast niezależnie od takich stanów proponowana interpretacja i zmiany legislacyjne z pewnością sytuowałyby polski notariat w szeregu notariatów nowoczesnych, podążających za zmianami technologicznymi. Aktualne ograniczenia w poruszaniu i gromadzeniu się obywateli, przy tradycyjnym sposobie działania notariatu, w praktyce znacznie utrudniają dostęp do czynności notarialnych, lub wręcz go uniemożliwiają – bez stworzenia realnego zagrożenia dla zdrowia i życia lub naruszenia przepisów o izolacji społecznej. Już obecnie – w związku z COVID-19 – można

52 W podobny sposób kwestię tę reguluje także w prawie niemieckim § 39a ustawy o aktach notarialnych *Beurkundungsgesetz* (BGBl. I 1969 S. 1513), który dopuszcza możliwość sporządzania elektronicznych poświadczeń notarialnych. Wymagają one opatrzenia treści oświadczenia kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Ponadto do sporządzonego w ten sposób dokumentu musi zostać dołączone potwierdzenie statusu notariusza. Jednocześnie notariusz ma także możliwość poświadczania dokumentów elektronicznych. W takim przypadku jest on zobowiązany do stwierdzenia autentyczności podpisu elektronicznego (i poświadczenia wyniku tej weryfikacji). Koncepcja ta opiera się na dwóch poziomach ekwiwalentności między tradycyjnymi i elektronicznymi elementami dokumentu notarialnego. Z jednej strony własnoręczny podpis notariusza jest tu zastępowany przez podpis elektroniczny – z drugiej strony w miejsce pieczęci notariusza (jako poświadczenia jego upoważnienia do wykonywania tej funkcji urzędowej) ustawa wymaga elektronicznego dokumentu potwierdzającego jego status.

zaobserwować zawieszenie działania wielu kancelarii notarialnych, a w każdym razie ograniczenie czasu i zakresu świadczonych przez nie usług. W krótkim horyzoncie czasowym brak bądź ograniczenie dostępu do notariatu byłyby możliwe do zaakceptowania. Jednak w dłuższej perspektywie (a wiele wskazuje na to, iż obecna sytuacja epidemiologiczna utrzyma się przez dłuższy czas lub może się powtórzyć) taki stan rzeczy wymaga dość szybkiej reakcji. Ograniczenie bądź w ogóle brak dostępu do notariatu są nie tylko szkodliwe dla obrotu gospodarczego, ale przede wszystkim dla życia społecznego, rodząc zagrożenie zdrowia i życia. nie w czasie epidemii czy w sytuacjach nadzwyczajnych. Jesteśmy przekonani, że obecne okoliczności szczególnie silnie ujawniły istniejącą już wcześniej potrzebę uelastycznienia i unowocześnienia praktyki dokonywania czynności notarialnych. W przyszłości w ogóle należałoby rozważyć kompleksową, systemową modernizację polskich przepisów o dokonywaniu czynności notarialnych. Proponowane na tym etapie zmiany stwarzają szanse znacznego ułatwienia praktyki notarialnej, także po normalizacji realiów życia gospodarczego i społecznego w Polsce, zaburzonego epidemią COVID-19. Pozwolą one na stworzenie dodatkowej

Zmiana sposobu zawarcia aktu notarialnego z tradycyjnego na elektroniczny spowodowałaby, że z biegiem czasu musiałaby się zmienić cała aktualna formuła działania notariatu.

Uprzedzając ewentualne wątpliwości co do dopuszczalności posługiwania się oświadczeniami elektronicznymi przy czynnościach urzędowych – do których należą czynności notarialne – można zauważyć, że już obecnie niektóre sądy, jak np. Sąd Okręgowy w Warszawie, dopuszczają wnoszenie pism procesowych w postaci elektronicznej[53] (co przed czasami pandemii wydawało się niemożliwe). Uważamy, że analogiczne rozwiązania mogą zostać przyjęte także w praktyce notarialnej. Należy skorzystać z dostępnych regulacji prawnych i narzędzi technicznych, aby umożliwić nowoczesny, powszechny dostęp do notariatu. W nadzwyczajnych okolicznościach – jak COVID-19 – umożliwi to dokonywanie czynności notarialnych (w szczególności sporządzanie aktów notarialnych) bez stwarzania zagrożenia epidemiologicznego.

Trzeba jednak podkreślić, że zarysowane wyżej propozycje nie powinny znajdować zastosowania wyłącz- możliwości usprawnienia i przyspieszenia dokonywania czynności notarialnych. Jest to szczególnie doniosłe w czasie szybkiego upowszechniania się komunikacji elektronicznej, która coraz częściej staje się podstawą wymiany informacji w wielu obszarach obrotu.

Na tym tle należy także zwrócić uwagę na pilną potrzebę zmiany art. 92a pr. not., który dotyczy Centralnego Repozytorium Elektronicznych Wypisów Aktów Notarialnych. W chwili obecnej możliwe jest zamieszczanie w nim elektronicznych wypisów określonych w art. 92a § 2 pr. not. (inne wypisy są w nim zamieszczane tylko o ile stanowi tak przepis szczególny). Należy zatem – dla spójności i funkcjonalności całego systemu – zmodyfikować ten przepis tak, by wszystkie elektroniczne wypisy aktów notarialnych podlegały wpisowi do rejestru. Można także w niedalekiej przyszłości rozważyć reorganizację repozytorium, tak aby – wykorzystując technologię *blockchain*[54]

53 Zob. https://bip.warszawa.so.gov.pl/. Por. także S. Cydzik, *Nie możemy pozwolić sobie na ponowne zawieszenie pracy sądów. Pora na rozprawy online*, „Dziennik Gazeta Prawna", 26.04.2020.

54 Bliżej zob. D. Szostek, *Blockchain and Law*, Baden Baden 2019, s. 7 i n.; S. Nakamoto, *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*, 2008 r., https://bitcoin.org/bitcoin.pdf (dostęp 05.04.2020). s. 1–9.

i tokenizację[55] pojedynczych wypisów – możliwa była weryfikacja poszczególnych egzemplarzy wypisu. Rozwiązanie to nie nastręcza współcześnie poważniejszych problemów technicznych.

Pandemia COVID-19 ujawniła, jak konieczne jest kompleksowe zinformatyzowanie polskiego notariatu. Polska administracja i sądownictwo – gdzie proces informatyzacji gromadzenia i przekazu danych jest już bardziej zaawansowany – pomimo trudności organizacyjnych mogły w bardziej elastyczny sposób zareagować na społeczne i prawne skutki kryzysu.

Należy także dodać, że zmiana sposobu zawarcia aktu notarialnego z tradycyjnego na elektroniczny spowodowałaby, że z biegiem czasu musiałaby się zmienić cała aktualna formuła działania notariatu. Proponowany sposób interpretacji i proponowane zmiany legislacyjne nie polegają bowiem jedynie na tym, że podpis własnoręczny zmienia się na podpis elektroniczny, a sam akt notarialny jest dokonywany na odległość. Pojawiają się dalsze pytania. Po pierwsze, jak zmiana sposobu dokonywania czynności notarialnej wpłynie na całą instytucję notariatu i instytucje z notariatem powiązane (w szczególności sądy). Po drugie, jak należy postępować z danymi w postaci elektronicznej oraz jaki podmiot miałby je przechowywać, mieć do nich dostęp i uprawnienia do ich przetwarzania (w szczególności czy tą instytucją miałby być notariat, czy inny podmiot). Pytania te wymagają odpowiedzi. Pierwszym krokiem musi być jednak przełamanie bariery, jaką stwarza tradycyjna interpretacja przepisów o dokonywaniu czynności notarialnych. Następnie musiałyby zostać podjęte działania na dwóch płaszczyznach: interpretacyjnej (zmiana metodologii wykładni przepisów obowiązujących), a także – w zidentyfikowanym w tym opracowaniu zakresie – legislacyjnej.

55 Bliżej zob. E. Ducas, A. Wilner, *The security ona financial implications of blockchain technologies: Regulating emerging technologies in Canada*, „International Journal" 2017, vol. 72, nr 4, s. 544; S. Haber, W.S. Stornetta, *How to time-stamp a digital document*, „Journal of Cryptology" 1991, nr 3, s. 99 i n.; R. Anderson, *Security Engineering. A guide to Building Dependable Distributed System*, New York 2008, s. 5 i n., zob. https://www.iacr.org/books/2010_ws_Anderson_SecurityEngineering.pdf (dostęp 02.04.2020) oraz wydanie wcześniejsze: *Security Engineering. A guide to Building Dependable Distributed System*, New York 2001, s. 6 i n.; *Distributed Ledger Technology: beyond block chain. A report by the UK Government Chief Scientific Adviser*, http://fintechpoland.com/wp-content/uploads/2017/01/Technologie-rozproszonych-rejestrow-UK-GOfS-FTP-NASK-PL-1.pdf (dostęp 23.03.2020).

Bibliografia

Anderson R., *Security Engineering. A guide to Building Dependable Distributed System*, New York 2001 i 2008.

Bydlinski F., *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, Wien 1991.

Cydzik S., *Nie możemy pozwolić sobie na ponowne zawieszenie pracy sądów. Pora na rozprawy online*, „Dziennik Gazeta Prawna" z 26.04.2020, https://prawo.gazetaprawna.pl/artykuly/1472206,zawieszenie-pracy-sadow-rozprawy-online-wywiad.html (dostęp 16.06.2020).

Distributed Ledger Technology: beyond block chain. A report by the UK Government Chief Scientific Adviser, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/492972/gs-16-1-distributed-ledger-technology.pdf (dostęp 21.06.2020).

Drozd E., *Z problematyki zawarcia umowy w formie aktu notarialnego*, „Rejent" 1996, nr 4–5, s. 11–24.

Drozd E., Kuniewicz Z. (w:) *Prawo cywilne – część ogólna*, red. Z. Radwański, A. Olejniczak, „System Prawa Prywatnego", t. 2, wyd. 3, Warszawa 2019, s. 173–244.

COVID-19 pandemic. Impact of COVID-19 on Court Operations § Litigation Practice, ed. J. Galway, U. Hoffmann-Nowotny, International Bar Associattion, https://www.lalive.law/wp-content/uploads/2020/05/2020-SGI-IBA_Impact_of_COVID-19_on_court_operations_and_litigation_practice.pdf (dostęp 16.06. 2020).

Ducas E., Wilner A., *The security ona financial implications of blockchain technologies: Regulating emerging technologies in Canada*, „International Journal" 2017, vol. 72, nr 4, s. 538–562.

Gołaczyński J., *E-protokół wyzwaniem dla wymiaru sprawiedliwości*, „Prawo Mediów Elektronicznych" 2012, nr 1, s. 13–17.

Górecki J., *Forma umów obligacyjnych i rzeczowych w prawie prywatnym międzynarodowym*, Katowice 2007.

Górska K., *Zachowanie zwykłej formy pisemnej czynności prawnych*, Warszawa 2007.

Grochowski M., *Nowe koncepcje regulacji wymogów formalnych w prawie polskim*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego" 2017, t. 26, nr 4, s. 805–843.

Grochowski M., *Skutki braku zachowania formy szczególnej*, Warszawa 2017.

Grochowski M., *Wymogi formalne w umowach konsumenckich*, Warszawa 2018.

Grykiel J. (w:) *Kodeks cywilny,* t. 1, *Komentarz do art. 1–352,* red. M. Gutowski, Warszawa 2016, s. 560–565.

Gutowski M., *Nieważność czynności prawnej*, Warszawa 2017.

Haber S., Stornetta W.S., *How to time-stamp a digital document*, „Journal of Cryptology" 1991, nr 3, s. 99–111.

Jędrzejewska A., *Pisemna forma oświadczenia woli a „automatyzacja" obrotu prawnego*, „Państwo i Prawo" 1993, nr 1, s. 69–74.

Klich A. (w:) *Informatyzacja postępowania cywilnego. Komentarz*, red. J. Gołaczyński, D. Szostek, Warszawa 2016, s. 179–189.

Konik P., Pannert M., *Materialnoprawne i procesowe aspekty formy dokumentowej i dokumentu*, „Edukacja Prawnicza" 2018, nr 2, s. 36–41.

Kotecka S., *„Protokół elektroniczny" w świetle rozporządzenia w sprawie zapisu dźwięku albo obrazu i dźwięku z przebiegu posiedzenia jawnego*, „Prawo Mediów Elektronicznych" 2011, nr 3, s. 22–27.

Lorenc M., *Elektroniczna forma notarialna, rozwiązania przyjęte w prawie europejskim – model francuski*, „Nowy Przegląd Notarialny" 2008, nr 1, s. 16–24.

Łazarska A., *Komentarz* (w:) *Kodeks postępowania cywilnego*, t. 1, *Komentarz do art. 1–505[39]*, red. T. Szanciło, Warszawa 2019, s. 591–592.

Mankowski P., *Formzwecke*, „JuristenZeitung" 2010, nr 13, s. 662–668.

Markiewicz R., *Komentarz do art. 151* (w:) *Kodeks postępowania cywilnego,* t. 1, *Komentarz do art. 1–505[39]*, red. T. Szanciło, Warszawa 2019, s. 907–908.

Matczak M., *Summa iniuria. O błędzie formalizmu w stosowaniu prawa*, Warszawa 2007.

Mikulska D., *Czy w obecnej sytuacji możliwe jest doprowadzenie do sprzedaży nieruchomości?* (25.03.2020), https://www.nieruchomosci-online.pl/porady/epidemia-koronawirusa-czy-mozliwa-jest-sprzedaz-nieruchomosci-11545.html (dostęp 29.04.2020).

Nakamoto S., *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*, 2008 r., https://bitcoin.org/bitcoin.pdf (dostęp 05.04.2020). s. 1–9.

Oleszko A., *Akty notarialne. Komentarz (art. 91–95 Prawa o notariacie)*, Warszawa 2012.

Oleszko A., *Komentarz do art. 79* (w:) A. Oleszko, *Prawo o notariacie. Komentarz*, cz. II, t. 2, Warszawa 2012, s. 23–204.

Osajda K., *Prawo spadkowe (w) przyszłości. Perspektywy rozwoju prawa spadkowego*, „Monitor Prawniczy" 2019, nr 2, s. 66–75.

Polski Komitet Normalizacyjny, *Technika informatyczna. Zabezpieczenia w systemach informatycznych. Terminologia*, PN-I-02000, marzec 2002.

Przetocki J. , *Wykorzystanie środków przekazu elektronicznego, między innymi e-podpisu w praktyce notarialnej*, „Rejent" 2006, nr 5, s. 165–180.

Rojek-Socha P., Ojczyk J., *Kancelarie notarialne zamykają się z powodu koronawirusa* (28.04.2020), https://www.prawo.pl/prawnicy-sady/kancelarie-notarialne-zamykaja-sie-z-powodu-koronawirusa-dane,499846.html (dostęp 29.04.2020).

Rojek-Socha P., Ojczyk J., *Koronawirus zatapia notariuszy, kołem ratunkowym – akty online* (3.04.2020), https://www.prawo.pl/prawnicy-sady/elektroniczny-akt-notarialny-rekomendacje-jak-wprowadzic-w,499237.html (dostęp 29.04.2020).

Rott-Pietrzyk E., Szostek D., *A new approach to the legal understanding of "directness" and "participation" in the aftermath of COVID-19* (w:) *Corona and the Law*, ed. E. Hondius, M. Santos Silva, P. Salvador Coderch, A. Nicolussi, F. Zoll (przyjęte do druku).

Rüthers B., *Die Unbegrenzte Auslegung*, Tübingen 2012.

Rymanowska-Mrugała K., *Akt notarialny jako szczególna forma dokumentu urzędowego*, „Folia Iuridica Universitatis Wratislaviensis" 2016, t. 5, nr 1, s. 219–238.

Skorupa P., *Nieważność czynności prawnej w prawie polskim na tle prawnoporównawczym*, Warszawa 2019.

Szostek D., *Blockchain and Law*, Baden Baden 2019.

Szostek D., *Quo vadis, czyli informatyzacja postępowania cywilnego w Polsce*, rozdz. IV (w:) *Aktualne problemy egzekucji sądowej w Polsce i na Litwie. Zbiór studiów*, red. A. Marciniak, V. Nekrošius, Sopot 2017, s 91–97.

Szostek D. (w:) *Informatyzacja postępowania cywilnego. Komentarz*, red. J. Gołaczyński, D. Szostek, Warszawa 2016, s. 45–110.

Szostek D. (w:) *Informatyzacja postępowania cywilnego. Teoria i praktyka*, red. K. Flaga-Gieruszyńska, J. Gołaczyński, D. Szostek, Warszawa 2016, s. 61–71,

Tomczak T., *Pojęcie formy dokumentowej i dokumentu na gruncie Kodeksu cywilnego oraz forma dokumentowa przy następczych czynnościach prawnych*, „Monitor Prawniczy" 2017, nr 6, s. 314–322.

Wasińska E., *Sytuacja notariuszy w obliczu zagrożenia epidemią koronawirusa* (z 17.03.2020), https://www.lex.pl/sytuacja-prawna-notariuszy-w-obliczu-zagrozenia-epidemia-koronawirusa,6181 (dostęp 29.04.2020).

Zaccaria A. (w:) *EU eIDAS. Regulation*, red. tenże i in., 2020, s. 3–142.

Paweł Księżak, Sylwia Wojtczak

Prawa Asimova, czyli *science fiction* jako fundament nowego prawa cywilnego

Paweł Księżak

Doktor habilitowany nauk prawnych, profesor w Katedrze Prawa Cywilnego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Łódzkiego, sędzia Sądu Najwyższego. Zajmuje się prawem sztucznej inteligencji, robotów i transhumanizmu.

pksiezak@wpia.uni.lodz.pl

https://orcid.org/0000-0002-1224-9183

Sylwia Wojtczak

Doktor habilitowana nauk prawnych, profesor Uniwersytetu Łódzkiego w Zakładzie Polityki Prawa WPiA UŁ. Prowadzi interdyscyplinarne badania nad aksjologią prawa, językiem prawnym i prawniczym oraz mechanizmami poznania prawniczego.

swojtczak@wpia.uni.lodz.pl

https://orcid.org/0000-0001-6054-0963

Asimov's Laws or Science Fiction as the Basis of a New Civil Law

On the 16th of February 2017 the European Parliament by the Resolution 2015/2103(INL) called on the European Commission to elaborate new solutions based on civil law that could respond to the rapid present-day development of robotics and AI. The Resolution indicates Asimov's Laws as one of the bases of civil law rules on robotics. The authors of the article analyse whether, taking the professional legal perspective, the Laws may really play such a role adequately. Their analysis reveals that because of many reasons the Laws are not good instruments for drafting legal rules. Even if the Laws are treated as very general ethical recommendations they rather cause confusions and unsolvable problems than give real directives. The authors speculate that referring to them was an expression of attachment of the EP to the old androidal paradigm of robotics assumed decades ago and still strongly present in popular culture.

Słowa kluczowe: Unia Europejska, UE, Parlament Europejski, Rezolucja 2015/2103(INL), sztuczna inteligencja, robotyka, Prawa Asimova, prawo cywilne, prawo robotów

Key words: European Union, EU, European Parliament, Resolution 2015/2103(INL), Artificial Intelligence, robotics, Asimov's Laws, civil law, robot's law

https://doi.org/10.32082/fp.v0i4(60).378

1. Wstęp

W dniu 16 lutego 2017 r. Parlament Europejski zwrócił się w formie rezolucji do Komisji z zaleceniami wypracowania rozwiązań (przepisów) w zakresie prawa cywilnego dotyczących robotyki[1].

1 Rezolucja Parlamentu Europejskiego z dnia 16 lutego 2017 r. zawierająca zalecenia dla Komisji w sprawie przepisów prawa cywilnego doty-

Dokument ten nadal stanowi najważniejszą wypowiedź projektującą przyszłe zmiany w zakresie prawa cywilnego na tym polu. Wśród zasad ogólnych, które rezolucja ta wymienia jako kluczowe dla przyszłego prawa cywilnego dotyczącego robotyki, wymieniono na pierwszym miejscu prawa Asimova. Fakt ten, choć oczywisty dla szerokiej publiczności, może być dla specjalistów z zakresu szeroko rozumianej sztucznej inteligencji i robotyki zaskakujący oraz stawiać pod znakiem zapytania realność czy profesjonalność oczekiwań Parlamentu Europejskiego wobec przyszłej legislacji.

Rozwój sztucznej inteligencji (ang. *artificial intelligence* – AI) i robotyki w ostatnich latach uświadomił potrzebę stworzenia ram prawnych odpowiednich dla tego nowego zjawiska. Dyskusja na ten temat jest już dość zaawansowana. Wskazuje się najważniejsze obszary, w których refleksja jest najbardziej potrzebna. Za najpilniejsze uważa się poszukiwanie etycznych fundamentów dla dalszej ekspansji AI[2] oraz konieczność wypracowania nowych rozwiązań odnoszących się do prawa cywilnego. Pojazdy autonomiczne, roboty medyczne czy programy doradcze stawiają fundamentalne pytania o odpowiedzialność cywilną (np. odnoszące się do winy)[3]; z kolei rozwój automatycznych, inteligentnych systemów zawierania umów każe w nowy sposób spojrzeć na wiele podstawowych zasad i utrwalonych instytucji prawa kontraktów (takich jak np. świadomość, wola, błąd, podstęp, wykładnia umowy, dobra wiara AI). Regulacja tych kwestii szczegółowych wymaga jednak uchwycenia pewnych punktów bazowych, które staną się fundamentem dla zbudowania prawa cywilnego odnoszącego się do sztucznej inteligencji. Zrozumienie istoty problemów, które ujawniają się i mogą się ujawnić wraz z rozwojem AI, wymaga nie tylko refleksji nad znanymi mechanizmami (jak np. odpowiedzialność za produkt niebezpieczny czy odpowiedzialność na zasadzie ryzyka) i potrzebą wprowadzania pewnych korekt, lecz dyskusji odnoszącej się do rudymentów, a przez to również kierunków i celów rozwoju prawa cywilnego.

Znaczenie przywołanej rezolucji PE dla projektowania zmian w prawie cywilnym trudno przecenić. Wytycza ona ogólne ramy, w których powinni poruszać się eksperci projektujący przyszłe prawo odnoszące się do robotów na płaszczyźnie cywilnoprawnej. Każdy z elementów rezolucji zasługuje na uwagę, może bowiem wpłynąć na kształt przyszłego prawa na długie lata, a kierunki, które zostaną dziś wytyczone, bardzo trudno będzie modyfikować w przyszłości. Jest to o tyle istotne, że w rezolucji tej zwrócono się do Komisji Europejskiej, na podstawie art. 225 TFUE, o przedłożenie, na podstawie art. 114 TFUE, wniosku dotyczącego dyrektywy w sprawie przepisów prawa cywilnego odnoszących się do robotyki w oparciu o szczegółowe zalecenia zawarte w załączniku do niniejszej rezolucji. Wskazano m.in., że celem rewolucji technologicznej jest służba ludzkości (zasada przynoszenia korzyści), że ramy etyczne powinny opierać się na zasadach i wartościach zapisanych w art. 2 TUE oraz w Karcie praw podstawowych Unii Europejskiej, takich jak godność ludzka, równość, sprawiedliwość i równouprawnienie, brak dyskryminacji, świadoma zgoda, ochrona życia prywatnego i rodzinnego oraz ochrona danych, a także na innych zasadach i wartościach stanowiących podstawę prawa UE, takich jak brak stygmatyzacji, przejrzystość, autonomia, odpowiedzialność jednostki, jak również – na obowiązują-

cych robotyki, P8_TA(2017)0051 (Dz.Urz. UE C 252 z 18.7.2018, s. 239–257).

2 EC Joint Research Centre, *Artificial Intelligence. A European Perspective*, Luxembourg 2018, s. 120–121, https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/bitstream/JRC113826/ai-flagship-report-online.pdf (dostęp 22.06.2020); EC High-Level Expert Group on AI, 8.4.2019, *Ethics Guidelines for Trustworthy AI*, https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/ethics-guidelines-trustworthy-ai (dostęp 17.06.2020).

3 W tym zakresie prace są obecnie najbardziej zaawansowane, por. European Commission, Commission Staff Working Document, *Liability for emerging digital technologies* COM(2018) 237 final, Brussels, 24.4.2018, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX%3A52018SC0137; Expert Group on Liability and New Technologies – New Technologies Formation, *Liability for Artificial Intelligence and Other Emerging Digital Technologies*, European Union 2019; European Commission, *Raport on the safety and liability impications of Artificial Intelligence, the Internet of Things and robotics*, Brussels, 19.2.2020, COM (2020) 64 final, https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/report-safety-liability-artificial-intelligence-feb2020_en_1.pdf (dostęp 29.05.2020).

cych kodeksach etycznych i praktykach stosowanych w tej dziedzinie. Podkreślono, że należy brać pod uwagę bezpieczeństwo, zdrowie i ochronę ludzi – ich wolności, prywatności, uczciwości i godności. Wskazano także niektóre środki techniczne realizacji wymienionych zasad, takie jak: rejestry robotów, fundusze odszkodowawcze, indywidualne numery rejestracyjne robotów, ubezpieczenia obowiązkowe itd.

Zakres zastosowania rezolucji ograniczono świadomie do inteligentnych robotów, tj. systemów, które posiadają następujące cechy:

- zdobywanie autonomii za pomocą czujników lub wymiany danych z otoczeniem (wzajemne połączenia) oraz wymiany i analizy tych danych;
- zdolność samokształcenia na podstawie zdobytego doświadczenia i interakcji z otoczeniem (kryterium fakultatywne);
- przynajmniej minimalna forma fizyczna;
- dostosowywanie swoich zachowania i działań do otoczenia;
- brak funkcji życiowych w sensie biologicznym.

Odnotujmy, że rozróżnienie na AI i roboty może być kwestionowane, a w dłuższej perspektywie trudne do utrzymania, ale na potrzeby niniejszej analizy jest wystarczająco precyzyjne i dopuszczalne. W dalszej części odnosić się zatem będziemy przede wszystkim do robotów, tak jak zostały one zdefiniowane powyżej.

Jak już wspomniano, rezolucja PE na pierwszym miejscu spośród zasad i wartości, które winny być brane pod uwagę przy projektowaniu nowego prawa cywilnego z zakresu robotyki, wymienia prawa Asimova. Poniższa analiza dotyczy krytycznej oceny tego zalecenia. Należy zbadać, czy prawa Asimova mogą rzeczywiście stanowić podstawę budowania systemu normatywnego. Analiza w tym zakresie pozwoli postawić ewentualną hipotezę co do możliwości przełożenia wskazanego zalecenia na konkretne rozwiązania.

2. Geneza konceptualna i teoretyczna badanego problemu

Prawa Asimova to zespół reguł wymyślonych w latach 40. i uzupełnionych w latach 80. ubiegłego stulecia przez amerykańskiego pisarza *science fiction* Isaaca Asimova. Prawa Asimova początkowo traktowano bardzo poważnie. Niektórzy uważają, że swoją popularność zawdzięczają one temu, iż były remedium na tzw. kompleks Frankensteina, czyli obecny u jednostek i grup społecznych strach przed sztucznymi tworami człowieka, będącymi rezultatem rozwijającej się technologii (zwłaszcza tymi przypominającymi pod pewnymi względami ludzi). Kompleks Frankensteina to obawa, że uwolnią się one spod kontroli swych twórców i obrócą przeciwko człowiekowi[4]. Kompleks ten leży u podłoża różnych teorii, które przepowiadają zagładę lub niewolę ludzkości z powodu rebelii sztucznej inteligencji. O micie Frankensteina wspomina się w rezolucji PE w pierwszym w kolejności punkcie „Wprowadzenia":

> „A. mając na uwadze, że od postaci Frankensteina stworzonej przez Mary Shelley po antyczny mit o Pigmalionie, poprzez historię praskiego golema i robota Karla Čapka (autora pojęcia robot) ludzkość zawsze snuła fantazje na temat możliwości stworzenia inteligentnych maszyn, najczęściej androidów o cechach ludzkich"[5].

Należy tu podkreślić, że choć w rezolucji nie przywołuje się wprost związanych z mitem Frankensteina negatywnych emocji, to jednak należy domniemywać, że w jakimś stopniu kierowały one jej twórcami. Świadczy o tym choćby przywołanie w pierwszym w kolejności punkcie „Zasad ogólnych" rezolucji (pkt T) praw Asimova, które – choć dzisiaj krytykowane z pozycji naukowych – stały się za sprawą publikacji i dyskusji z wczesnego okresu rozwoju robotyki i sztucznej inteligencji częścią swego rodzaju „ludowej teorii robotyki i wyobrażonej przyszłości"[6]. Są też elementem kultury popularnej i odgrywają tam rolę środka łagodzenia strachu przed nowym i nieznanym. Prawa Asimowa przewidują bowiem, co następuje:

(0) Robot nie może skrzywdzić ludzkości lub poprzez zaniechanie doprowadzić do uszczerbku ludzkości[7].

4 I. Asimov, *Bicentennial Man*, New York 1976; S.L. Anderson, *Asimov's "Three Laws of Robotics" and Machine Metaethics*, „AI & Society" 2008, vol. 22, nr 4, s. 477–493.

5 Rezolucja PE…, pkt A.

6 R. Barbrook, *Imaginary Futures. From Thinking Machines to the Global Village*, London 2007, s. 3–12.

7 I. Asimov, *Robots and Empire*, New York 1985.

(1) Robot nie może skrzywdzić człowieka ani przez zaniechanie dopuścić, aby człowiek doznał krzywdy.
(2) Robot musi być posłuszny rozkazom człowieka, chyba że stoją one w sprzeczności z pierwszym prawem.
(3) Robot musi chronić sam siebie, jeśli to nie stoi w sprzeczności z pierwszym i drugim prawem[8].

ma prawo kierować jego zachowaniem? Co oznacza „ludzkość"? Czy robot ma chronić ludzi i ludzkość nawet wbrew ich woli? Czy jeśli człowiek chce popełnić samobójstwo albo poświęcić swe życie dla szczytnej idei lub ochrony innego człowieka, to robot powinien temu zapobiec?

Konsekwencją tych rozważań jest też pojawienie się dylematu moralnego zawartego w następującym

Robot nie może skrzywdzić człowieka ani przez zaniechanie dopuścić, aby człowiek doznał krzywdy. Robot musi być posłuszny rozkazom człowieka, chyba że stoją one w sprzeczności z pierwszym prawem.

Należy jednak koniecznie podkreślić, że obecnie wśród specjalistów z zakresu robotyki dominuje przekonanie, że prawa Asimova są obarczone wieloma wadami i nie da się ich zastosować w praktyce[9].

Pośród różnych argumentów padają na przykład takie, że prawa te są zbyt niejednoznaczne, żeby jakikolwiek robot mógł je pojąć (zauważmy, że są sformułowane w języku potocznym). Nawet dla ludzi nie są one do końca jasne. Bo co na przykład oznacza „krzywdzić"? Czy chodzi tylko o uszczerbek na ciele, czy też na majątku? Czy może wchodzi w grę również krzywda niematerialna? Jak nauczyć robota odróżniać działanie lub zaniechanie, które z pozoru wyglądają na krzywdzące, bo wiążą się z naruszeniem ciała lub zadawaniem bólu, ale służą dobru człowieka, od działania lub zaniechania rzeczywiście krzywdzącego? Jeśli traktujemy prawa Asimova poważnie, to jak w takim razie wytłumaczyć, że wiele robotów ma zastosowania bojowe? Jaką decyzję ma podjąć robot, jeśli z każdą wiąże się – nieunikniona – różna krzywda różnych ludzi? Dlaczego robot miałby być posłuszny rozkazom każdego człowieka, a nie wyłącznie tego, który

pytaniu: jeśli jednak robot byłby w stanie zrozumieć wszystkie abstrakcyjne pojęcia, które zawarte są w prawach Asimova, i rozwiązać ww. problemy, to dlaczego miałby być traktowany jak niewolnik człowieka? Byłby wówczas przecież do człowieka bardzo podobny. Ze strony ludzi byłby to więc przejaw rasizmu czy uprzedzenia gatunkowego[10], co zasługiwałoby co najmniej na moralne potępienie, jeśli nie prawny zakaz. Z tymi wątpliwościami trzeba będzie się skonfrontować, gdy powstanie silna AI, a tym bardziej, gdy powstanie jakiś rodzaj świadomej AI.

W tym miejscu należy odnotować podstawową słabość odwołania się do praw Asimova bez jednoznacznego sprecyzowania, jakie roboty miałyby tym prawom podlegać. Wiąże się to właśnie z poziomem zaawansowania AI. Za powszechnie przyjmowany należy obecnie uznać podział w tym zakresie na co najmniej dwie podstawowe grupy, tj. wąską (albo słabą) i ogólną (albo silną) AI[11]. Ogólna AI to system,

8 Tenże, *Runaround*, New York 1942.

9 L. McCauley, *AI Armageddon and the Three Laws of Robotics*, „Ethics and Information Technology" 2007, vol. 9, nr 2, s. 153.

10 R. Murphy, D. Woods, *Beyond Asimov: The Three Laws of Responsible Robotics*, „IEEE Intelligent Systems" 2009, vol. 24, nr 4, s. 14–20.

11 J.R. Searle, *Minds, Brains and Science*, Cambridge Ma 1984, s. 26; N. Nilsson, *The Quest for Artificial Intelligence: A History of Ideas and Achievements*, New York 2009, s. 319.

który może wykonywać większość aktywności ludzkich, wąska zaś to system, który może wykonać tylko jedno lub kilka określonych zadań. Nie ulega wątpliwości, że obecnie rozwijane systemy to przykłady wąskiej AI[12]; nie jest natomiast jasne, czy i ewentualnie w jakiej perspektywie czasowej zostanie zbudowana silna AI[13]. Niekiedy wskazuje się, że różnica między słabą a silną AI nie ma charakteru jakościowego, lecz raczej ilościowy, tzn. że przejście na wyższy poziom nie nastąpi skokowo, lecz raczej w drodze ewolucji i rozwoju słabej AI[14]. W takim ujęciu między słabą a silną AI może istnieć wiele stopni pośrednich. Z kolei silna AI to także pojęcie niejednoznaczne. Dominuje stanowisko, że silna AI jest pierwszym krokiem do zbudowania samoświadomej superinteligencji, przy czym chwila powstania tej ostatniej (co może nastąpić w ciągu miesięcy, ale niewykluczone, że jedynie godzin od pojawienia się silnej AI) jest opisywana jako granica osobliwości, poza którą nie sposób już przewidzieć dalszego rozwoju[15]. Nie jest jasne, czy prawa Asimova w ujęciu rezolucji PE są związane z robotami z każdym rodzajem AI.

W odpowiedzi na te i inne pytania oraz wątpliwości podejmowane są również próby konstruowania praw konkurencyjnych. Na przykład Robin Murphy i David D. Woods zaproponowali następujące prawa robotyki:

1. Człowiek nie może wdrażać (tworzyć) robota, jeśli zastosowany system pracy w relacji człowiek – robot nie odpowiada najwyższym prawnym i profesjonalnym standardom w zakresie bezpieczeństwa i etyki.
2. Robot musi reagować na ludzi odpowiednio do ich ról.
3. Robot musi być wyposażony w wystarczającą i odpowiednią do okoliczności autonomię, żeby mógł chronić swoją egzystencję, o ile tylko taka ochrona zapewnia sprawne przekazanie kontroli innym podmiotom, zgodnie z pierwszym i drugim prawem[16].

Czy robot ma chronić ludzi i ludzkość nawet wbrew ich woli? Czy jeśli człowiek chce poświęcić swe życie dla szczytnej idei lub ochrony innego człowieka, to robot powinien temu zapobiec?

Jeszcze inny zestaw takich praw zaproponował Roger Clarke.

Meta-prawo: robot nie może działać, jeżeli jego działania nie są poddane prawom robotyki.

Prawo zerowe: robot nie może skrzywdzić ludzkości lub przez zaniechanie pozwolić, aby ludzkość została skrzywdzona.

Prawo pierwsze: robot nie może skrzywdzić istoty ludzkiej lub przez zaniechanie pozwolić, aby istota ludzka została skrzywdzona, chyba że to naruszałoby prawo wyższego rzędu.

Prawo drugie: robot musi wykonywać rozkazy wydane przez istotę ludzką, chyba że rozkazy te stałyby w sprzeczności z prawem wyższego rzędu.

Robot musi wykonywać rozkazy wydane przez

12 EC High-Level Expert Group on AI, *A definition of Artificial Intelligence: main capabilities and scientific disciplines*, Brussels 8.4.2019, s. 5, https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/definition-artificial-intelligence-main-capabilities-and-scientific-disciplines (dostęp 17.06. 2020).

13 N. Bostrom, *Superintelligence. Paths, Dangers, Strategies*, Oxford 2014, s. 36.

14 P. Księżak, *Zdolność prawna sztucznej inteligencji* (w:) *Czynić postęp w prawie. Księga jubileuszowa dedykowana Profesor Birucie Lewaszkiewicz-Petrykowskiej*, red. W. Robaczyński, Łódź 2017, s. 72.

15 N. Bostrom, *Superintelligence*…, s. 17.

16 R. Murphy, D. Woods, *Beyond Asimov*…, s. 19.

robota nadrzędnego, chyba że rozkazy te stałyby w sprzeczności z prawem wyższego rzędu.
Prawo trzecie: robot musi chronić egzystencję robota nadrzędnego, tak długo jak ta ochrona nie będzie stała w sprzeczności z prawem wyższego rzędu. Robot musi chronić swoją własną egzystencję, tak długo jak ta ochrona nie będzie stała w sprzeczności z prawem wyższego rzędu.
Prawo czwarte: robot musi wykonywać obowiązki, do których został zaprogramowany, z wyjątkiem sytuacji gdy stałoby to w sprzeczności z prawem wyższego rzędu.
Prawo prokreacji: robot nie może brać udziału w projektowaniu lub produkcji innego robota, jeżeli działania nowego robota nie będą podporządkowane prawom robotyki[17].

Mimo zrelacjonowanej powyżej w skrócie dyskusji i wątpliwości rezolucja PE bezrefleksyjnie odwołuje się do praw Asimova w ich, jak się wydaje, podstawowym kształcie. Czyni to w kontekście prawa cywilnego, co – jak wskazano – sprawia dodatkowe trudności. Echo filozofii stojącej za koncepcją ogólnikowych praw Asimova odnaleźć można także w późniejszym dokumencie autorstwa grupy eksperckiej powołanej przy Komisji Europejskiej[18]. Autorzy dokumentu proponują wprowadzenie czterech zasad etycznych w kontekście systemów AI. Są to:

1) poszanowanie autonomii człowieka,
2) zapobieganie szkodom,
3) sprawiedliwość,
4) możliwość wyjaśnienia.

Spośród wskazanych zasad podobieństwo do praw Asimova wykazują zasada pierwsza i druga. Zostały one opisane w sposób nakazujący uznać je wyłącznie za pewne wskazówki etyczne, których przełożenie prawne na płaszczyźnie prawa cywilnego może być bardzo trudne. W odniesieniu do zasady poszanowania autonomii człowieka dokument przewiduje, co następuje:

„Prawa podstawowe, na których opiera się UE, są ukierunkowane na zapewnienie poszanowania wolności i autonomii człowieka. Osoby wchodzące w interakcje z systemami AI muszą być w stanie zachować pełną i efektywną zdolność samostanowienia o sobie oraz być w stanie uczestniczyć w procesie demokratycznym. Systemy AI nie powinny bezpodstawnie podporządkowywać, przymuszać, oszukiwać, kształtować lub kontrolować ludzi ani nimi manipulować. Systemy AI powinny natomiast mieć na celu zwiększenie, uzupełnienie i wzmocnienie zdolności poznawczych, społecznych i kulturowych człowieka. Podział funkcji między ludzi i systemy AI powinien opierać się na zasadach projektowania ukierunkowanych na człowieka i pozostawiać człowiekowi rzeczywistą możliwość wyboru. Oznacza to zapewnienie sprawowania nadzoru przez człowieka i kontroli nad procesami pracy w systemach AI"[19].

Z kolei zasada zapobiegania szkodom została wyjaśniona w następujący sposób:

„Systemy AI nie powinny powodować ani powiększać szkody, ani w inny sposób wywierać niekorzystnego wpływu na człowieka. Wiąże się to z ochroną godności człowieka, a także jego integralności psychicznej i fizycznej. Systemy AI oraz środowiska, w których działają, muszą być bezpieczne i pewne. Systemy te muszą być solidne pod względem technicznym, przy czym należy zapewnić, aby nie były one podatne na wykorzystanie w złym zamiarze. Należy zwrócić większą uwagę na osoby wymagające szczególnego traktowania i uwzględnić je przy opracowywaniu i wdrażaniu systemów AI. Szczególną uwagę należy zwrócić również na sytuacje, w których systemy AI mogą powodować lub pogłębiać niekorzystny wpływ spowodowany asymetrią władzy lub informacji, np. sytuacje występujące w relacjach między pracodawcami a pracownikami, przedsiębiorstwami a konsumentami, lub rządami a obywatelami. Zapobieganie szkodom wiąże się również z uwzględnianiem środowiska naturalnego i wszystkich żyjących istot"[20].

Obie przytoczone zasady bardziej nawet niż prawa Asimova w swej oryginalnej postaci stanowią wyraz

17 R. Clarke, *Asimov's laws of robotics: Implications for information technology. Part 2*, „Computer" 1994, vol. 27, nr 1, s. 57–66.

18 EC High-Level Expert Group on AI, 8.4.2019, *Ethics Guidelines…*, s. 12–13.

19 Tamże, s. 12.

20 Tamże.

marzenia o wszechmocnym dżinie, nad którym człowiek sprawuje pełną kontrolę. Ten fantazmat – jakże pociągający – wydaje się dostępny prawie na wyciągnięcie ręki; wystarczy jedynie doprecyzować go ustawowo. Zastanówmy się, czy jest to możliwe.

3. Analiza problemu – prawa Asimova w prawie, w szczególności prawie cywilnym

W oryginalnym ujęciu autora tych praw, pisarza I. Asimova, ich adresatem były same roboty. Trudno przypuszczać, żeby taka była również intencja Parlamentu Europejskiego. Wszak nie istnieją dzisiaj – i prawdopodobnie w najbliższym czasie nie będą istnieć (tak zresztą zakłada przywołana rezolucja PE) – roboty na tyle „rozumne", aby uczynić je adresatami jakichkolwiek norm czy podmiotami do czegokolwiek zobowiązanymi. Obecnie zakaz krzywdzenia ludzi może być dla współczesnego robota co najwyżej wyzwalaczem określonego bloku decyzyjnego zapisanego w jego oprogramowaniu. Dlatego też w rezolucji w pkt T napisano: „mając na uwadze, że prawa Asimova muszą być traktowane jako prawa adresowane do projektodawców, producentów i operatorów robotów, w tym robotów z wbudowaną autonomią i możliwością samodzielnego uczenia się, ponieważ prawa te nie mogą zostać przekształcone w kod maszynowy", a w przypisie do tego punktu wyliczono wszystkie oryginalne prawa Asimova, łącznie z prawem zerowym.

Jak wynika z zacytowanego fragmentu, ale też jego miejsca w tekście oraz strukturze rezolucji (pkt T stanowi pierwszą spośród „Zasad ogólnych") oraz użycia nazwy niegdyś generalnej, dziś już chyba indywidualnej (nie użyto nawet imienia twórcy praw), prawa Asimova mają status szczególny – toposu, rozumianego albo jako miejsce wspólne (*locus communis*) dla różnych dziedzin, takich jak robotyka, etyka, prawo, albo jako argument niewymagający uzasadnienia, albo jako aksjomat będący niepodważalną podstawą jakiejś teorii.

Możliwe jest także przyjęcie stanowiska, że prawa Asimova są tu przywoływane raczej jako pewna figura retoryczna, podczas gdy tak naprawdę chodzi o nałożenie na twórców, współtwórców i kierujących robotami szczególnych obowiązków w zakresie tworzenia i wykorzystywania robotów. I choć w takim przypadku wiele z wymienionych powyżej problemów także się pojawia (problemy z zastosowaniami militarnymi i policyjnymi, ze zdefiniowaniem krzywdy, z ingerencją w ludzką autonomię, z relacją robot – człowiek), to przecież to, kto jest adresatem danych tu praw, nie jest bez znaczenia.

Obie zasady stanowią wyraz marzenia o wszechmocnym dżinie, nad którym człowiek sprawuje pełną kontrolę. Ten fantazmat – jakże pociągający – wydaje się dostępny prawie na wyciągnięcie ręki.

Jeśli odpowiedzialność za ich przestrzeganie ciąży na ludziach, to można rozważać, czy jest to wyłącznie odpowiedzialność moralna, czy może również prawna. Są pewne przesłanki, które przemawiają za tym, że mogłaby to być odpowiedzialność prawna. Na przykład fakt, że także zaniechanie robota i niezapobieżenie uszczerbkowi ludzkości albo człowieka miałoby, zgodnie z prawami Asimova, należeć do zakresu zastosowania normy przewidującej tę odpowiedzialność. W etyce kwestia odpowiedzialności moralnej za zaniechanie jest mocno sporna[21]. Przeważa stanowisko, że odpowie-

21 B. Williams, *A critique of utilitarianism* (w:) J. Smart, B. Williams, *Utilitarianism for and against*, Cambridge–New York–Melbourne 1973, s. 93–150.

działność tego typu zachodzi tylko wówczas, gdy dany podmiot jest z jakiegoś tytułu obarczony obowiązkiem działania (np. strażak ma moralny obowiązek działania w celu ratowania życia ludzkiego w trakcie pożaru, podczas gdy zwykły człowiek takiego obowiązku nie ma)[22]. Powstaje więc pytanie, z jakiej racji (*ratio*) projektant, twórca, producent, właściciel czy inna osoba mieliby być odpowiedzialni za to, że „ich" robot nie udzielił pomocy każdemu, nawet przypadkowemu człowiekowi, żeby ten uniknął uszczerbku (krzywdy). Pomijając inne kwestie, należy zauważyć, że stworzenie i utrzymywanie robota zdolnego do takiej powszechnie niesionej pomocy może być zwyczajnie bardzo kosztowne i może stać w sprzeczności z jego zaprojektowaną funkcją (na przykład komercyjnego świadczenia usług medycznych). Co istotniejsze, ze względu na swe funkcje niektóre roboty byłyby w sposób „naturalny" bardziej zdolne do niesienia pomocy (np. roboty medyczne czy opiekuńcze). Jeśli byłoby to możliwe, robot taki winien (gdyby traktować prawo Asimova poważnie) świadczyć swą pomoc wszystkim, którzy jej potrzebują. W konsekwencji mógłby on funkcjonować jedynie jako obiekt publiczny, dostępny dla wszystkich (nieodpłatnie). Reguł tych nie sposób natomiast stosować do robotów prywatnych, z których korzystanie ma na celu osiągnięcie zysku. Roboty oparte na AI w tym zakresie nie mogą różnić się od innych narzędzi i urządzeń, tzn. do korzystania z nich będą uprawnieni tylko ci, którzy nabędą określone prawo (własność, najem itd.). *A contrario* osoby, które danego prawa do korzystania z robota mieć nie będą, nie będą mogły również skutecznie dochodzić ochrony ze strony robota do siebie nienależącego, a w każdym razie nie w zakresie większym niż jest to możliwe w odniesieniu do jakichkolwiek innych rzeczy. Powszechnie w prawie cywilnym dopuszcza się np. użycie cudzej rzeczy w stanie wyższej konieczności (np. art. 142 k.c.) celem odwrócenia niebezpieczeństwa grożącego bezpośrednio dobrom osobistym (a nawet majątkowym) danej osoby. Nie ma powodów, by w odniesieniu do robotów autonomicznych możliwość taka uległa ograniczeniu, nie wydaje się jednak możliwe stworzenie normy, która nakazywałaby nieograniczony aktywizm po stronie robota w tym zakresie.

22 J. Lucas, *Responsability*, Oxford–New York–Toronto 1993, s. 53.

Na gruncie moralnym łatwiej już można by znaleźć uzasadnienie dla obciążenia twórców i właścicieli czy innych dysponentów robota obowiązkiem zapewnienia takiego jego działania, żeby każdorazowo unikać krzywdy ludzkości (a więc zgodnie z prawem zerowym). W końcu twórcy, producenci, właściciele robotów itd. są częścią ludzkości, a jej niezakłócone funkcjonowanie leży w ich interesie. Natomiast w rygorze norm prawnych można uzasadnić odpowiedzialność za uszczerbek dla ludzkości (spowodowany czy to działaniem, czy zaniechaniem robota), na przykład poprzez odwołanie się do zasad konstytucyjnych, takich jak na przykład zasada dobra wspólnego, która tłumaczy nakładanie podatków. Albo można konstruować uzasadnienia podobne do tych, które ufundowały odpowiedzialność na zasadzie ryzyka za szkody spowodowane przez zakład czy pojazd mechaniczny poruszany siłami przyrody (tj. czerpanie korzyści ze źródła, które zwiększa poziom ryzyka w środowisku). Ale i tu powstają problemy łączące się z zakresem takiej odpowiedzialności. Jak ustalić granicę pomiędzy tymi robotami, które mają zdolność działania w danym zakresie, i tymi które nie mają. Wszak trudno od odkurzacza Roomba wymagać, żeby ratował człowieka topiącego się w wannie. Być może rozwiązanie leżałoby w odpowiednim rozłożeniu ciężaru dowodu. Wraz ze wzrastającą wszechstronnością robotów można by przejść od ciężaru dowodu, że robot powinien był działać, spoczywającego na osobie formułującej roszczenia, do ciężaru dowodu, że robot nie musiał działać, spoczywającego na podmiocie odpowiedzialnym za robota. Ale wtedy pozostają jeszcze inne problemy. Czy robot ma obowiązek reagować na ryzyko skrzywdzenia każdej osoby bez względu na jej położenie i prawa, jakie ma ona w stosunku do robota itd.? Czy też katalog takich osób należałoby przy użyciu jakiegoś kryterium ograniczyć, a jeśli tak, to według jakiego (bliskość w przestrzeni czy pod względem stosunków o charakterze prawnym, czy może wg kryterium wieku itd.)? Reagowanie przez robota na każde ryzyko uszczerbku ludzkości i na ryzyko krzywdy każdego człowieka, w konsekwencji stworzenia i utrzymywania go takim, żeby tę zdolność posiadał, jest raczej niemożliwe. Ewentualność taką należy więc na zasadzie *impossibilium nulla obligatio est* wykluczyć. A w takim razie problem ustalenia kryterium jest nieunikniony.

Pomijając jednak podniesione wątpliwości i zakładając, że miałaby zaistnieć odpowiedzialność prawna, nie uniknie się pytania o rodzaj tej odpowiedzialności. W grę wchodzi odpowiedzialność karna, cywilna, kontraktowa, deliktowa itp., ale może także jakieś nowe powstałe w przyszłości rodzaje odpowiedzialności?

Ponadto należy wziąć pod uwagę, że odpowiedzialność ludzi będzie w jakimś stopniu zależna od tego, jaki status prawny wedle nowych projektowanych regulacji z zakresu „prawa robotów" uzyskają roboty. Inaczej będzie, jeżeli pozostaną rzeczami, a inaczej, jeżeli uzna się wszystkie lub pewne z nich za obdarzone w jakimś zakresie osobowością prawną. W tym drugim przypadku można sobie wyobrazić co najmniej solidarną lub subsydiarną odpowiedzialność robota.

Nadanie choćby szczątkowej podmiotowości prawnej robotom (do rozważenia tej kwestii wzywa rezolucja PE, pkt 59 f), jeśli kiedykolwiek nastąpi, będzie konsekwencją dalszego rozwoju AI i stworzenia silnej AI, ewentualnie jakiejś postaci pośredniej między słabą a silną AI. Możliwość jej autonomicznej decyzji na wielu polach nieuchronnie prowadzić musi do postawienia pytania o zachowanie niezgodne z założeniami, którymi kierowali się twórcy. Najbardziej widoczne będzie to tam, gdzie robot będzie musiał dokonywać ocen i wyborów, których nie można z góry opisać i zaprogramować. W takim wypadku racjonalne będzie uczynienie adresatem – a ściślej: drugim adresatem – praw Asimova samego robota (zgodnie z pierwotnym konceptem). Twórca winien zaprojektować AI według określonych założeń etyczno-prawnych, jednakże w zakreślonych granicach to robot podejmować będzie decyzję, która również musi opierać się na tych zasadach. Ich złamanie musiałoby pociągać za sobą konsekwencje w postaci jakiejś formy odpowiedzialności. Może tu chodzić nie tylko o odpowiedzialność cywilną, ale również specyficzną odpowiedzialność osobistą polegającą na wyeliminowaniu określonej AI z obrotu.

W wypadku zaawansowanej silnej AI, która uzyskałaby rodzaj podmiotowości, należałoby konsekwentnie w zakresie prawa zerowego i pierwszego oczekiwać od robota zachowania co najmniej takiego, jakiego można by na gruncie prawnym oczekiwać od człowieka. Jeśli np. normy prawne nakazują aktywną pomoc osobie znajdującej się w bezpośrednim zagrożeniu życia, to tym bardziej winny obowiązek takiej pomocy nakładać na robota. Tam gdzie tego obowiązku powszechnego nie ma, nałożenie go na roboty wydaje się jednak postulatem dość idealistycznym. Dla przykładu, jeśli robot mógłby pomóc osobie znajdującej się na innym kontynencie, czy winien to zrobić zgodnie z dosłownie potraktowanym prawem robota? Czy superinteligentny robot (system AI) powinien rzeczywiście działać z korzyścią ludzkości ustaloną według sobie znanych kryteriów? Sam Asimov – twórca omawianych tu praw – zwracał uwagę na konsekwencje, do których może to doprowadzić: dla „ludzkości" największym zagrożeniem może być nie kto inny, tylko człowiek.

Już na pierwszy rzut oka widać, że prawa Asimova nie są jednolite, jeżeli chodzi o chronione dobra i podmioty, których interesów chronią.

Prawo zerowe służy ochronie ludzkości. Dotyczy sytuacji i stosunków pomiędzy osobą odpowiedzialną za robota a każdą z istot ludzkich i każdą ze wspólnot takich jednostek – łącznie z największą z nich, jaką jest ludzkość.

Prawo pierwsze służy ochronie życia i szeroko rozumianego zdrowia człowieka (w tym jego dobrostanu). Niektórzy mogą obstawać przy tym, aby ze względów polityki prawa przyjąć szerokie rozumienie krzywdy i uznać, że prawo pierwsze chroni także prawa majątkowe człowieka. Naszym zdaniem byłaby to nadinterpretacja praw Asimova, które służą przede wszystkim bezpieczeństwu fizycznemu ludzi. Ponadto pojawiłby się problem, dlaczego chroniony miałby być tylko majątek istot ludzkich, a już nie osób prawnych, których z pewnością prawa Asimova nie dotyczą. Prawo pierwsze dotyczy sytuacji i stosunków pomiędzy osobą odpowiedzialną za robota a każdą potencjalnie skrzywdzoną istotą ludzką.

Prawo drugie służy ochronie oczekiwań, jakie człowiek formułuje wobec robota; funkcji, jaką robot ma spełniać. Ale chyba nie można uznać, że oczekiwania wszystkich ludzi miałyby być chronione. Choćby z tej przyczyny, że wtedy mogłyby powstawać kolizje między tymi oczekiwaniami. Wydaje się, że prawo to powinno chronić wyłącznie interes osób mających z takiego czy innego tytułu prawo do dysponowania robotem lub wydawania mu poleceń.

Prawo trzecie, przynajmniej na dzisiaj, służy ochronie majątku, którego częścią jest robot, a należącego do podmiotu prawa (osoby fizycznej, prawnej). Gdyby

roboty usamodzielniły się na tyle, że w jakimś zakresie uznano by je za nie-rzeczy, na przykład przyznano by im status podobny do zwierząt albo nawet uczyniono z nich podmiot prawa, to wówczas prawo to chroniłoby też egzystencję i dobrostan samego robota, które mogłyby zostać zagrożone pod wpływem nieuprawnionych do tego podmiotów, na przykład przez człowieka, który „zhakowałby" go i wydałby mu polecenie autodestrukcji.

W związku z różnicami zachodzącym pomiędzy poszczególnymi prawami Asimova odpowiedzialność prawna za ich przestrzeganie, nawet jeżeli przypisze się ją ludziom, musi być zróżnicowana.

Dla prawa zerowego z pewnością nie będą odpowiednie metody regulacji charakterystyczne dla prawa prywatnego. Prawo cywilne nie chroni „ludzkości" jako ogółu ludzi na Ziemi i „ludzkość" nie może domagać się naprawienia szkody, którą poniosła, przy wykorzystaniu mechanizmów cywilnoprawnych. Wątpliwe jest, by istniała możliwość skonstruowania normy prawa cywilnego, która w odniesieniu do działania robota mogłaby w tym zakresie coś zmienić. W konsekwencji na płaszczyźnie prawa cywilnego prawo zerowe jest po prostu nieprzydatne. Ze względu na duże ryzyko związane z naruszeniem tego prawa właściwsze będą metody prawnokarna i prawnoadministracyjna. Odpowiedzialność taka powinna być nieograniczona w czasie, a zatem przechodzić powinna na kolejne podmioty sprawujące nadzór nad robotem albo być współdzielona na różnych zasadach. Początkowo odpowiedzialnym może być producent albo projektant, potem szeroko rozumiany serwisant software'u czy hardware'u, operator lub właściciel. Istotne znaczenie może mieć rejestracja robotów i powiązanie z nią obowiązkowego ubezpieczenia. Ze względu na ryzyko (wraz z upowszechnianiem się robotów będzie ono stale rosło) pojawienia się robotów, których nie będzie można z nikim powiązać (roboty niczyje), konieczne stanie się stworzenie funduszu gwarancyjnego obejmującego szkody wyrządzone przez tego rodzaju roboty.

W zastosowaniu do prawa pierwszego możliwe są dwa główne reżimy: prawnokarny i cywilnoprawny. W obu reżimach powodem stosowania sankcji jest naruszenie jakichś dóbr, które w języku potocznym może być określone jako „krzywda". Jeśli więc uznać, że podstawowym celem odpowiedzialności cywilnej jest naprawienie szkody, to krzywdzenie (o którym mowa w zerowym i pierwszym prawie Asimova) w kontekście prawa cywilnego musiałoby oznaczać nic innego jak „wyrządzenie szkody". Krzywda (człowieka, ludzkości), która na gruncie prawa cywilnego byłaby irrelewantna, musi, jak się wydaje, pozostać taką również w prawie robotów. Trudno w praktyce wyobrazić sobie system normatywny, który dozwolone dla ludzi i niewyrządzające szkody (w ujęciu tradycyjnym) zachowania traktowałby jako bezprawne i „krzywdzące", jeśli będą to działania maszyny. Próba wprowadzenia takiego rozróżnienia z góry skazana jest na niepowodzenie, bo szkoda (zarówno majątkowa, jak i niemajątkowa) musi być odniesiona do poszkodowanego, a nie do sprawcy czy jego zachowania. Jeśli człowiek nie poniósł żadnej szkody (rozumianej według ustalonych reguł prawa cywilnego), to nie sposób przyjąć, że został skrzywdzony – dlatego tylko, że działanie wobec niego podjął robot. Z tego punktu widzenia okazuje się, że zdekodowana na gruncie prawa cywilnego zasada „nie krzywdzić" wiąże się z ogólnymi regułami odpowiedzialności deliktowej, której rzeczywistą treść możemy zrozumieć, odwołując się do konkretnego porządku prawnego. Odwołanie się do reguł ogólnych oznaczać musiałoby zróżnicowanie zakresu ochrony w zależności od porządku wewnętrznego i oczywiście każdorazowo inaczej dekodowałoby prawa Asimova. Jeśli np. w danym porządku prawnym nie dopuszcza się naprawienia tzw. szkód moralnych albo szkód pośrednich, albo limituje się wysokość odszkodowania, to zawartość normatywna prawa Asimova byłaby inna niż tam, gdzie naprawienie takich szkód się dopuszcza. Oczywiście możliwe jest (a nawet pożądane i na gruncie europejskim prawdopodobne) skonstruowanie reguł, które będą odrębnie określać zarówno to, czym jest szkoda, jakie są przesłanki jej naprawienia, jak i to, w jakim zakresie podlega naprawieniu, jeśli jej sprawcą jest robot. Trudno jednak uznać, że będzie to w jakikolwiek sposób wynikać z praw Asimova.

Oczywiście teoretycznie „krzywda" (czy szkoda na gruncie konkretnego porządku prawnego) może oznaczać każde pogorszenie majątku czy dobrostanu człowieka (pierwsze prawo Asimova), a nawet ludzkości (prawo zerowe). Wyobraźmy sobie najprostszy przykład, z którym już dziś mamy powszechnie do czynienia. AI (w postaci niezmaterializowanej) dokonuje transakcji

giełdowych albo gra w gry (np. pokera) na pieniądze. Jeśli wygrywa, to przynajmniej w niektórych wypadkach doprowadza do pogorszenia stanu majątku (a niekiedy nawet i zdrowia) przeciwników (albo kontrahentów w wypadku gry giełdowej). Inny przykład: robot (tym razem AI zmaterializowana) sprząta halę magazynową. Robi to tak dobrze, że pracownik, który robił to wcześniej, traci pracę, a więc jego majątek ulegnie uszczupleniu. W obu jednak sytuacjach tak rozumiana szkoda jest dopuszczalna, bo ocena przesuwa się na płaszczyznę oceny zachowania według reguł danego porządku prawnego (bezprawności). Zatem okoliczność, że zachowanie powoduje czyjś uszczerbek (powoduje jakąś „krzywdę"), nie jest wystarczająca, by uznać je za niedozwolone. Konieczna jest ocena tej szkody przez pryzmat reguł określonego porządku prawnego, które – co charakterystyczne – w wielu wypadkach granicznych odwołują się do ocen nieostrych, pozaprawnych systemów aksjologicznych, reguł etyki itd. W konsekwencji można postawić pytanie, czy zerowe i pierwsze prawa Asimova zawierają jakąś inną treść i powinny być jakoś inaczej interpretowane niż nakaz nieszkodzenia kierowany do innych podmiotów.

Jeżeli mimo powyższych zastrzeżeń chcemy pierwsze prawo Asimova wtłoczyć w reżim cywilnoprawny, to w grę wchodzi na przykład odpowiedzialność analogiczna do dotychczas funkcjonującej odpowiedzialności na zasadach ogólnych za szkodę majątkową i niemajątkową, odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez produkt niebezpieczny, odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez zwierzęta, odpowiedzialności za szkodę spowodowaną przez mechaniczny środek komunikacji poruszany za pomocą sił przyrody. Tak jak w odniesieniu do prawa zerowego, tak również i tu odpowiedzialność powinna być nieograniczona w czasie i przechodzić na kolejne podmioty sprawujące nadzór nad robotem albo być współdzielona na różnych zasadach (solidarna odpowiedzialność producenta i użytkownika, gwarancyjna odpowiedzialność zakładu ubezpieczeń, pomocnicza odpowiedzialność funduszu gwarancyjnego, serwisanta, operatora lub właściciela). W świetle tego, co już zostało powiedziane, należy uznać, że pierwsze prawo Asimova musi być ostatecznie sprowadzone do reguł wykształconych na gruncie cywilistyki. Zakaz krzywdzenia człowieka oznaczać będzie nic innego jak znaną od dawna zasadę *neminem laedere* i zasadę odpowiedzialności za wyrządzoną szkodę. Szkoda ta może obejmować zarówno dobra osobiste człowieka, jak i jego majątek – w tym oczywiście również inne roboty. Przesłanki tej odpowiedzialności zapewne (tak jak w wypadku szkód wyrządzonych przez produkt niebezpieczny, ruch przedsiębiorstwa czy pojazdów mechanicznych) muszą abstrahować od elementów subiektywnych (tj. winy), choć ze względu na autonomiczność robota (zwłaszcza sterowanego przez silną AI) nie jest to kwestia oczywista. Nie ma powodów, by w zakresie odpowiedzialności za szkody wyrządzone przez robota przyjmować *a priori* absolutną odpowiedzialność niezależną od takich okoliczności jak wina czy przyczynienie się poszkodowanego. Zwłaszcza że na gruncie prawa w ogóle pojęcie winy (podobnie jak pojęcie związku przyczynowego) i tak będzie prawdopodobnie wymagało przemyślenia, w miarę jak w życiu społecznym i obrocie prawnym coraz częściej i w coraz

Nie ma powodów, by w zakresie odpowiedzialności za szkody wyrządzone przez robota przyjmować *a priori* absolutną odpowiedzialność niezależną od takich okoliczności jak wina czy przyczynienie się poszkodowanego.

większym zakresie będą uczestniczyć roboty. Pierwsze prawo Asimova nie może być też wskazówką dla prawa cywilnego w zakresie określenia podmiotu, przeciwko któremu nie może zwrócić się robot. Jest zupełnie oczywiste, że naprawienia szkody mógłby dochodzić również inny niż człowiek podmiot prawa cywilnego (osoba prawna). W wypadku nadania robotom jakiejś postaci podmiotowości – pokrzywdzonym może być inny robot, a co za tym idzie nie można wykluczyć sporów sądowych między robotami.

Respektowaniu prawa drugiego sprzyjałaby w największym stopniu odpowiedzialność cywilna za nienależyte wykonanie zobowiązania lub z tytułu rękojmi czy gwarancji. W przypadku zachowania robota polegającego wyłącznie na niewykonaniu polecenia człowieka (przy niewystąpieniu szkody) trudno znaleźć uzasadnienie dla jakichś innych reżimów odpowiedzialności. Przedmiotem dyskusji może stać się to, czy taka odpowiedzialność powinna być ograniczona w czasie, ewentualnie jak długo powinna trwać. Bardzo trudne będzie oczywiście zrealizowanie (od strony technicznej) postulatu, by prawo drugie nie stało w sprzeczności z pierwszym. Nakaz wykonywania poleceń człowieka wchodzący w kolizję z nakazem niewyrządzania człowiekowi krzywdy mogą z punktu widzenia odpowiedzialności cywilnej rodzić jeszcze większe trudności. Czy robot może wartościować krzywdę (dobrostan) i oceniać, które polecenia wykonać, a które nie, albo porównywać szkodę swojego dysponenta, która wyniknie z niewykonania polecenia, ze szkodą, która powstanie, gdy polecenie zostanie wykonane? *Prima facie* problemy, które się z tym wiążą, wydają się po prostu nierozwiązywalne. Jeśli przyjmiemy, że polecenia realizują jakiś interes uprawnionego dysponenta robota, to niewykonanie polecenia może wiązać się (a nawet zwykle będzie się wiązać) z naruszeniem tego interesu, a zatem jakąś postacią szkody dla dysponenta. Z pewnością możliwe jest stworzenie systemów zabezpieczających przed wykonaniem polecenia, które skutkowałoby wyrządzaniem na zewnątrz szkód dających się określić jako znaczące czy oczywiste (np. zabicie czy ciężkie uszkodzenie ciała człowieka). Jednakże tam, gdzie chodzi o szkodę mniej oczywistą dla zewnętrznego obserwatora (np. związaną z przekroczeniem granic swobody wypowiedzi albo szkodą w postaci *lucrum cessans*), wydaje się niemożliwe stworzenie systemu, który dokonywałby oceny, czy należy wykonać polecenie człowieka, czy też raczej nie wykonać, a w konsekwencji spowodować u niego jakiś uszczerbek. Ilość możliwych następstw (zwłaszcza pośrednich) dowolnego zachowania jest nieograniczona, wobec czego analiza potencjalnych szkód wyrządzonych przez robota przy wykonaniu polecenia musiałaby być w jakiś sposób limitowana.

W stosunku do prawa trzeciego właściwa byłaby wyłącznie odpowiedzialność cywilna analogiczna do odpowiedzialności z tytułu rękojmi lub gwarancji. Przedmiotem dyskusji może stać się to, czy taka odpowiedzialność powinna być ograniczona w czasie, ewentualnie jak długo powinna trwać. Problemy opisane w odniesieniu do drugiego prawa stają się tu jeszcze bardziej wyraźne. Robot miałby dokonywać oceny wielokierunkowej, odnoszącej się do zakresu potencjalnych szkód, które mogłyby przez różne jego zachowania (lub zaniechania) zostać spowodowane. Zastosowanie trzeciego prawa robotyki musiałoby prowadzić do wniosku, że robot nie może podejmować żadnych albo prawie żadnych skutecznych działań obronnych w stosunku do ludzi, większość z nich bowiem może wiązać się z jakąś krzywdą człowieka. W praktyce można podejść do zagadnienia trzeciego prawa Asimova na dwa sposoby. Pierwszym byłoby uznanie, że prawo to nie obowiązuje w relacjach robot – człowiek, tzn. robot w ogóle nie może bronić się przed zagrożeniem ze strony człowieka. Z punktu widzenia lęków przed wszechmocnymi maszynami taka koncepcja wydaje się dość atrakcyjna. Drugim możliwym rozwiązaniem byłoby dopuszczenie w tych relacjach jakiegoś rodzaju obrony koniecznej robota. To pozornie racjonalne podejście grozi jednak naruszeniem godności człowieka, który mógłby znaleźć się w gorszej pozycji niż maszyna. W dłuższej perspektywie, gdyby siły (fizyczne i intelektualne) robotów znacząco przewyższyły potencjał ludzki, oznaczałoby to groźbę, że świat stanie się światem maszyn, którym – mówiąc obrazowo – ludzie powinni grzecznie się kłaniać, by uniknąć „dyscyplinującego" działania robota. Bardziej racjonalne – z ludzkiej perspektywy – jest zatem konsekwentne traktowanie robota jako rzeczy, która nie może – w żadnych okolicznościach – narzucać swej woli człowiekowi (zatem i aktywnie się bronić). Jeśli jednak dopuści się jakąś postać personifikacji AI, zwłaszcza

w wypadku silnej AI, a tym bardziej samoświadomej, to i dopuszczenie samoobrony takiego podmiotu wydaje się nieuniknione. W takim wypadku jednak trudno by z kolei było wskazać, dlaczego robota miałoby ograniczać trzecie prawo Asimova, tzn. dlaczego miałby on poświęcać swą podmiotowość w imię kaprysu człowieka.

Oprócz powyższego należy pamiętać, że za każdym razem gdy naruszenie praw nastąpiłoby z powodu ingerencji jakiegoś podmiotu nieuprawnionego (który na przykład „zhakowałby" robota, bezpośredniego sprawcę naruszenia któregoś z praw) w grę wchodziłaby odpowiedzialność cywilna i karna tego podmiotu, obok ewentualnej odpowiedzialności karnej lub cywilnej podmiotu sprawującego nadzór nad robotem za niedopełnienie obowiązków.

Gdyby zaś szeroko rozumianym robotom przyznano w jakimś zakresie osobowość prawną, w grę wchodziłaby także samodzielna, solidarna lub subsydiarna odpowiedzialność cywilna takiego nowego podmiotu prawa, ale także odpowiedzialność karna, na przykład analogiczna do odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary. Przyznanie osobowości podważałoby jednak – co było już sygnalizowane – sensowność drugiego prawa Asimova, tzn. obowiązku wykonywania poleceń człowieka. Daleko posunięta autonomiczność, wynikająca z wysokiej, wieloaspektowej inteligencji, połączona z dużymi możliwościami wpływania na rzeczywistość fizyczną (robot wielozadaniowy, android) musiałaby wiązać się z koniecznością subiektywizacji odpowiedzialności, tj. analizowania określonych zachowań nie tylko przez pryzmat zachowania określonych reguł postępowania, ale – jak w wypadku człowieka – również odniesienia tego do przesłanek subiektywnych, takich jak wina.

4. Podsumowanie

Powyższa analiza wykazuje, że prawa Asimova, nawet jeżeli za ich adresatów uznaje się ludzi sprawujących kontrolę nad robotem, nie są wystarczającą teoretyczną podstawą dla budowania konkretnej regulacji prawnej, zwłaszcza z zakresu prawa cywilnego. Co najmniej (abstrahując od innych braków opisanych powyżej), nie obejmują swym zakresem wszystkich sytuacji wymagających uregulowania. Na przykład w ogóle nie odnoszą się do kwestii odpowiedzialności za działania lub zaniechania robota wobec podmiotów prawa niebędących ludźmi. Wątpliwe jest też ustanowienie prostej i bezwarunkowej odpowiedzialności za brak działania robota, w sytuacji gdy mogłoby ono zapobiec uszczerbkowi ludzkości lub krzywdzie człowieka. Ponadto prawa Asimova nie różnicują robotów ze względu na istotne ich cechy, które powinny wpływać na wiążącą się z nimi odpowiedzialność. Wszystko to wskazuje, że przywołanie praw Asimova w rzeczonej rezolucji PE nie ma w żadnym razie charakteru normatywnego. Można co najwyżej uznać, że stanowi ono bardzo ogólne i niekoniecznie wiążące wskazanie pewnych wartości kulturowych i moralnych, których ochrona i realizacja są przez Parlament Europejski zalecane. Ale ponieważ podobne lub te same wartości są wskazywane również w innych miejscach tej rezolucji, to przywołanie praw Asimova można uznać za redundantne – mimo pozorów obiektywizmu odwołujące się tak naprawdę do emocji lub będące jedynie retorycznym środkiem estetycznym bądź perswazyjnym.

Racjonalne – z ludzkiej perspektywy – jest konsekwentne traktowanie robota jako rzeczy, która nie może – w żadnych okolicznościach – narzucać swej woli człowiekowi lub aktywnie się bronić.

Ten stan rzeczy daje dobre powody, by przypuszczać, że przyczyną przywołania praw Asimova w rezolucji nie były jakieś głębokie refleksje autorów tego dokumentu, ale raczej trwający wciąż jeszcze w kulturze

stan zawieszenia pomiędzy dwoma paradygmatami robotyki: tradycyjnym paradygmatem androidalnym (grec. ἀνδρός – mężczyzna, istota ludzka), wedle którego robot ma kształt człowieka i jest jego analogonem, a współczesnym paradygmatem neuronalnym, wedle którego postać fizyczna robota nie ma w gruncie rzeczy znaczenia, najważniejsze bowiem jest jego uposażenie kognitywne. Dopóki więc nowy paradygmat nie zwycięży w umysłach ludzi i podręczniki nie zostaną ostatecznie napisane na nowo[23] ryzyko takich nieporozumień wciąż będzie trwało.

Artykuł powstał dzięki wsparciu Narodowego Centrum Nauki, grant 2018/29/B/HS5/00421.

Bibliografia

Anderson S.L., *Asimov's „Three Laws of Robotics" and Machine Metaethics,* „AI & Society" 2008, vol. 22, nr 4, s. 477–493.

Asimov I., *Bicentennial Man*, Ballantine Books, New York 1976.

Asimov I., *Robots and Empire*, Doubleday Books, New York 1985.

Asimov I., *Runaround*, Astouding Science Fiction, New York 1942.

Barbrook R., *Imaginary Futures. From Thinking Machines to the Global Village*, Pluto Press, London 2007.

Bostrom N., *Superintelligence. Paths, Dangers, Strategies*, Oxford University Press, Oxford 2014.

Clarke R., *Asimov's laws of robotics: Implications for information technology. Part 2*, „Computer" 1994, vol. 27, nr 1, s. 57–66.

Commission Staff Working Document, *Liability for emerging digital technologies*, COM(2018) 237 final, Brussels, 24.4.2018, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX%3A52018SC0137.

EC High-Level Expert Group on AI, *A definition of Artificial Intelligence: main capabilities and scientific disciplines*, Brussels (8.4.2019), https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/definition-artificial-intelligence-main-capabilities-and-scientific-disciplines. (dostęp 17.06.2020).

EC High-Level Expert Group on AI. (8.4.2019), *Ethics Guidelines for Trustworthy AI*„; https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/ethics-guidelines-trustworthy-ai. (dostęp 17.06.2020).

EC Joint Research Centre, *Artificial Intelligence. A European Perspective*, Luxembourg 2018. https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/bitstream/JRC113826/ai-flagship-report-online.pdf (dostęp 22.06.2020).

European Commission, *Raport on the safety and liability impications of Artificial Intelligence, the Internet of Things and robotics*, Brussels, 19.2.2020 COM (2020) 64 final, https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/report-safety-liability-artificial-intelligence-feb2020_en_1.pdf.

Expert Group on Liability and New Technologies – New Technologies Formation, *Liability for Artificial Intelligence and Other Emerging Digital Technologies*, European Union 2019.

Księżak P., *Zdolność prawna sztucznej inteligencji* (w:) *Czynić postęp w prawie. Księga jubileuszowa dedykowana Profesor Birucie Lewaszkiewicz-Petrykowskiej*, red. W. Robaczyński, Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, Łódź 2017, s. 63–72.

Kuhn T., *The Structure of Scientific Revolutions*, The University of Chicago Press, Chicago– London 1996.

Lucas J., *Responsability*, Oxford University Press, Oxford–New York–Toronto 1993.

McCauley L, *AI Armageddon and the Three Laws of Robotics*, „Ethics and Information Technology" 2007, vol. 9, nr 2, s. 153–164.

Murphy R., Woods D., *Beyond Asimov: The Three Laws of Responsible Robotics*, „IEEE Intelligent Systems" 2009, vol 24, nr 4, s. 14–20.

Nilsson N., *The Quest for Artificial Intelligence: A History of Ideas and Achievements*, Cambridge University Press, New York 2009.

Rezolucja Parlamentu Europejskiego z dnia 16 lutego 2017 r. zawierająca zalecenia dla Komisji w sprawie przepisów prawa cywilnego dotyczących robotyki, P8_TA(2017)0051 (Dz.Urz. UE C 252 z 18.7.2018, s. 239–257).

Searle J.R., *Minds, Brains and Science*, Harvard University Press, Cambridge Ma 1984.

Weng Y.-H., Chen C.-H., Sun C.-T., *Safety Intelligence and Legal Machine Language: Do We Need the Three Laws of Robotics?* (w:) *Service Robot Applications*, ed. Y. Takahashi, Intech-Open 2008, s. 195–214, https://www.intechopen.com/books/service_robot_applications/safety_intelligence_and_legal_machine_language_do_we_need_the_three_laws_of_robotics (dostęp 17.06.2020).

Williams B., *A critique of utilitarianism* (w:) Smart J., Williams B., *Utilitarianism for and against*, Cambridge University Press, Cambridge–New York–Melbourne 1973, s. 77–150.

23 T. Kuhn pisał, że zwycięstwo nowego paradygmatu nie będzie pełne, jeżeli nie zostaną napisane od nowa podręczniki. Podręczniki pełnią bowiem niezwykle istotną rolę w internalizowaniu paradygmatu nie tylko przez szeroką publiczność czy nowicjuszy w danej dziedzinie, ale wszystkich przedstawicieli tzw. nauki normalnej. T. Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions*, The University of Chicago Press, Chicago–London 1996, s. 149.

Agata Pyrzyńska

Brexit a wybory do Parlamentu Europejskiego w 2019 roku. Rozważania na tle wyborów w Polsce

Agata Pyrzyńska

Doktor nauk prawnych, adiunkt w Instytucie Nauk Prawnych Uniwersytetu Szczecińskiego; zainteresowania naukowe koncentruje na zagadnieniach prawa konstytucyjnego i wyborczego.

agata.pyrzynska@usz.edu.pl

https://orcid.org/0000-0002-4573-4310

Brexit and the European Parliament Elections in 2019. Considerations in the Context of the Elections in Poland

The withdrawal of Great Britain from the European Union turned out to be important not only for the citizens of this country but for all Member States of the European Union. One of the important consequences of the notification of the withdrawal from the organization was to determine the constitution of the European Parliament taking into account variants of the moment when Brexit takes effect. The paper analyzes the impact of the UK's withdrawal from the European Union on the conduct of elections and the appointment of seats in the European Parliament. This issue is presented primarily on the example of the elections held in Poland. The first part of the article discusses the procedure for the withdrawal of Great Britain from the EU and related problems. The second part is devoted to the impact of Brexit on the distribution of seats in the EP depending on the moment of Great Britain's withdrawal from the European Union. The third part of the article examines problems associated with the procedure for indicating a Polish representative awaiting his mandate and his status.

Słowa kluczowe: wybory, Parlament Europejski, poseł, brexit, prawo wyborcze

Key words: elections, European Parliament, deputy, Brexit, electoral law

https://doi.org/10.32082/fp.v0i4(60).365

1. Wprowadzenie

Powstanie i kształtowanie się Wspólnot, a następnie Unii Europejskiej jako organizacji międzynarodowej integrującej państwa europejskie na wielu płaszczyznach, bez wątpienia uznać należy za jeden z najważniejszych procesów zachodzących w powojennej Europie. Unia stała się organizacją unikatową, w której państwa o zróżnicowanych wartościach, tradycjach i kulturze[1] podjęły

1 Nie bez znaczenia jest dewiza Unii Europejskiej „Zjednoczeni w róż-

próbę budowania względnie trwałego pomostu pomiędzy narodami Europy, przyjmując jednocześnie zobowiązanie do przestrzegania wspólnych norm prawa unijnego. Jak jednak pokazała praktyka, ponadnarodowa współpraca i ważenie interesów nie zawsze są zadaniem prostym, a samo członkostwo w Unii bezwzględnie trwałe. Przykład Wielkiej Brytanii pokazał bowiem, że nawet ponad czterdziestoletnie wspólne doświadczenia w budowaniu zjednoczonej Europy nie są gwarancją wypracowania jednolitych stanowisk na wszystkich polach integracji.

Jednym z ważniejszych wyzwań, z którymi przyszło zmierzyć się Unii Europejskiej, jest bez wątpienia brexit.

Jednym z ważniejszych wyzwań, z którymi przyszło zmierzyć się Unii Europejskiej, jest bez wątpienia brexit. Choć pojęcie to nie należy do języka prawnego, na trwałe wpisało się w europejski dyskurs polityczny, a co za tym idzie – jest powszechnie stosowane, w tym także wśród wysokich urzędników unijnych. Pod pojęciem tym rozumieć należy bezprecedensową dotychczas procedurę wystąpienia państwa członkowskiego z Unii Europejskiej, a mianowicie proces opuszczenia organizacji przez Wielką Brytanię[2]. Warto jednak odnotować, że w literaturze pojęcie to łączone jest niekiedy także z wydarzeniem, które bezpośrednio poprzedziło podjęcie formalnych środków do osiągnięcia tego celu. Mowa tu o referendum przeprowadzonym 23 czerwca 2016 r. w Wielkiej Brytanii z inicjatywy ówczesnego jej premiera Davida Camerona[3]. Uprawnieni do udziału w referendum mieli możliwość wyrażenia w nim opinii w przedmiocie dalszej integracji bądź zerwania opartej na unijnych zasadach współpracy. W referendum tym aż 51,9% głosujących opowiedziało się za opuszczeniem przez Wielką Brytanię Unii Europejskiej[4], co otworzyło drogę do uruchomienia procedury określonej w art. 50 TUE. Przywołany przepis, wprowadzony do unijnego porządku prawnego przez Traktat z Lizbony[5], przewiduje jedyną prawną możliwość wystąpienia z UE[6]. Na mocy ust. 1 tego artykułu każde państwo członkowskie może, zgodnie ze swoimi wymogami konstytucyjnymi, podjąć decyzję o wystąpieniu z Unii. W myśl art. 50 ust. 2 TUE obowiązkiem państwa, które podjęło decyzję o wystąpieniu, jest notyfikacja tego faktu Radzie Europejskiej, w dalszej

norodności", której brzmienie z jednej strony podkreśla bogactwo tradycji, kultur, języków państw członkowskich UE, z drugiej zaś wskazuje na zasadnicze cele określone w art. 3 Traktatu o Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana Dz.Urz. UE C 202 z 7.6.2016, s. 13–46) dalej jako TUE.

2 Ciekawie na temat zasadniczych osi debaty nad wystąpieniem Wielkiej Brytanii z UE pisał m.in. M.P. Garapich, *Brexit – fakty, mity, liczby. Możliwe konsekwencje wystąpienia Wielkiej Brytanii z Unii Europejskiej. Analiza głównych osi debat publicznych*, Warszawa 2016, s. 9 i n.

3 T.R. Szymczyński, *Brexit a wyzwania identyfikacyjne w odniesieniu do procesu integracji europejskiej z perspektywy hermeneutycznej*, „Rocznik Integracji Europejskiej" 2016, nr 10, s. 68–69; K. Kupis, *Swój – obcy – inny. Brexit i jego społeczne konsekwencje*, „Polonia Journal" 2017, nr 5–6, s. 78.

4 Warto odnotować, że w referendum udział wzięło 72,2% uprawnionych; por. *Results and turnout at the EU referendum*, The Electoral Commission (UK), https://www.electoralcommission.org.uk/who-we-are-and-what-we-do/elections-and-referendums/past-elections-and-referendums/eu-referendum/results-and-turnout-eu-referendum (dostęp 09.02.2020).

5 Traktat z Lizbony zmieniający Traktat o Unii Europejskiej i Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską podpisany w Lizbonie dnia 13 grudnia 2007 r. (Dz.Urz. UE C 306 z 17.12.2007, s. 1–271).

6 J. Carmona, C. Cirlig, G. Sgueo, *UK withdrawal from the European Union. Legal and procedural issues*, European Parliamentary Research Service, European Union 2017, s. 4–5.

zaś kolejności Unia Europejska na podstawie wytycznych Rady Europejskiej prowadzi negocjacje i zawiera z zainteresowanym państwem umowę określającą warunki jego wystąpienia, przy uwzględnieniu ram dalszych stosunków z Unią. Taka umowa „wystąpieniowa" zawierana jest w imieniu UE przez Radę – stanowiącą większością kwalifikowaną po uzyskaniu zgody Parlamentu Europejskiego. Postanowienia traktatowe w takim przypadku – co do zasady – przestają mieć zastosowanie w stosunku do państwa „występującego" od dnia wejścia w życie przedmiotowej umowy lub – w razie jej braku – dwa lata po notyfikacji decyzji o wystąpieniu (art. 50 ust 3). Wyjątkiem jest sytuacja, gdy Rada Europejska, działając w porozumieniu z zainteresowanym państwem członkowskim, jednomyślnie podejmie decyzję o przedłużeniu tego okresu. Dodać należy, że wystąpienie państwa ze struktury UE nie oznacza trwałej utraty związku z organizacją. Zgodnie bowiem z art. 50 ust. 5 TUE państwo, które wystąpiło z UE, może ubiegać się o ponowne członkostwo w zwykłym trybie.

W przypadku Wielkiej Brytanii procedura opuszczenia UE okazała się procesem wyjątkowo trudnym i długotrwałym. Choć notyfikacja decyzji o wystąpieniu nastąpiła w dniu 29 marca 2017 r.[7], to jednak proces negocjacji umowy wystąpieniowej napotkał na szereg trudności. W ich konsekwencji na wniosek Wielkiej Brytanii termin określony w art. 50 ust. 3 TUE, który pierwotnie upłynąć miał w dniu 29 marca 2019 r., na skutek kolejnych porozumień pomiędzy Radą Europejską a Wielką Brytanią został przesunięty najpierw na dzień 22 maja 2019 r.[8], następnie na 31 października 2019 r.[9], wreszcie na 31 stycznia 2020 r.[10] Tego dnia o północy Wielka Brytania opuściła UE. Stała się wówczas państwem trzecim, a co za tym idzie – utraciła prawo do reprezentacji w instytucjach unijnych[11].

Jak pokazała praktyka, niepewność co do dalszego członkostwa Wielkiej Brytanii w Unii Europejskiej okazała się szczególnie istotna w kontekście wyborów do Parlamentu Europejskiego przypadających w roku 2019.

Co jednak wymaga podkreślenia, kilkukrotna prolongata terminu służąca wypracowaniu satysfakcjonujących obie strony warunków brexitu niosła za sobą

7 Pismo premier Wielkiej Brytanii Theresy May notyfikujące Radzie Europejskiej decyzję o wystąpieniu z UE z dnia 29 marca 2017 r., http://data.consilium.europa.eu/doc/document/XT-20001-2017-INIT/en/pdf (dostęp 9.02.2020).

8 Przy założeniu, że umowa o wystąpieniu zostałaby zatwierdzona przez Izbę Gmin w następnym tygodniu. W przypadku niedojścia do skutku tych ustaleń Rada Europejska uzgodniła przedłużenie okresu do dnia 12 kwietnia 2019 r. i wskazała, że oczekuje, iż przed dniem 12 kwietnia 2019 r. Zjednoczone Królestwo określi dalsze działania; zob. Decyzja Rady Europejskiej (UE) 2019/476 przyjęta w porozumieniu ze Zjednoczonym Królestwem z dnia 22 marca 2019 r. przedłużająca okres, o którym mowa w art. 50 ust. 3 TUE (Dz. Urz. UE L 80I z 22.3.2019, s. 1–2).

9 Decyzja Rady Europejskiej (UE) 2019/584 przyjęta w porozumieniu ze Zjednoczonym Królestwem z dnia 11 kwietnia 2019 r. przedłużająca okres, o którym mowa w art. 50 ust. 3 TUE (Dz.Urz. UE L 101 z 11.4.2019, s. 1–3).

10 Decyzja Rady Europejskiej (UE) 2019/1810 przyjęta w porozumieniu ze Zjednoczonym Królestwem z dnia 29 października 2019 r. przedłużająca okres, o którym mowa w art. 50 ust. 3 TUE (Dz.Urz. UE L 278I z 30.10.2019, s. 1–3).

11 *Brexit: Council adopts decision to conclude the withdrawal agreement*, https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2020/01/30/brexit-council-adopts-decision-to-conclude-the-withdrawal-agreement/ (dostęp 29.03.2020).

szereg skutków na płaszczyźnie funkcjonowania niemal całej Unii. Opuszczenie UE przez Wielką Brytanię nie było bowiem wyłącznie jej indywidualną sprawą. Należy mieć na uwadze, że Unia funkcjonuje jako organizm będący w istocie systemem naczyń połączonych. Jak pokazała praktyka, niepewność co do dalszego członkostwa Wielkiej Brytanii okazała się szczególnie istotna w kontekście wyborów do Parlamentu Europejskiego przypadających w terminie 23–26 maja 2019 r. Celem niniejszego artykułu jest analiza wpływu wystąpienia przez Wielką Brytanię z UE na przygotowanie, przebieg oraz wyniki wyborów do PE. Jest bowiem oczywiste, że zarówno przygotowanie, jak i przebieg tych wyborów musiały przebiegać w warunkach niepewności co do skuteczności brexitu, który na tamten moment był przecież zdarzeniem przyszłym. Proces ten – z uwagi na interesujące implikacje na gruncie polskiego prawa wyborczego – zostanie przedstawiony w kontekście organizacji i ustalenia wyników wyborów przeprowadzonych w Polsce.

2. Brexit a zasady podziału mandatów w PE w kadencji 2019–2024 pomiędzy państwa członkowskie

Parlament Europejski w systemie instytucjonalnym UE charakteryzuje się szczególnym charakterem. Jego odmienność wynika bowiem z faktu, iż jako jedyna instytucja UE pochodzi z powszechnych i bezpośrednich wyborów[12]. Oznacza to, iż przypisano mu szczególny status, jako gremium o charakterze przedstawicielskim, a zatem legitymowanym bezpośrednio przez obywateli państw członkowskich UE[13]. Rozwiązanie to koresponduje z sukcesywnym zwiększaniem kompetencji tej instytucji, którego zwieńczeniem są regulacje przyjęte w Traktacie z Lizbony[14].

Podstawowe, wspólne wszystkim państwom członkowskim zasady wyboru przedstawicieli obywateli UE do PE określone zostały w art. 14 TUE oraz w akcie dotyczącym wyborów członków Parlamentu Europejskiego w powszechnych wyborach bezpośrednich, załączonym do decyzji Rady 76/787/EWWiS, EWG, Euratom z dnia 20 września 1976 r.[15] (dalej: akt z 1976 r.). W pozostałym zakresie to na poszczególnych państwach ciąży obowiązek doprecyzowania przepisów regulujących procedurę wyboru na poziomie krajowym. Z punktu widzenia niniejszego opracowania za szczególnie istotną uznać należy regulację zawartą w art. 14 TUE. Zgodnie ze wskazanym przepisem w skład PE wchodzą przedstawiciele obywateli Unii w liczbie nieprzekraczającej 751, wliczając przewodniczącego, zaś reprezentacja obywateli ma charakter degresywnie proporcjonalny, z minimalnym progiem sześciu parlamentarzystów. Oznacza to, iż liczba mandatów przypadających każdemu państwu członkowskiemu jest zależna od liczby mieszkańców tego państwa, przy zastrzeżeniu, że przedstawiciel z państwa członkowskiego o większej liczbie ludności reprezentuje większą liczbę obywateli niż przedstawiciel z państwa o mniejszej liczbie ludności[16]. Zasada ta jest przejawem koniecznej racjonalizacji sposobu podziału mandatów, zważywszy na duże zróżnicowanie ludnościowe poszczególnych państw członkowskich UE. Traktat zastrzega także, iż minimalna liczba posłów wybranych w danym państwie wynosi sześciu, zaś największa – dziewięćdziesięciu sześciu przedstawicieli. Zgodnie z art. 14 ust. 2 TUE konkretny podział mandatów pomiędzy państwa

12 Pierwsze powszechne i bezpośrednie wybory do PE odbyły się w czerwcu 1979 r.

13 J. Maliszewska-Nienartowicz, *System instytucjonalny i prawny Unii Europejskiej*, Toruń 2010, s. 80. Na marginesie można dodać, że innym przejawem zwiększania demokratycznej legitymizacji instytucji UE jest przyjęcie procedury powoływania Przewodniczącego Komisji Europejskiej w formule tzw. *Spitzenkandidat*, polegającej na mianowaniu kandydatów przez poszczególne europejskie partie polityczne, por. K. Niklewicz, *Sposób na wyborcę*, Instytut Obywatelski, „Analiza" 2014, nr 5, s. 6 i n. oraz rezolucja Parlamentu Europejskiego z dnia 22 listopada 2012 r. w sprawie wyborów do Parlamentu Europejskiego w 2014 r., https://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2012-0462+0+DOC+XML+V0//PL (dostęp 10.02.2020).

14 J. Maliszewska-Nienartowicz, *System instytucjonalny i prawny...*, s. 78–79.

15 Akt dotyczący wyborów członków Parlamentu Europejskiego w powszechnych wyborach bezpośrednich, załączony do decyzji Rady 76/787/EWWiS, EWG, Euratom z dnia 20 września 1976 r. (Dz.Urz. L 278 z 8.10.1976, s. 5).

16 Zob. Decyzja Rady Europejskiej (UE) 2018/937 z dnia 28 czerwca 2018 r. ustanawiająca skład Parlamentu Europejskiego (Dz.Urz. UE L 165 I z 2.7.2018, s. 1–3), art. 1.

członkowskie powinien zostać dokonany na mocy decyzji Rady Europejskiej przyjętej z inicjatywy i po uzyskaniu zgody PE. W odniesieniu do wyborów do PE, które odbyły się w dniach 23–26 maja 2019 r., decyzja taka wydana została już 28 czerwca 2018 r.[17] Co jednak należy podkreślić, Rada Europejska, wykonując zobowiązanie wynikające z art. 14 ust. 2 TUE, z uwagi na trwający wówczas proces negocjacji pomiędzy UE a Wielką Brytanią w zakresie wystąpienia tego państwa z UE, musiała podjąć konkretne rozstrzygnięcia, działając w niepewności zarówno co do ich efektu, jak i potencjalnego terminu, w którym faktyczne opuszczenie Unii mogłoby nastąpić. W konsekwencji w art. 3 ust. 1 przywołanej decyzji, opierając się na przewidywanym terminie granicznym wynikającym z art. 50 TUE, Rada Europejska dokonała podziału mandatów, zasadniczo nie uwzględniając w nim udziału Wielkiej Brytanii[18]. Jednocześnie, mając na uwadze występującą wówczas niepewność co do losów negocjacji brexitowych, w ust. 2 przytoczonego artykułu poczyniła zastrzeżenie, że w przypadku gdyby na początku kadencji 2019–2024 Wielka Brytania nadal była członkiem UE, rozdział mandatów pomiędzy państwa dokonany zostanie w oparciu o art. 3 decyzji Rady Europejskiej z 2013 r., a zatem w sposób tożsamy z alokacją mandatów, która miała miejsce podczas wyborów w 2014 r. Podział taki z kolei miał utrzymać się do czasu, gdy wystąpienie Wielkiej Brytanii z Unii stanie się prawnie skuteczne. Jednocześnie wskazano, że w przypadku zaktualizowania się brexitu, przedstawiciele „zawieszeni" obejmą mandat „w tym samym czasie". Taki stan rzeczy wynikał z faktu, że sama notyfikacja decyzji o wystąpieniu z UE nie konstytuowała *sui generis* stanu przejściowego, jeśli chodzi o prawa i obowiązki członka UE, a Wielka Brytania na równi z innymi państwami musiała mieć prawo do zapewnienia jej obywatelom wpływu na obsadę personalną omawianego organu przedstawicielskiego Unii.

Sama notyfikacja decyzji o wystąpieniu z UE nie konstytuowała *sui generis* stanu przejściowego, jeśli chodzi o prawa i obowiązki członka UE, a Wielka Brytania na równi z innymi państwami musiała mieć prawo do zapewnienia jej obywatelom wpływu na obsadę personalną Parlamentu Europejskiego.

Do momentu wyborów do Parlamentu Europejskiego w 2019 r. procedura wystąpienia Wielkiej Brytanii z UE nie została sfinalizowana. Rada Europejska, dostrzegając duże prawdopodobieństwo takiego biegu wydarzeń, już w decyzji z dnia 22 marca 2019 r., uzgadniając przedłużony termin brexitu na dzień 22 maja 2019 r., wskazała: „Jeżeli Zjednoczone Królestwo nadal będzie państwem członkowskim w dniach 23–26 maja 2019 r., będzie miało obowiązek przeprowadzenia wyborów do Parlamentu Europejskiego zgodnie z prawem Unii". Podobnie niepomyślne prognozy dotyczące porozumienia na linii Wielka Brytania – UE pojawiły się w związku z kolejnym wnioskiem Zjed-

17 Tamże.

18 Rozwiązanie oparto zatem na przypuszczeniu, że wystąpienie Wielkiej Brytanii z UE nastąpi zgodnie z art. 50 TUE na skutek zawarcia umowy bądź po upływie dwóch lat od momentu notyfikacji Radzie Europejskiej decyzji o wystąpieniu, a zatem jeszcze przed wyborami do PE, w dniu 29 marca 2019 r.

noczonego Królestwa o przesunięcie terminu wynikającego z art. 50 TUE. Skutkował on wydaniem przez Radę Europejską kolejnej decyzji – z dnia 11 kwietnia 2019 r. Poza prolongatą omawianego terminu na dzień nie późniejszy niż 31 października 2019 r. Rada ponownie podkreśliła wówczas, że dalsze członkostwo Zjednoczonego Królestwa w Unii w dniach 23–26 maja 2019 r., przy jednoczesnym braku ratyfikacji umowy o wystąpieniu do dnia 22 maja 2019 r., Europejska zobowiązała Wielką Brytanię do działania w sposób konstruktywny i odpowiedzialny przez cały okres przedłużenia, z poszanowaniem „obowiązku lojalnej współpracy". Podkreśliła także, iż państwo to w aktualnej sytuacji „musi ułatwiać realizację zadań Unii i powstrzymywać się od wszelkich działań, które mogłyby zaszkodzić osiągnięciu celów Unii, w szczególności podczas uczestnictwa w procesach decyzyjnych[19]".

Doszło do swoistego paradoksu: stojąca u progu wyjścia z UE Wielka Brytania dokonała wyboru swoich przedstawicieli do PE jako jedno z pierwszych państw członkowskich UE.

będzie związane z obowiązkiem przeprowadzenia przez nie wyborów do PE zgodnie z prawem Unii. Co istotne, Rada Europejska dodatkowo wyraźnie zapowiedziała, że gdyby wybory w Wielkiej Brytanii nie zostały przeprowadzone, przedłużenie wygaśnie *ex lege* z dniem 31 maja 2019 r. Takie zastrzeżenie miało służyć zagwarantowaniu, że Wielka Brytania, pomimo pesymistycznego nastawienia wobec konieczności organizacji i przeprowadzenia wyborów, które w dalszej perspektywie mogłyby nie mieć dla niej znaczenia, respektować będzie postanowienia traktatowe. Okoliczność nieprzeprowadzenia wyborów mogłaby bowiem nieść za sobą poważne konsekwencje natury prawnej, zarówno jeśli chodzi o funkcjonowanie PE, jak i w odniesieniu do samego mechanizmu przydzielenia przysługujących po Wielkiej Brytanii (w przypadku brexitu) mandatów. Nie byłoby bowiem możliwe zastosowanie art. 3 ust. 1 decyzji Rady Europejskiej (UE) 2018/937 z dnia 28 czerwca 2018 r., a zatem dokonanie wyboru przedstawicieli poszczególnych państw w liczbie „zwiększonej", skoro w art. 3 ust. 2 wyraźnie zastrzeżono, że członkostwo Zjednoczonego Królestwa w UE na początku kadencji 2019–2024 implikuje konieczność stosowania dotychczasowego podziału mandatów. Dlatego też Rada

W konsekwencji układ zdarzeń wynikający z obowiązujących przepisów okazał się dość nietypowy. Wielka Brytania, choć bez wątpienia sceptycznie nastawiona do dalszego członkostwa w Unii, jako wciąż jej pełnoprawny członek musiała przeprowadzić głosowanie w wyborach do PE. Biorąc pod uwagę przepisy wewnętrzne, głosowanie to musiało zostać zarządzone na czwartek 23 czerwca 2019 r., a zatem w pierwszy możliwy dzień okresu wyborczego statuowanego przez art. 10 ust. 1 aktu z 1976 r. W konsekwencji doszło do swoistego paradoksu, że to właśnie stojąca u progu wyjścia z UE Wielka Brytania dokonała wyboru swoich przedstawicieli do PE jako jedno z pierwszych państw członkowskich UE. Oznaczało to jednocześnie, że pierwotny podział mandatów po wyborach musiał nastąpić według zasady określonej w art. 3 ust. 2 decyzji Rady Europejskiej (UE) 2018/937, a zatem analogicznie do podziału dokonanego po wyborach w 2014 r. Na marginesie warto odnotować, że inaczej stało się w odniesieniu do procedury powołania Komisji Europejskiej. W tym zakresie, pomimo ciążącego

19 Decyzja Rady Europejskiej (UE) 2019/584, cyt. wyżej (przyp. 9).

na Wielkiej Brytanii obowiązku, państwo to nie wskazało swojego kandydata[20].

Na podsumowanie tej części rozważań wskazać należy, że w związku z opuszczeniem UE przez Zjednoczone Królestwo nastąpiła zmiana składu PE. Zgodnie z brzmieniem decyzji Rady Europejskiej (UE) 2018/937 z dnia 28 czerwca 2018 r. w PE od 1 lutego 2020 r. zasiada tylko 705 posłów, co oznacza, że jego skład uległ pomniejszeniu – z dotychczasowych 751 posłów. Spośród siedemdziesięciu trzech mandatów przypadających wcześniej Zjednoczonemu Królestwu rozdzielonych pomiędzy państwa członkowskie zostało dwadzieścia siedem, pozostałe zaś czterdzieści sześć mandatów zostało utrzymanych „w rezerwie", na wypadek rozszerzeń UE w przyszłości[21]. Odnotowania wymaga także, że wszystkie dwadzieścia siedem mandatów zostało objętych przez przedstawicieli obywateli UE wybranych w głosowaniu przeprowadzonym w dniach 23–26 maja 2019 r.

3. Decyzja Rady Europejskiej (UE) 2018/937 z dnia 28 czerwca 2018 r. ustanawiająca skład PE a regulacje polskiego kodeksu wyborczego

Jak wspomniano wcześniej, długo utrzymująca się niepewna sytuacja Wielkiej Brytanii w UE oraz trudny do określenia moment ostatecznego opuszczenia przez nią struktur unijnych nie oddziaływały tylko na bezpośrednie stosunki na linii Zjednoczone Królestwo – Unia Europejska. Z uwagi na sieć zależności pomiędzy wszystkimi ogniwami UE daleko idące konsekwencje dotknęły także instytucje UE[22] oraz państwa członkowskie.

Fakt wydania przez Radę Europejską decyzji ustanawiającej skład PE w kadencji 2019–2024, w którym to dokumencie przewidziano różne warianty rozdziału mandatów w zależności od układu wydarzeń, implikował konieczność rozważenia, a w pewnym zakresie nawet dostosowania do dość dynamicznej sytuacji – regulacji krajowych.

Fakt wydania przez Radę Europejską decyzji ustanawiającej skład PE w kadencji 2019–2024, w którym to dokumencie przewidziano różne warianty rozdziału mandatów w zależności od układu wydarzeń, implikował konieczność rozważenia, a w pewnym zakresie nawet dostosowania do dość dynamicznej sytuacji – regulacji krajowych. W przypadku Polski kwestie problematyczne ujawniły się w co najmniej trzech obszarach. Pierwszym z nich było właściwe

20 Zob. decyzja Rady Europejskiej (UE) 2019/1989 z dnia 28 listopada 2019 r. w sprawie mianowania Komisji Europejskiej (Dz.Urz. UE L 308 z 29.11.2019, s. 100–102), motywy 7–9 preambuły.

21 *Zmiany w Parlamencie Europejskim po Brexicie* (nota informacyjna), https://www.europarl.europa.eu/news/pl/press-room/20200129BKG71304/zmiany-w-parlamencie-europejskim-po-brexicie (dostęp 09.05.2020).

22 Jako kwestia problematyczna jawił się m.in. obowiązek wyznaczenia brytyjskiego komisarza do składu Komisji Europejskiej, zob. *Ursula von der Leyen: Londyn musi zgłosić kandydata na komisarza, jeśli Wielka Brytania po 31 października będzie w UE*, „Rzeczpospolita" z dnia 24 października 2019 r.

zredagowanie aktu o zarządzeniu wyborów, w którym zgodnie z art. 332 § 2 k.w.[23] Prezydent RP jako organ zarządzający winien wskazać m.in. liczbę posłów do PE wybieranych w Rzeczypospolitej Polskiej. Po drugie, z uwagi na konieczność uwzględnienia wyboru „zwiększonej" liczby przedstawicieli, niezbędnym okazało się uregulowanie trybu wskazania dodatkowego, 52. przedstawiciela, który w przypadku dalszego członkostwa Zjednoczonego Królestwa w UE na początku kadencji 2019–2014, nie mógłby objąć mandatu. Wreszcie jako problem istotny traktować należało kwestię statusu prawnego wspomnianego posła oczekującego na objęcie mandatu, w tym w kontekście przepisów o niepołączalności funkcji i stanowisk.

3.1. Postanowienie Prezydenta RP o zarządzeniu wyborów do PE

Odnosząc się do pierwszej ze wspomnianych kwestii, w postanowieniu Prezydenta RP z dnia 25 lutego 2019 r. wskazano, że „w Rzeczypospolitej Polskiej wybiera się 52 posłów do Parlamentu Europejskiego"[24]. Taka redakcja postanowienia w zakresie, w jakim określała liczbę wybieranych przedstawicieli, wydawała się jedynym z możliwych rozwiązań wobec brzmienia art. 3 ust. 1 decyzji Rady Europejskiej z dnia 28 czerwca 2018 r. Biorąc pod uwagę fakt, że w treści decyzji posłużono się pojęciem „liczba przedstawicieli wybieranych do PE", ustalając ją w przypadku Polski na 52, a także fakt, że art. 332 § 2 k.w. zobowiązywał Prezydenta RP do wskazania liczby posłów „wybieranych w Rzeczypospolitej Polskiej", Prezydent nie mógł wskazać liczby 51 posłów. Ta bowiem, biorąc pod uwagę art. 3 ust. 2 rzeczonej decyzji, wskazywała wyłącznie na liczbę obejmujących funkcje przedstawicieli RP w razie gdyby Wielka Brytania nadal była państwem członkowskim UE na początku kadencji parlamentarnej 2019–2024. Czym innym zatem w rozumieniu decyzji Rady Europejskiej z dnia 28 czerwca 2018 r. była „liczba przedstawicieli wybieranych do PE", a czym innym „liczba przedstawicieli obejmujących funkcje z początkiem kadencji". Oczywiście należy mieć na uwadze, że gdyby Wielka Brytania sfinalizowała procedurę brexitu przed dniem głosowania, liczby te byłyby tożsame (52). Tak się jednak nie stało, wobec czego jeden z wybranych w Polsce przedstawicieli z początkiem kadencji mandatu nie objął. Na marginesie warto też wskazać, że w decyzji Rady Europejskiej z dnia 28 czerwca 2018 r. mowa jest o liczbie „przedstawicieli" wybieranych do PE. Tym samym w akcie tym nie posłużono się wprost pojęciem „posłów do PE". Takie rozwiązanie w kontekście analizowanego problemu umożliwiało większą elastyczność w interpretacji przepisu, a tym samym w przypadku wyboru większej liczby przedstawicieli w poszczególnych państwach członkowskich, niż liczba faktycznie obejmujących mandat, nie implikowało obowiązku bezwzględnego traktowania każdego z wybranych jako osoby posiadającej status „posła" ze wszelkimi tego konsekwencjami na gruncie prawa krajowego. Jednakże w kontekście polskiego prawa wyborczego zabieg ten niewiele zmieniał. Polski kodeks wyborczy pojęcia „wybranego przedstawiciela" bowiem nie zna, określając każdą osobę wybraną w wyborach mianem posła do PE[25].

3.2. Tryb wskazania 52. posła do PE – oczekującego na objęcie mandatu

Procedura, w której wybierana liczba kandydatów może nie być równa liczbie przedstawicieli obejmujących mandat, wymuszona przez sytuację Wielkiej Brytanii oraz treść decyzji Rady Europejskiej z 28 czerwca 2018 r., była dla polskiego kodeksu wyborczego rozwiązaniem całkowicie ekstraordynaryjnym. Z uwagi jednak na fakt związania Polski prawem UE nie ulega wątpliwości, że w takiej sytuacji konieczne było dostosowanie prawa krajowego do rozwiązań unijnych. W związku z powyższym, w braku stosownych regulacji, prawnego dookreślenia wymagała procedura wskazania 52. posła, który choć wybrany zgodnie z regulacjami kodeksu wyborczego, nie mógł objąć mandatu – do czasu, gdy w gronie członków UE pozostawała Wielka Brytania. Na konieczność tę zwracała uwagę Państwowa Komisja Wyborcza jeszcze przed

23 Ustawa z dnia 5 stycznia 2011 r. – Kodeks wyborczy (tekst jedn. Dz.U. z 2018 r., poz. 684 z późn. zm.).

24 Postanowienie Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 25 lutego 2019 r. w sprawie zarządzenia wyborów posłów do Parlamentu Europejskiego (Dz.U. z 2019 r., poz. 365).

25 Por. m.in. brzmienie art. 329 § 1 oraz § 2 k.w., art. 331 § 1 k.w., art. 332 § 2 k.w., art. 361 k.w.

formalnym zarządzeniem wyborów[26]. Wskazując, że kodeks wyborczy nie określa, który z wybranych przedstawicieli miałby nie objąć mandatu z początkiem kadencji, PKW zasygnalizowała, że w konsekwencji problem ten może znaleźć przełożenie na sytuację wszystkich wybranych posłów, gdyż w konsekwencji żaden z nich mógłby nie objąć mandatu[27]. Taki stan z kolei niweczyłby sens przeprowadzonych wyborów i uniemożliwiał funkcjonowanie PE.

W związku z powyższym w dniu 4 kwietnia 2019 r. przyjęta została specustawa o zasadach ustalenia kolejności obsadzania mandatów posłów do Parlamentu Europejskiego wybieranych w Rzeczypospolitej Polskiej na kadencję 2019–2024[28], która miała rozwiązać zaistniały problem. W istocie był to akt normatywny o charakterze epizodycznym, którego treść nie ingerowała bezpośrednio w brzmienie regulacji kodeksowych. Celem ustawy było natomiast rozwiązanie konkretnego, jednostkowego problemu prawnego, czego nie sposób było uczynić w oparciu o aktualnie obowiązujące przepisy[29]. Jak wskazano w opinii do projektu przedmiotowej ustawy, regulacja tak przyjęta stała się *lex specialis* wobec mechanizmu alokacji mandatów statuowanego w kodeksie wyborczym[30], regulowała bowiem sytuację nadzwyczajną, która – co do zasady – nie powinna się powtórzyć. Podkreślenia także wymaga, że przedmiotowa ustawa została przyjęta w czasie trwania tzw. ciszy legislacyjnej, przez którą rozumieć należy okres wyłączenia prawa wyborczego spod dokonywania w nim istotnych zmian z uwagi na bezpośrednią bliskość wyborów[31]. Odnotować tu należy, że zgodnie z orzecznictwem TK zmian w prawie wyborczym posiadających cechę „istotności" nie

Procedura, w której wybierana liczba kandydatów może nie być równa liczbie przedstawicieli obejmujących mandat, wymuszona przez sytuację Wielkiej Brytanii oraz treść decyzji Rady Europejskiej z 28 czerwca 2018 r., była dla polskiego kodeksu wyborczego rozwiązaniem całkowicie ekstraordynaryjnym.

26 Zob. pismo Przewodniczącego PKW z dnia 13 lutego 2019 r. do Prezydenta RP, Marszałka Sejmu RP, Marszałka Senatu RP oraz Prezesa Rady Ministrów (ZPOW 501-22/19).

27 Tamże.

28 Ustawa z dnia 4 kwietnia 2019 r. o zasadach ustalenia kolejności obsadzania mandatów posłów do Parlamentu Europejskiego wybieranych w Rzeczypospolitej Polskiej na kadencję 2019–2024 (Dz.U. z 2019 r., poz. 708).

29 Warto odnotować, że podobnie postąpiono w roku 2010, przyjmując ustawę z dnia 4 marca 2010 r. o zasadach obsadzenia w kadencji trwającej w latach 2009–2014 dodatkowego mandatu posła do Parlamentu Europejskiego (Dz.U. z 2010 r., nr 56, poz. 337 z późn. zm.).

30 J. Szymanek, *Ocena skutków regulacji poselskiego projektu ustawy o zasadach ustalania kolejności obsadzania mandatów posłów do Parlamentu Europejskiego wybieranych w Rzeczypospolitej Polskiej na kadencję 2019–2024 (druk nr 3272)*, opinia prawna Biura Analiz Sejmowych KS, http://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/opinieBAS.xsp?nr=3272 (dostęp 25.02.2020), s. 2.

31 A. Pyrzyńska, *Stabilność prawa wyborczego a zasada demokratycznego państwa prawa* (w:) *Problemy prawa polskiego i obcego w ujęciu historycznym, praktycznym i teoretycznym. Część ósma*, red. A. Bielecki, D. Szafrański, T. Gąsior, Warszawa 2017, s. 135.

można dokonywać w okresie co najmniej sześciu miesięcy poprzedzających wybory, licząc ten termin od pierwszej czynności kalendarza wyborczego[32]. Choć nie ulega wątpliwości, że sposób ustalenia podziału mandatów należy do tej grupy przepisów, to względy obiektywne, przede wszystkim zaś konieczność dostosowania norm krajowych do unijnych oraz konieczność zapewnienia realizacji podmiotowych praw wyborczych, przemawiały za zasadnością, a co za tym idzie – dopuszczalnością przyjęcia wspomnianej, ekstraordynaryjnej regulacji[33].

Rozwiązanie problemu wskazania 52. posła, będącego *de facto* posłem oczekującym na objęcie mandatu, nastąpiło w ustawie z dnia 4 kwietnia 2019 r. za sprawą przyjęcia analogii do art. 368 § 6 k.w.

Celem przedmiotowej ustawy było ustalenie sposobu wskazania posła do PE, który nie obejmie mandatu na początku kadencji, w przypadku gdy w związku z przepisami UE liczba posłów do PE wybieranych w Polsce, obejmujących swoje funkcje na początku kadencji, wyniesie 51. Innymi słowy: zadaniem ustawy było określenie mechanizmu wyznaczenia 52. posła „oczekującego" – w sytuacji gdy w momencie rozpoczęcia kadencji Parlamentu Europejskiego Zjednoczone Królestwo nadal byłoby członkiem Unii. Trudno jednak nie zauważyć, że na zgoła inny zakres przedmiotowy wskazywał sam tytuł aktu, sugerujący, iż jego przedmiotem jest „ustalenie kolejności obsadzania mandatów posłów do PE wybieranych w Polsce na kadencję 2019–2024". Kolejność ta jednak jest w sposób kompleksowy unormowana przepisami kodeksu wyborczego, a jej zmiana nie jest ani konieczna, ani tym bardziej w przedstawionych okolicznościach dopuszczalna. W przedmiotowej sprawie niewiadomą pozostawało jedynie dookreślenie sposobu wskazania posła oczekującego, bez modyfikacji kodeksowego mechanizmu dystrybucji mandatów. W tym zakresie zatem sam tytuł ustawy, który ze swej istoty winien określać w sposób ścisły jej zakres przedmiotowy, należy – biorąc pod uwagę zasady techniki prawodawczej – ocenić krytycznie[34].

Rozwiązanie problemu wskazania 52. posła, będącego *de facto* posłem oczekującym na objęcie mandatu, nastąpiło w ustawie z dnia 4 kwietnia 2019 r. za sprawą przyjęcia analogii do art. 368 § 6 k.w. Reguluje on sytuację objęcia wakującego mandatu przez posła danego komitetu wyborczego z innej jednak listy okręgowej niż ta, z której mandat posła wygasł, w sytuacji braku kandydata z tej listy. Ustawa określa,

32 Wyrok TK z dnia 3 listopada 2006 r., K 31/06, Legalis nr 77572 oraz wyrok TK z dnia 11 lipca 2011 r., K 9/11, Legalis 343106.

33 Ponadto P. Chybalski w swojej opinii do projektu ustawy wskazuje zasadnie na okoliczność, iż dopuszczalność przyjęcia przedmiotowej ustawy, mimo iż dotyczy ona spraw „istotnych", determinowana jest okolicznościami niezależnymi od działań polskich organów władzy państwowej, zob. P. Chybalski, *Opinia prawna w sprawie projektu ustawy o zasadach ustalenia kolejności obsadzania mandatów posłów do Parlamentu Europejskiego wybieranych w Rzeczypospolitej Polskiej na kadencję 2019–2024*, http://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/opinieBAS.xsp?nr=3272 (dostęp 25.02.2020), s. 5.

34 Odwołać należy się w tym zakresie do § 18 ust. 1 załącznika do Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej" (tekst jedn. Dz.U. z 2016 r., poz. 283). Zgodnie z tym przepisem „przedmiot ustawy określa się możliwie najzwięźlej, jednakże w sposób adekwatnie informujący o jej treści". Trudno stwierdzić, by tytuł przedmiotowej ustawy odpowiadał tej dyrektywie.

iż w pierwszej kolejności PKW, po ustaleniu wyników wyborów w trybie określonym w art. 354–359 k.w., powinna ustalić, któremu komitetowi spośród tych, które uzyskały mandaty, przypada 52. iloraz. Następnie zaś winna ustalić, „który spośród posłów do PE wybranych z list tego komitetu wyborczego uzyskał najmniejszą liczbę głosów". W tym zakresie można zastanawiać się nad poprawnością tej regulacji, w istocie o „wyborze" – jak się wydaje – należałoby bowiem mówić dopiero po finalnym ustaleniu wyników, tym niemniej to właśnie ten poseł zgodnie z brzmieniem ustawy miał być 52. posłem, oczekującym na objęcie mandatu. Takie rozwiązanie *in genere* uznać należy za słuszne. Z jednej strony stanowi nawiązanie do aktualnie obowiązujących regulacji, z drugiej zaś opiera się na racjonalnym mechanizmie przypisania ostatniego, 52. mandatu, tej liście, która po rozdysponowaniu „w zwykłym trybie" 51 mandatów otrzymała kolejno największą liczbę głosów, a zarazem temu kandydatowi z list tego komitetu, który w tym trybie był najlepiej legitymowany, lecz znalazł się poza podziałem mandatów. Odnotowania wymaga, że takie właśnie rozwiązanie postulowała też PKW w swoim piśmie skierowanym do Prezydenta RP, Marszałka Sejmu RP, Marszałka Senatu RP oraz Prezesa Rady Ministrów w lutym 2019 r.[35], a zatem jeszcze przed zarządzeniem wyborów do PE. Fakt ten wskazuje na ważną rolę PKW jako centralnego organu wyborczego, którego zadaniem jest m.in. sygnalizowanie najwyższym organom władzy RP ważnych problemów praktycznych związanych z procedurami wyborczymi.

3.3. Status posła do PE oczekującego na objęcie mandatu – w świetle polskich regulacji prawnych

Odnosząc się do problematyki statusu prawnego – w kontekście decyzji Rady Europejskiej (UE) 2018/937 z dnia 28 czerwca z 2018 r. – owego 52. przedstawiciela wybranego w Polsce do PE, w pierwszej kolejności rozstrzygnąć trzeba, czy osobę tę można było określać mianem „posła do PE" bądź – posługując się terminologią TUE i aktu z 1976 r. „członka PE", czy też w istocie należy w tym przypadku mówić o innym statusie takiej osoby. Jak wspomniano wcześniej, obowiązujące przepisy wprowadzają w pewnym sensie zamęt terminologiczny. Wynika on przede wszystkim z faktu, iż Rada Europejska w odniesieniu do osób wybranych wyborach w 2019 r. w decyzji posłużyła się określeniem „przedstawicieli wybieranych do Parlamentu Europejskiego". Tym samym, jak się wydaje, organ ten dążył do pozostawienia państwom członkowskim pewnego luzu decyzyjnego w zakresie dookreślenia statusu podmiotów „oczekujących na objęcie mandatu" – na gruncie prawa krajowego.

Zestawiając jednak brzmienie decyzji we wskazanym wyżej zakresie z polskimi regulacjami, wskazać należy, że na gruncie kodeksu wyborczego próżno szukać *sui generis* instytucji „przedstawiciela wybranego" – jako wyjątkowego podmiotu o jakimś szczególnym statusie. Nie ulega natomiast wątpliwości, że termin ten konsumuje kodeksowe pojęcie posła do PE, a zatem osoby wybranej w takich wyborach. Jeśli chodzi zaś o brzmienie regulacji zawartych w ustawie z dnia 4 kwietnia 2019 r., to ustawodawca zachował spójność z brzmieniem ustawy wyborczej, tytułując potencjalnego 52. reprezentanta Polski w PE wprost mianem „posła do PE, który nie obejmie mandatu na początku kadencji" (art. 1 ustawy z 4 kwietnia). W konsekwencji uznać trzeba, że na gruncie polskich regulacji mówić należy o pośle do PE jako osobie skutecznie wybranej w wyborach zarządzonych na dzień 26 maja 2019 r., która jednak wraz z rozpoczęciem kadencji PE 2019–2024 nie przystąpiła do wykonywania czynności związanych z udzielonym jej przez wyborców pełnomocnictwem. Innymi słowy – to osoba, która uzyskała mandat w wyborach, przy czym jego objęcie zostało odsunięte w czasie i – co bez wątpienia stanowi *novum* – uzależnione od warunku zawieszającego w postaci opuszczenia UE przez Wielką Brytanię[36], co nastąpiło o północy 31 stycznia 2020 r.

Jeśli chodzi o status 52. posła wybranego w Polsce, to odnoszą się do niego przepisy przytoczonej ustawy

35 Pismo Przewodniczącego PKW z dnia 13 lutego 2019 r., cyt. wyżej (przyp. 26).

36 Samo rozdzielenie nabycia i objęcia mandatu nie stanowi rozwiązania wyjątkowego w prawie wyborczym. Co do zasady jednak objęcie mandatu jest zależne od czynności w przepisach wprost przewidzianej, np. w postaci złożenia ślubowania; szerzej M. Chmaj, *Zagadnienia ogólne* (w:) M. Chmaj, W. Skrzydło, *System wyborczy w Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2008, s. 20.

z dnia 4 kwietnia 2019 r. Warto jednak odnotować, że w pierwotnej wersji akt ten regulować miał wyłącznie tryb wyłonienia 52. reprezentanta, niemal zupełnie pomijając szczególną pozycję takiej osoby[37]. Ujęcie w przedmiotowej ustawie problematyki statusu posła oczekującego było dopiero konsekwencją wątpliwości zgłaszanych w opiniach przygotowanych do projektu aktu[38], a także w dyskusji toczącej się podczas rozpatrywania ustawy w Senacie. To właśnie na skutek poprawki senackiej znalazły się w ustawie art. 6 i 7[39]. Zgodnie z tymi przepisami do czasu objęcia mandatu przez 52. posła do PE nie mógł on wykonywać praw i obowiązków z tych mandatem powiązanych. Po drugie zaś do osoby tej nie miały zastosowania przepisy o zakazie łączenia z funkcją posła do PE stanowisk i funkcji ustalonych zgodnie z art. 7 ust. 3 aktu z 1976 r.

W pierwszym przypadku ustawodawca jasno odniósł się do sfery uprawnień i obowiązków posła „oczekującego", wskazał bowiem, że do czasu objęcia mandatu nie mógł on wykonywać powiązanych z mandatem obowiązków. Poseł ów nie miał zatem prawa np. do udziału w posiedzeniach PE, oddawania głosu w przeprowadzanych głosowaniach, a także do zrzeszenia się w europejskich grupach politycznych. Ustawodawca wskazał także, że poseł ten „nie wykonuje [swoich] praw". Jak się wydaje, w istocie chodziło o niekorzystanie przez niego z praw przysługujących posłom do PE, w tym przywilejów i immunitetów, o których mowa w art. 6 aktu z 1976 r. W tym kontekście zatem uprawnione wydaje się twierdzenie, iż w istocie przedstawiciel ten do czasu skutecznego wystąpienia przez Zjednoczone Królestwo z UE był w pewnym sensie „zawieszony" w korzystaniu z praw i w zakresie wykonywania obowiązków, które wobec członka PE przewiduje prawo unijne.

Odnosząc się do statusu posła do PE, nie sposób pominąć wspomnianego wcześniej art. 6 ustawy z dnia 4 kwietnia 2019 r. Reguluje on bowiem kluczowe zagadnienie niepołączalności funkcji i stanowisk, immanentnie powiązane ze statusem posła do PE. Jak słusznie zauważono podczas prac legislacyjnych, wskazanie posła „zawieszonego", zwanego także „oczekującym", generowało konieczność doprecyzowania możliwości piastowania przez niego innych funkcji i stanowisk. Jak się wydaje, celem art. 7 aktu z 1976 r., który statuuje wobec posłów do PE zasadę *incompatibilitas*, było zapewnienie separacji wykonywania władzy krajowej i na poziomie unijnym, stworzenie właściwych warunków organizacyjnych do wykonywania mandatu[40], a także zapewnienie minimalnych gwarancji zapobiegających zjawiskom o charakterze korupcyjnym wśród przedstawicieli narodów UE. Przyjęto zatem, że skoro poseł „zawieszony" nie korzysta z praw ani nie wykonuje obowiązków posła do PE, oczekując na objęcie mandatu, nie powinien być objęty zasadą *incompatibilitas* w zakresie wynikającym z art. 7 aktu z 1976 r. W okresie „zawieszenia" osoba taka bowiem nie ma realnych możliwości podjęcia działań, które wywoływałyby potencjalny konflikt interesów. Po drugie zaś, zważywszy na szczególne okoliczności, niewiadomym wówczas było, jak długo ów stan „zawieszenia" posła będzie się utrzymywał, a nawet – czy w ogóle obejmie on mandat. Z tego też względu ograniczenie jego prawa do piastowania innych ważnych funkcji byłoby nieuzasadnione i niecelowe zarazem. Biorąc jednak pod uwagę brzmienie art. 6 ust. 1 i 2 ustawy, należy stwierdzić, że określenie, jaki zakres wyłączenia miał na myśli ustawodawca, nie jest zadaniem prostym. Artykuł 6 ust. 1 ustawy wskazuje bowiem, iż do czasu objęcia przez posła mandatu nie mają do niego zastosowania przepisy o zakazie łączenia z funkcją posła do PE stanowisk i funkcji ustalonych zgodnie z art. 7 ust. 3 aktu z 1976 r. Przepis ten natomiast wskazuje na możliwość „rozszerzenia przez państwo członkowskie postanowień dotyczących niepołączalności na poziomie krajowym". Biorąc zatem pod uwagę

37 Por. poselski projekt ustawy o zasadach ustalenia kolejności obsadzania mandatów posłów do Parlamentu Europejskiego wybieranych w Rzeczypospolitej Polskiej na kadencję 2019–2024 (druk sejmowy 3272), https://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/druk.xsp?nr=3272 (dostęp 21.02.2020).

38 Zob. P. Chybalski, *Opinia prawna*..., s. 7.

39 Zob. uchwała Senatu RP z dnia 21 marca 2019 r. w sprawie ustawy o zasadach ustalenia kolejności obsadzania mandatów posłów do Parlamentu Europejskiego wybieranych w Rzeczypospolitej Polskiej na kadencję 2019–2024, https://www.senat.gov.pl/prace/senat/proces-legislacyjny-w-senacie/ustawy-uchwalone-przez-sejm/ustawy-uchwalone-przez-sejm/ustawa,774.html (dostęp 21.02.2020).

40 A. Kisielewicz (w:) *Kodeks wyborczy. Komentarz*, K.W. Czaplicki i in., Warszawa 2018, s. 695–696.

literalne i łączne brzmienie art. 6 ust. 1 ustawy oraz art. 7 ust. 3 aktu z 1976 r., stwierdzić należy, że intencją polskiego ustawodawcy – na podstawie tego przepisu – było wyłączenie wobec 52. posła ograniczeń w zakazie pełnienia tylko tych funkcji i stanowisk, których nie wymieniono *expressis verbis* w przepisach unijnych, a zatem w art. 7 ust. 1 i 2 aktu z 1976 r. Innymi słowy – wyłączenie stosowania zasady *incompatibilitas* wobec posła „oczekującego" na podstawie art. 6 ust. 1 ustawy dotyczyć miało wyłącznie stanowisk wskazanych na poziomie krajowym w art. 334 *in fine* k.w. Zgodnie z nim poseł do PE nie może zajmować stanowisk lub pełnić funkcji, których stosownie do przepisów Konstytucji RP albo ustaw nie można łączyć ze sprawowaniem mandatu posła na Sejm albo senatora. Choć ogólny katalog wyłączeń dotyczący posłów do PE jest zdecydowanie szerszy – art. 333 i 334 k.w. wskazują nadto na zakaz łączenia mandatu posła do PE z mandatem posła na Sejm, senatora oraz członka Rady Ministrów – to brzmienie art. 7 ust. 3 aktu z 1976 r., o którym mowa we wskazanym wcześniej art. 6 ust. 1 ustawy z 4 kwietnia 2019 r., do nich nie odsyła, gdyż ograniczenia te wynikają już z prawa unijnego. Jednocześnie uzupełnieniem wskazanej wyżej regulacji jest art. 6 ust. 2 ustawy z 4 kwietnia 2019 r., zgodnie z którym do posła oczekującego nie stosuje się art. 247 § 1 pkt 7, art. 279 § 1 pkt 7, art. 383 § 1 pkt 6 i art. 492 § 1 pkt 5a k.w. Są to przepisy, które wskazują kolejno na utratę mandatu posła na Sejm, senatora, radnego oraz wójta (burmistrza, prezydenta miasta) w związku z wyborem na posła do PE. Przyjęcie takiej regulacji skutkować miało tym, iż o ile w momencie wyboru na posła do PE osoba wybrana jako 52. polski reprezentant piastowała mandat posła, senatora, radnego lub organu wykonawczego w gminie, to zachowywała ów mandat w związku ze wskazanymi wyżej szczególnymi okolicznościami.

Na uwagę jednak zasługuje inna okoliczność. Jak słusznie wskazuje Maciej Pach[41], brzmienie przyjętej regulacji nie rozwiązało wszystkich sytuacji, jakie mogły zaistnieć w odniesieniu do posła „zawieszonego" wybranego w wyborach 26 maja 2019 r. O ile przepisy ustawy epizodycznej wyłączyły zasadę *incompatibilitas* w zakresie piastowanych przez tę osobę krajowych funkcji pochodzących z wyboru w momencie nabycia mandatu europejskiego przez posła „zawieszonego", to ustawodawca w sposób szczególny nie potraktował sytuacji, w której poseł ten już po uzyskaniu mandatu posła do PE, lecz wciąż przed jego (niepewnym) objęciem, z sukcesem uczestniczyłby w kolejnych krajowych wyborach powszechnych przeprowadzonych w toku kadencji PE (2019–2024). W konsekwencji przyjąć należy, że *de lege lata* objęcie mandatu posła na Sejm czy senatora w wyborach przeprowadzonych w Polsce w dniu 13 października 2019 r., a zatem w toku trwania kadencji PE, zgodnie z art. 364 § 1 pkt 3 k.w. powinno było skutkować wygaśnięciem mandatu posła do PE. Wobec braku szczególnego wyłączenia przepis ten przy literalnej wykładni powinien znaleźć zastosowanie również wobec posła „zawieszonego", pomimo

„*De lege lata* objęcie mandatu posła na Sejm czy senatora w wyborach przeprowadzonych w Polsce w dniu 13 października 2019 r., a zatem w toku trwania kadencji PE, powinno było skutkować wygaśnięciem mandatu posła do PE."

41 M. Pach, *Paradoks Tarczyńskiego – były, choć niebyły poseł do PE*, http://monitorkonstytucyjny.eu/archiwa/10956 (dostęp 21.02.2020).

okoliczności, iż faktycznie podmiot ten wciąż swego europejskiego mandatu nie objął.

Kwestia ta okazała się szczególnie istotna w związku z zaistnieniem takiej sytuacji po wyborach do Sejmu w 2019 r. W wyborach do PE z 26 maja 2019 r. polskim posłem oczekującym został Dominik Tarczyński, który jednak – „w okresie zawieszenia" – zdecydował się na udział w krajowych wyborach parlamentarnych i uzyskał mandat poselski. Tego rodzaju układ zdarzeń spowodował, że problem, który początkowo mógł wydawać się teoretyczny, stał się jak najbardziej realny. Pomimo wcześniejszych wątpliwości zgłaszanych w przedmiotowej sprawie Marszałek Sejmu RP dopiero w dniu 1 lutego 2020 r., a zatem po wejściu w życie umowy o wystąpieniu Zjednoczonego Królestwa z UE, uznała za właściwe stwierdzenie wygaśnięcia mandatu poselskiego wspomnianej osoby, powołując się w tym zakresie na „zaistnienie okoliczności określonej w art. 247 § 1 pkt 7 oraz na art. 249 § 1 k.w.[42] Rozwiązanie to trudno jednak uznać za właściwe. Aprobata takiego działania oznaczałaby bowiem nic innego, jak uznanie, że D. Tarczyński został wybrany na posła do PE w toku trwania kadencji sejmowej. Tymczasem – jak wiadomo – wybory do PE odbyły się dużo wcześniej, mianowicie 26 maja 2019 r. Wtedy też osoba ta stała się posłem do PE, innymi słowy – zdobyła mandat, jednakże go nie objęła. Objęcie to, zgodnie z art. 3 ust. 2 decyzji Rady Europejskiej (UE) 2018/937, teoretycznie mogło nastąpić dopiero z dniem 1 lutego 2020 r. W zaistniałym stanie faktycznym trzeba jednak uznać, że mandatem, w odniesieniu do którego należałoby stwierdzić wygaśnięcie, wcale nie był mandat krajowy, lecz właśnie mandat posła do PE. Przesłanka jego wygaszenia zaktualizowała się bowiem już z dniem wybrania D. Tarczyńskiego na posła na Sejm RP, co wynika *expressis verbis* z art. 364 § 1 pkt 3 k.w. Utratę tego mandatu powinna była stwierdzić w drodze postanowienia Marszałek Sejmu, wskazując, iż nastąpiło to z dniem wyboru, przez co należy rozumieć dzień ogłoszenia w Dzienniku Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej obwieszczenia PKW o wynikach wyborów do Sejmu. Tak się jednak nie stało.

42 Postanowienie Marszałka Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 1 lutego 2020 r. w sprawie stwierdzenia wygaśnięcia mandatu posła Dominika Tarczyńskiego (M.P. z 2020 r., poz. 162).

4. Podsumowanie

W każdym przypadku członkostwo w UE generuje daleko idące konsekwencje zarówno dla zainteresowanego państwa, jak i całej organizacji. Jak pokazała praktyka, oddziaływanie to okazało się szczególnie zauważalne w związku z wystąpieniem z organizacji przez Wielką Brytanię. Problemy ze sfinalizowaniem brexitu wpłynęły w sposób znaczący nie tylko na sam tryb funkcjonowania instytucji unijnych, ale także na sytuację wewnętrzną państw członkowskich w zakresie dotyczącym wyborów posłów do PE w 2019 r. Konieczność zastosowania wytycznych określonych w decyzji Rady Europejskiej z dnia 28 czerwca 2018 r. spowodowała znaczące komplikacje nie tylko w Wielkiej Brytanii, tak niechętnej przeprowadzeniu wyborów, ale także wpłynęły na konieczność dostosowania przepisów krajowych w państwach, które na mocy tej decyzji otrzymały dodatkowe mandaty zawieszone. Jak pokazał polski przypadek – dotychczasowa regulacja nie była dostosowana do tego rodzaju nadzwyczajnych okoliczności. To zaś skutkowało koniecznością przyjęcia ustawy epizodycznej, z założenia mającej rozwiązać problem wskazania dodatkowego, 52. posła – zawieszonego – oraz doprecyzowania jego szczególnego statusu. W tym zakresie na uwagę zasługuje udana kooperacja pomiędzy polskim centralnym organem wyborczym a ustawodawcą, który niezwłocznie zareagował na zgłoszone wątpliwości PKW. Niestety, jak pokazała praktyka, zbyt szybkie procedowanie nad ustawą oraz nieuwzględnienie poważnych wątpliwości zgłaszanych w toku prac parlamentarnych nie pozwoliły objąć regulacją wszystkich możliwych przypadków, czyniąc ustawę z dnia 4 kwietnia 2019 r. aktem niedoskonałym i nierealizującym zakładanych celów.

Bibliografia

Carmona J., Cirlig C., Sgueo G., *UK withdrawal from the European Union. Legal and procedural issues*, European Parliamentary Research Service, European Union 2017.

Chmaj M., *Zagadnienia ogólne* (w:) M. Chmaj, W. Skrzydło, *System wyborczy w Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2008, s. 13–33.

Chybalski P., *Opinia prawna w sprawie projektu ustawy o zasadach ustalenia kolejności obsadzania mandatów posłów do Parlamentu Europejskiego wybieranych w Rzeczypospolitej Polskiej na kadencję 2019–2024*, http://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/opinieBAS.xsp?nr=3272 (dostęp 25.02.2020).

Kisielewicz A. (w:) K.W. Czaplicki i in., *Kodeks wyborczy. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 694–697.

Garapich M.P., *Brexit – fakty, mity, liczby. Możliwe konsekwencje wystąpienia Wielkiej Brytanii z Unii Europejskiej. Analiza głównych osi debat publicznych*, Warszawa 2016.

Kupis K., *Swój – obcy – inny. Brexit i jego społeczne konsekwencje*, „Polonia Journal" 2017, nr 5–6, s. 73–114.

Maliszewska-Nienartowicz J., *System instytucjonalny i prawny Unii Europejskiej*, Toruń 2010.

Niklewicz K., *Sposób na wyborcę*, Instytut Obywatelski, „Analiza" 2014, nr 5, s. 1–13.

Pach M., *Paradoks Tarczyńskiego – były, choć niebyły poseł do PE*, http://monitorkonstytucyjny.eu/archiwa/10956 (dostęp 21.02.2020).

Pyrzyńska A., *Stabilność prawa wyborczego a zasada demokratycznego państwa prawa* (w:) *Problemy prawa polskiego i obcego w ujęciu historycznym, praktycznym i teoretycznym. Część ósma*, red. A. Bielecki, D. Szafrański, T. Gąsior, Warszawa 2017, s. 131–142.

Szymanek J., *Ocena skutków regulacji poselskiego projektu ustawy o zasadach ustalania kolejności obsadzania mandatów posłów do Parlamentu Europejskiego wybieranych w Rzeczypospolitej Polskiej na kadencję 2019–2024 (druk nr 3272)*, opinia prawna Biura Analiz Sejmowych KS, http://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/opinieBAS.xsp?nr=3272 (dostęp 25.02.2020).

Szymczyński T.R., *Brexit a wyzwania identyfikacyjne w odniesieniu do procesu integracji europejskiej z perspektywy hermeneutycznej*, „Rocznik Integracji Europejskiej" 2016, nr 10, 67–80.

Ursula von der Leyen: Londyn musi zgłosić kandydata na komisarza, jeśli Wielka Brytania po 31 października będzie w UE, „Rzeczpospolita" z dnia 24 października 2019 r.

Jan Rudnicki

Rzymski wzorzec w prawie spadkowym oraz plusy i minusy wideotestamentu

Jan Rudnicki

Doktor habilitowany nauk prawnych, adiunkt w Katedrze Europejskiej Tradycji Prawnej WPiA UW. Jego zainteresowania naukowe koncentrują się przede wszystkim na tradycjach prawnych, prawie rzymskim i historii prawa oraz porównawczym prawie prywatnym.

✉ j.rudnicki@wpia.uw.edu.pl

https://orcid.org/0000-0003-3017-0222

"Roman Model" in the Law of Succession and the Advantages and Disadvantages of Videotestament

This paper is a polemic with some theses of an interesting monograph by Mariusz Załucki "Videotestament. Prawo spadkowe wobec nowych technologii" ("Videotestament. Law of succession in the face of modern technologies"). The main thesis of the polemic concerns the real meaning of the popular understanding that contemporary forms of last will are based on "Roman model". It is shown that the category of Roman legal framework is much more precise and useful in explaining the relation between modern succession law and its Roman sources. The videotestament, whatever form it could eventually take, would always fit in this framework perfectly. Further part of the paper discusses some notions about possible advantages of the videotestament putting forward a thesis that it does not have to be safer than traditional forms and that the widespread use of recording devices seriously threatens the possibility of determining if an author of a video really had animus testandi. *However, all the critical remarks of this paper are primarily aimed at developing the discussion on the important topic raised in Mariusz Załucki's monograph.*

Słowa kluczowe: wideotestament, testament elektroniczny, prawo spadkowe, rzymska siatka pojęciowa

Key words: videotestament, electronic will, law of succession, Roman legal framework

https://doi.org/10.32082/fp.v0i4(60).329

Monografia pióra Mariusza Załuckiego *Videotestament. Prawo spadkowe wobec nowych technologii*[1], wydana jako podsumowanie badań przeprowadzonych w ramach grantu finansowanego przez Narodowe Centrum Nauki[2], jest niewątpliwie jedną z ciekaw-

1 M. Załucki, *Videotestament. Prawo spadkowe wobec nowych technologii*, „Monografie Prawnicze", Warszawa 2018, stron 255.

2 Projekt nr 2013/11/B/HS5/03792 pt. *VIDEOTESTAMENT – prawo spadkowe wobec nowych technologii. Analiza prawnoporównawcza*.

szych pozycji poświęconych prawu spadkowemu w literaturze polskiej ostatnich lat. Autor prezentuje czytelnikowi szeroką panoramę zagadnień związanych z formą przypisywaną przez prawo rozrządzeniom ostatniej woli, łącząc wszystkie wątki wokół tytułowego zagadnienia, które – czego zresztą dowodzi sama treść pracy – jest obecnie bardzo popularne i szeroko dyskutowane w wielu krajach[3]. Teza pracy od samego początku jest dla czytelnika jasna: prawo spadkowe, zwłaszcza w obszarze regulacji formy testamentu, powinno sięgnąć po możliwości oferowane przez powszechnie dziś używane nowe technologie informatyczne. Podsumowaniem wywodów jest konkretna propozycja kształtu przepisów kodeksu cywilnego, regulujących wideotestament jako sporządzony „ustnie, a oświadczenie to zostanie utrwalone za pomocą urządzenia rejestrującego obraz i dźwięk, w sposób umożliwiający ustalenie osoby składającej oświadczenie i zapoznanie się z jego treścią"[4].

Lekturę monografii M. Załuckiego należy polecić każdemu, kto interesuje się zarówno prawem spadkowym, jak i szeroko rozumianym prawem porównawczym. Imponuje ona bogactwem przedstawionych informacji i jasnością wyciąganych z nich wniosków. Czystą przyjemnością jest na przykład zapoznawanie się z ustaleniami na temat anglosaskich bojów o wykorzystanie nowoczesnych technologii w testowaniu. Sam autor w zakończeniu wyraźnie wzywa do debaty na temat przedstawionych przezeń postulatów[5]. Z uwagi na społeczną wagę, jak i znaczenie teoretyczne problematyki poruszanej w pracy debata taka na pewno jest potrzebna i przede wszystkim dlatego na łamach tego artykułu chciałbym podjąć polemikę z kilkoma tezami stawianymi na jej kartach. Polemika ta będzie miała charakter dwojaki. Po pierwsze, chciałbym wskazać na te elementy wywodów M. Załuckiego, które oparte są – moim zdaniem – na niedociągnięciach natury merytorycznej. Po drugie, pragnę również odnieść się do niektórych ze wskazywanych atutów wideotestamentu oraz zastanowić się nad tezą z zakresu polityki prawa – podkreślaną w książce kilkakrotnie.

1. Czym jest rzymski wzorzec formy testamentu?

Tezą, która pierwsza rzuca się w oczy czytającemu przedmiotową pracę historykowi prawa jest dosyć jednoznaczne wskazanie, że modernizacja prawa o formach testamentu poprzez dodanie do ich katalogu możliwości rejestracji oświadczenia ostatniej woli w formie audio-wideo stanowić będzie odejście od tzw. rzymskiego wzorca. Mariusz Załucki już na wstępie stwierdza, że współczesne nam formy testamentu to „instrumenty tradycyjne, oparte na rzymskich wzorcach"[6], aby później postawić pytanie, czy owe „mechanizmy znane jeszcze z czasów rzymskich mogą we właściwy sposób spełniać swoją funkcję obecnie"[7]. Ewentualne wątpliwości co do tego, co uznawane jest tutaj za ów „rzymski wzorzec" zostają rozwiane, gdy autor wskazuje, że „eksploracja [nowoczesnych ustawodawstw] (…) pozwala na wskazanie, iż regulacje dotyczące formy testamentu w nich zaproponowane stanowią zmodyfikowane narzędzia znane w większości jurystom rzymskim"[8], lub też wyraźnie określa testament holograficzny mianem „rozwiązania rzymskiego"[9]. Tymczasem historia form testamentu jest nieco bardziej skomplikowana, niż sugerowałoby to bardzo proste ich ujęcie, co w konsekwencji każe zastanowić się nad trafnością tezy o „odrzuceniu rzymskiego wzorca".

Przede wszystkim można odnieść wrażenie, że autor spłaszcza trochę w ten sposób wielowiekową perspektywę prawa rzymskiego, w zasadzie nie wyciągając wniosków z przedstawionych także przez siebie faktów dotyczących historii testowania w Rzymie[10].

3 Już po opublikowaniu monografii M. Załuckiego ukazały się chociażby: B.J. Crawford, *Wills Formalities in the Twenty-First Century*, „Wisconsin Law Review" 2019, s. 269–294; D. Klasiček, *21st Century Wills*, „Pravni Vjesnik" 2019, r. 35, nr 2, s. 29–48; J.V. Protasio, *The Future of Wills: Concept, Issues, Application of Electronic Wills in the Philippines*, „University of Asia and the Pacific Law Journal" 2018, vol. 1, s. 142–167; R. Świrgoń-Skok, *Wpływ nowych technologii na zagadnienie form testamentu w polskim prawie spadkowym*, „Zeszyty Prawnicze" 2019, t. 19, nr 1, s. 135–151.

4 M. Załucki, *Videotestament…*, s. 238.

5 Tamże, s. 251.

6 Tamże, s. 3.

7 Tamże, s. 59.

8 Tamże, s. 55

9 Tamże, s. 78.

10 Tamże, rozdz. II, § 2, „Forma testamentu w prawie rzymskim", s. 38–44.

Tymczasem nietrudno zauważyć, że sposoby testowania znane rzymskiemu prawu klasycznemu, a więc właśnie wskazanym „rzymskim jurystom", nie miały – w aspektach czysto technicznych – wiele wspólnego z testowaniem znanym nowoczesnym porządkom prawa cywilnego. Testament mancypacyjny, dokonywany za pomocą spiżu i wagi, ustny, a jednocześnie dalece sformalizowany, u swego zarania nie był ani czynnością jednostronną, ani nawet dokonywaną na wypadek śmierci. Mimo to jednak właśnie to ta czynność wyznacza początek koncepcji testowania, którą własnoręczna, wprowadzona konstytucją Walentyniana III z 446 r.[15], choć bez wątpienia powinna być uznana za znaczne osiągnięcie koncepcyjne prawa epoki późnorzymskiej, nie zrobiła początkowo zbyt dużej kariery. Dość powiedzieć, że jednoznacznie odrzucili ją prawnicy Justyniana, preferujący formy bardziej złożone i pewniejsze[16]. A zatem testament holograficzny, którego w ogóle nie uświadczymy na kartach ogromnej justyniańskiej kompilacji prawa rzymskiego, zrobił oszałamiającą karierę po części tylko dzięki recepcji prawa rzymskiego.

Rzymski wzorzec funkcjonuje na metapoziomie.

znamy po dziś dzień, gdyż właśnie za jej sprawą „Rzymianom udało się wyeliminować publiczny charakter aktu"[11]. Testament pretorski, stanowiący uproszczenie mancypacyjnego[12], stał się *de facto* pierwszym testamentem w pełnym tego słowa znaczeniu – dzięki wyraźnej już jednostronności i skutkowi *mortis causa* – ale jako czynność dosyć złożona (wymóg pisma oraz pieczęci siedmiu świadków) również nie znajduje prostego odpowiednika wśród szerokiego katalogu form testamentu znanych współczesnemu prawu cywilnemu. Natomiast zarówno testament holograficzny[13], jak i urzędowe formy *apud acta* i *principi oblatum*[14], dalekie pierwowzory naszych testamentów urzędowych i notarialnych, pojawiły się w czasach, gdy jurysprudencja rzymska należała już do przeszłości. Forma

Reasumując, współczesne formy testamentu odbiegają w szczegółach dosyć dalece od rzymskich oświadczeń ostatniej woli zarówno czasów prawa klasycznego, jak i preferowanych przez Justyniana, wykazując za to większe podobieństwo (lub wręcz tożsamość, jak w przypadku holograficznego) do form okresu prawa zwulgaryzowanego. Czym zatem tak naprawdę jest ów rzymski wzorzec formy testamentu i czy jest do dzisiaj odzwierciedlany przez przepisy prawa spadkowego? Na pewno nie ma sensu upatrywać go w kwestiach czysto technicznych, tzn. porównywać udogodnień co do formy przewidzianych przez cesarzy na czas epidemii do tych, które dziś stosujemy w obawie rychłej śmierci, ani też rozwodzić się nad różnicami między późnorzymskim złożeniem testamentu do akt sądowych a współczesnym testamentem mistycznym. Rzymski wzorzec funkcjonuje na metapoziomie. Jak wskazuje w swoich tekstach Franciszek Longchamps de Bérier, istnieje uniwersalna siatka pojęciowa prawa prywatnego, będąca wytworem i częścią dziedzictwa wielowiekowej tradycji romanistycznej[17], „uniwersalna jako język mówienia zwłaszcza o prawie spadkowym,

11 F. Longchamps de Bérier, *Law of Succession. Roman Legal Framework and Comparative Law Perspective*, Warszawa 2011, s. 154.

12 O relacji między testamentem mancypacyjnym a pretorskim zob. M. Nowak, *Mancipatio and Its Life in Late-Roman Law*, „Journal of Juristic Papyrology" 2011, vol. 41, s. 103–122.

13 O jego późnorzymskich początkach i dalszej historii zob. M. Kuryłowicz, *Testamentum holographum*, „Krytyka Prawa" 2015, t. 7, nr 5, s. 219–227.

14 Odnośnie do rozwoju tych form, zob. J.L. Zamora Manzano, *La fe pública administrativa en la recepción de la voluntas del testador en el Bajo Imperio*, „Glossae. European Journal of Legal History" 2017, nr 14, s. 994–1007.

15 Nov. Val. 21.2.

16 F. Longchamps de Bérier, *Law...*, s. 164.

17 F. Longchamps de Bérier, *Rzymska siatka pojęciowa prawa spadkowego a ograniczenie odpowiedzialności za długi*, „Rejent" 2017, r. 27, nr 9 (317), s. 43–63.

tak bogatym w Rzymie"[18]. Terminy i podziały, które ją tworzą, niekoniecznie wywodzą się bezpośrednio z praktyki prawnej czasów antycznych, ale rozwijały się także „przez wieki na kanwie osiągnięć prawa rzymskiego"[19]. Siatka ta wyczerpuje chyba wszystkie możliwe warianty i sposoby myślenia o testamencie i jego formie zewnętrznej. Patrząc na rzymskie pomysły na formę testowania, dostrzegamy w całej rozciągłości, że testament może być sporządzony albo czysto prywatnie (jak pretorski czy holograficzny), albo też z udziałem czynnika urzędowego (*apud acta* i *principi oblatum*). W zasadzie od zawsze niektóre formy testamentu wymagają świadków. Z podstawowych wariantów skorzystać możemy zawsze, ale inne, prostsze formy dozwolone są jedynie przy wystąpieniu okoliczności szczególnych (testament w czasie epidemii[20], testament sporządzony na wsi[21]). Udogodnienia co do formy mogą też zostać uzależnione od spełnienia określonej przesłanki podmiotowej (testament żołnierski[22]). Treść oświadczenia może wreszcie zostać przekazana ustnie (testament mancypacyjny, częstokroć żołnierski) lub też musi zostać utrwalona za pomocą pisma (testament pretorski, holograficzny, justyniański *testamentum tripertitum*). Bardzo podobnie ujmuje ten problem Renata Świrgoń-Skok, wskazując, że „rzymskim dziedzictwem pozostaje także podział form testamentu na formy publiczne i prywatne oraz ustne i pisemne"[23], a także F. Longchamps de Bérier, podkreślając, że „całość unormowań [o formie testamentu] daje się stosunkowo łatwo opisać i zrozumieć dzięki siatce pojęciowej ukształtowanej w Rzymie"[24]. Wszystkie istniejące i praktykowane współcześnie formy testamentu bez najmniejszego problemu możemy umieścić na takiej właśnie siatce, odróżniając testamenty ogólne i szczególne, prywatne i urzędowe, ustne i utrwalone za pomocą środków technicznych. To samo możemy zrobić z wideotestamentem, niezależnie od tego, który z jego możliwych wariantów wzięlibyśmy pod uwagę. Mariusz Załucki proponuje testament będący formą prywatną (bez udziału osoby urzędowej), ogólną (możliwą do użycia

Wszystkie istniejące i praktykowane współcześnie formy testamentu bez najmniejszego problemu możemy umieścić na rzymskiej siatce pojęciowej, odróżniając testamenty ogólne i szczególne, prywatne i urzędowe, ustne i utrwalone za pomocą środków technicznych.

18 F. Longchamps de Bérier, *Stałość a zmienność szczegółowych regulacji prawa spadkowego Niepodległej*, „Forum Prawnicze" 2018, nr 2 (48), s. 5.

19 F. Longchamps de Bérier, *Z uwag do metodologii nauki prawa prywatnego: argumenty historyczny, dogmatyczny i prawnoporównawczy na przykładzie darowizny na wypadek śmierci oraz zapisu windykacyjnego* (w:) *Polska komparatystyka prawa. Prawo obce w doktrynie prawa polskiego*, red. A. Wudarski, Warszawa 2016, s. 290.

20 C. 6,23,8.

21 C. 6,23,31. Zob. M. Kuryłowicz, *Rusticus i rusticitas. Wieś i wieśniacy w tekstach prawa rzymskiego*, „Studia Iuridica Toruniensia" 2012, t. 10, s. 19–36.

22 Traktują o nim liczne źródła. Zob. J. Rudnicki, *Testament żołnierski i testamenty wojskowe w europejskiej tradycji prawnej*, Kraków 2015, zwłaszcza s. 37–54.

23 R. Świrgoń-Skok, *Wpływ…*, s. 135–136.

24 F. Longchamps de Bérier, *Stałość…*, s. 15.

zawsze, a nie tylko w szczególnych okolicznościach) i utrwaloną; co prawda nie za pomocą tradycyjnego pisma, ale relatywnie nowego środka technicznego. W opisanym na kartach monografii wariancie proponowanym obecnie w Szwajcarii wideotestament byłby zaś formą szczególną. Wskazana i rozważana jako inna możliwość forma, polegająca na utrwaleniu w formacie audio-wideo dokonywania czynności u notariusza, z łatwością byłaby zaliczona do testamentów urzędowych. Innymi słowy, romanistyczna siatka możliwości czy też „wzorzec" pozostaną w stu procentach aktualne niezależnie od tego, jakie środki techniczne zostaną zaprzęgnięte do czynności sporządzania oświadczenia ostatniej woli.

Mariusz Załucki wskazuje, że „prawo spadkowe (…) uważane jest – błędnie – za ustawodawstwo stabilne"[25]. Jeśli mielibyśmy rozumieć to jako tezę opisującą cały historyczny rozwój zasad i reguł prawnych rządzących spadkobraniem, to byłaby ona trudna do obrony[26]. Przeciwnie: na tle wielu innych dziedzin prawa prywatnego prawo spadkowe jawi się wręcz jako niewzruszona, antyczna marmurowa kolumna. Jego główne zasady, wszystkie podstawowe pojęcia, instytucje i założenia powstały w zasadniczej większości jeszcze w czasach rzymskich. Dalsze wieki nie przyniosły tu żadnych rewolucyjnych innowacji, jakie dostrzec możemy z łatwością w porzymskiej historii choćby prawa zobowiązań, które w czasach nowożytnych doświadczyło ostatecznego wykrystalizowania się zasady swobody umów[27], powstania całego szeregu nowych typów kontraktów[28] czy sformułowania generalnej klauzuli deliktowej. Trudno o lepszy przykład braku możliwości dokonania realnej rewolucji na obszarze spadków niż wprowadzenie do prawa polskiego zapisu windykacyjnego, ogłoszonego od razu „nową instytucją prawa spadkowego"[29]. W kontekście faktu, że zapisy tego typu znane były rzymskiej praktyce w zasadzie od samego początku idei testowania, sformułowania takie wydać się mogą dosyć zabawne[30];

Na tle wielu innych dziedzin prawa prywatnego prawo spadkowe jawi się wręcz jako niewzruszona, antyczna marmurowa kolumna.

25 M. Załucki, *Videotestament*…, s. 65.

26 Odnośnie do stabilności i zmian prawa spadkowego w Polsce, zob. cytowany wyżej artykuł: F. Longchamps de Bérier, *Stałość*…, s. 3–24.

27 Dla rzymskiego myślenia o prawie charakterystyczna była zasada przeciwna, określana dziś mianem nominalizmu kontraktowego. O kształtowaniu się swobody umów zob. W. Dajczak (w:) W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Bérier, *Prawo rzymskie. U podstaw prawa prywatnego*, wyd. 3, Warszawa 2018, s. 466–469; tenże, *Derecho Romano de obligaciones. Continuación y modificationes en la tradición jurídica europea*, Santiago de Compostela 2018, s. 37–42, a także rozprawa doktorska P. Alexandrowicz, *Kanonistyczne uzasadnienie swobody umów w zachodniej tradycji prawnej*, Poznań 2019, która ukaże się nakładem Wydawnictwa Naukowego UAM.

28 Z drugiej strony można jednak argumentować, że większość nowych lub relatywnie nowych typów umów opiera się na ogólnym modelu umowy o świadczenie usług, wywodzącej się wprost z rzymskiej *locatio conductio*, czyli „kategorii zbiorczej dla wszystkich umów tworzących zobowiązanie dwustronne innych niż sprzedaż, w których świadczenie jednej ze stron musi być pieniężne", A. Watson, *The Evolution of Law: The Roman System of Contracts*, „Law and History Review" 1984, vol. 2, nr 1, s. 1–20.

29 Takie lub też zbliżone określenia pojawiły się w polskiej literaturze cywilistycznej co najmniej kilkakrotnie, jednak można uznać, że wyraźne wskazywanie przykładów nie mieści się w zakresie niniejszego artykułu.

30 Z drugiej strony K. Osajda sugeruje, że z uwagi na odpowiedzialność za długi spadkowe pozycja prawna polskiego zapisobiercy windykacyjnego przypomina sytuację spadkobiercy *ex re certa*, potwierdzając tym samym, że naprawdę trudno byłoby w prawie spadkowym uciec od rzymskiej

rzekoma „nowość" okazuje się jedynie reanimacją starego rzymskiego pomysłu.

Autor omawianej monografii pyta, „czy niebanalność czasów współczesnych da się sprowadzić do banalnych, jak się wydaje, konstrukcji prawnych, znanych jeszcze w dużej mierze z czasów ustawodawcy rzymskiego". Tak postawiona kwestia siłą rzeczy skłonić musi każdego romanistę do polemiki. Pozostawiając już na boku historiozoficzne rozważania nad tym, cóż miałaby znaczyć banalność bądź niebanalność danej epoki, skupić należy się raczej na określeniu tym mianem rzymskich konstrukcji prawa spadkowego. Trudno oprzeć się wrażeniu, że użyte określenie nie jest do końca przemyślane. W konfrontacji z poziomem złożoności i prawniczego wyrafinowania choćby rzymskiego fideikomisu banalnym może się wykazać raczej kompletny brak tej instytucji w wielu współczesnych porządkach prawnych, w tym również w Polsce[31]. W interesującym nas teraz najbardziej obszarze prawa rządzącego formą testamentu także nie da się postawić żadnej epoce zarzutu „banalności"; trudno bowiem uznać, żeby rzymski testator dyktujący swój testament antycznej „maszynie do pisania" – czyli wykształconemu niewolnikowi – robił cokolwiek jakościowo różnego od testatora polskiego, który potencjalnie za lat kilka nagra swoje oświadczenie na jakimś nośniku danych. Odmienne jest jedynie instrumentarium techniczne; koncepcje prawne, mieszczące się na opisanej tu rzymskiej siatce, pozostają w zasadzie niezmienione.

2. Pułapki historycznoprawne

W ślad za odrzuceniem tezy M. Załuckiego, że wideotestament miałby stanowić nową jakość w prawie spadkowym i zerwanie z rzymskim wzorcem, pójść musi kilka drobniejszych uwag dotyczących powoływania się przezeń na przykłady historyczne oraz stosowanej w monografii terminologii. W pierwszej kolejności warto wskazać na dwa dosyć często występujące w tekście anachronizmy. Autor używa w kontekście czasów raczej zamierzchłych pojęcia „ustawodawstwo" („najwcześniejsze fazy rozwojowe ustawodawstwa testamentowego", s. 8; „z czasów ustawodawcy rzymskiego", s. 199), które trudno uznać za adekwatne. Niewątpliwie bowiem pierwociny testowania prywatnego w prawie rzymskim nie wynikały z woli ludu wyrażanej w formie *leges*, ale raczej z prawotwórczej praktyki, opartej co najwyżej na bardzo twórczej (aby nie powiedzieć – karkołomnej) interpretacji jednego króciutkiego fragmentu ustawy XII tablic[32]. W prawie klasycznym natomiast jakiekolwiek ustawodawstwo, a nawet rozumiane nowocześnie prawotwórstwo, w zasadzie zupełnie zanikły, aby powrócić w formie konstytucji cesarskich w okresie ugruntowania się monarszej władzy. A jednak, jak to ujął Henryk Kupiszewski, „w sumie jest prawo rzymskie w każdym momencie czasowym, który bierzemy pod uwagę, bardziej prawem przekazanym niż stanowionym"[33].

Drugim trochę nadużywanym terminem jest na kartach przedmiotowej pracy „system". Autor pisze o „systemie *common law*" (s. 10 i 48), podczas gdy zdecydowanie bardziej adekwatne byłoby określenie „tradycja *common law*", w ramach której funkcjonuje przecież cały szereg porządków prawnych wielu różnorodnych krajów. Niedokładnością jest jednak automatyczne zaliczenie do tych krajów Republiki Południowej Afryki (s. 56), która uznawana jest raczej za klasyczny przykład jurysdykcji mieszanej, czyli porządku prawnego, gdzie ścierają się i przenikają prawo cywilne oraz anglosaskie[34]. Pewnym anachronizmem jest też mówienie o „systemie prawa spadkowego" (s. 46) czy „systemie prawa angielskiego" (s. 47) w kontekście średniowiecza, jak też o „różnych systemach prawnych" (s. 77) poszczególnych

siatki pojęciowej. K. Osajda, *The New Polish Regulation on 'Legatum per Vindicationem': A New Solution for Old Problems*, „Zeitschrift für Europaisches Privatrecht" 2012, nr 3, s. 493, 496.

31 O próbie wprowadzenia do polskiej kodyfikacji cywilnej jednego z wariantów fideikomisu, jakim jest substytucja powiernicza, zob. M. Ossowska, *Pytanie o dopuszczalność substytucji powierniczej a projekt prawa spadkowego autorstwa Stanisława Wróblewskiego*, „Studenckie Zeszyty Naukowe" 2018, t. 21, nr 39, s. 49–59.

32 T. 6.1: *Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto.*

33 H. Kupiszewski, *Prawo rzymskie a współczesność*, wyd. 2, Kraków 2013, s. 26.

34 *Mixed Jurisdictions Worldwide*, ed. V.V. Palmer, Cambridge 2006.

grup społecznych w ramach społeczeństwa stanowego, podczas gdy podejście do prawa jako do zamkniętego systemu, a zatem próby nadania mu takiej postaci charakterystyczne są dopiero dla czasów późnonowożytnych[35]. Za niedokładne trzeba też uznać łączenie braku recepcji prawa rzymskiego w dawnej Polsce wyłącznie z faktem, że „Polska nigdy nie znalazła się bowiem, jak większość krajów Europy Zachodniej, pod panowaniem Rzymian. Na ziemiach polskich nigdy nie było więc bezpośredniej tradycji prawa rzymskiego"[36]. Położenie danego europejskiego kraju w granicach dawnego Imperium Romanum nie miało najczęściej bezpośredniego wpływu na to, czy prawo rzymskie zostanie tam recypowane, gdyż w wielu przypadkach jego resztki zostały wpierw stamtąd wyparte przez szczepowe prawa barbarzyńskie. Sama recepcja zaś, dokonująca się w pierwszej kolejności za sprawą uniwersytetów, była warunkowana przez liczne czynniki natury politycznej i ekonomicznej[37]. Tak oto doszło do niej w niepodbitej nigdy przez Rzymian Szkocji, natomiast koronnym przykładem jej braku jest Anglia, mimo że jej terytorium w zasadzie w całości pokrywało się z dawną rzymską prowincją.

Drobne przeoczenia – choć w pracy poświęconej formie testamentu jednak dostrzegalne – dotyczą specyficznych form testamentów wojskowych. Autor nie wspomina o nich, pisząc w czasie przeszłym o formach testamentu prawa niemieckiego, podczas gdy były one regulowane aż do 1945 r., choć nie w samym BGB, tylko w ustawach wojskowych[38]. W kontekście prób unifikacji prawa spadkowego w II Rzeczypospolitej pominięta zostaje zaś całkowicie ustawa z 17 marca 1933 r. o rozporządzeniach ostatniej woli osób wojskowych[39].

Zupełnie na marginesie, ale muszę ocenić jako zbyt pochopny pogląd dotyczący ewentualnej funkcjonalności testamentów wojskowych. Autor wskazuje, że „użyteczność [testamentu wojskowego] w czasach powojennych, gdy był projektowany, nie mogła być kwestionowana, co jednak dzisiaj nie zachodzi, nawet gdyby inaczej określić przesłanki jego sporządzenia"[40]. Tymczasem to właśnie dziś polscy żołnierze biorą udział w misjach bojowych z dala od terytorium RP, co ewentualnie można by uznać za fakt uzasadniający istnienie specjalnej dla nich formy testamentu. Ponadto dla poparcia tezy, że testament wojskowy jest niepotrzebny, autor przytacza artykuł angielski (s. 105, przypis 138), podczas gdy odnosi się on do instytucji prawa angielskiego, będącej czymś znacznie różnym od testamentów wojskowych znanych porządkom prawa cywilnego[41].

3. *Bezpieczeństwo i* animus testandi

Dalsza część mojej polemiki opiera się nie na zarzutach merytorycznych, ale na innym oglądzie spraw, o których pisze M. Załucki, uzasadniając przydatność wideotestamentu. Jednym z podstawowych atutów utrwalania testamentu w formie zapisu audio-wideo miałoby być bezpieczeństwo wynikające z faktu stosunkowo dużych trudności w sfałszowaniu nagrania. Autor wspomina, co prawda, o możliwości manipulacji powszechnymi dzisiaj nagraniami cyfrowymi, jednak to stwierdzenie wydaje się tu nieco zbyt ogólnikowe. Dlatego też trzeba zwrócić uwagę na zagrożenia wynikające z powstałej bardzo niedawno technologii zwanej popularnie *deepfake*, a polegającej na tworzeniu za pomocą sztucznej inteligencji fałszywego wideo na którym konkretna osoba powiedziała lub zrobiła coś, czego tak naprawdę nigdy nie mówiła, ani nie robiła[42].

35 Niezależnie od tego warto zauważyć, że np. Jerzy Stelmach kontestuje powszechne odnoszenie się do „systemu prawa", wskazując, iż jego rzekome istnienie jest jednym z pozytywistycznych mitów, którymi karmią się prawnicy. J. Stelmach, *Mity prawnicze* (w:) *Świat, Europa, mała ojczyzna. Studia ofiarowane Profesorowi Stanisławowi Grodziskiemu w 80-lecie urodzin*, red. M. Małecki, Bielsko-Biała 2009, s. 1145–1155.

36 M. Załucki, *Videotestament*…, s. 78.

37 Zob. T. Giaro o „drugim życiu prawa rzymskiego" (w:) W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Bérier, *Prawo rzymskie*…, s. 97–122.

38 Ostatnią z takich ustaw była *Gesetz uber die freiwillige Gerichtsbarkeit und andere Rechtsangelegenheiten in der Wehrmacht* z dnia 24 kwietnia 1934 r. (WehrmFGG).

39 Dz.U. z 1933 r., nr 31, poz. 262.

40 M. Załucki, *Videotestament*…, s. 106.

41 J. Rudnicki, *The Axiology of Military Wills – a Comparative Analysis*, „European Journal of Comparative Law and Governance" 2015, vol. 2, nr 1, s. 5–18.

42 L. Eadicicco, *Niebezpieczny internetowy trend może przyczynić się do zniszczenia twojej reputacji. Nikt nie wie, co z nim zrobić*, „Bussines Insider", 14 lipca 2019 r., https://businessinsider.com.pl/falszywe-informacje (dostęp 08.02.2020).

Wykrywanie tego typu fałszywych nagrań jest bardzo trudne, gdyż ciągle powstają nowe algorytmy pozwalające na ich tworzenie[43]. W przypadku wprowadzenia do porządku prawnego formy wideotestamentu, fałszowanie oświadczeń ostatniej woli – zwłaszcza osób majętnych – przy pomocy takich właśnie narzędzi z pewnością będzie miało miejsce. Rzecz jasna zwrócenie uwagi na takie zagrożenie nie jest i nie powinno być koronnym argumentem przeciwko wideotestamentowi; wszak fałszerstwo jest praktyką starą jak cywilizacja i jedynym sposobem na jego skuteczne wyeliminowanie byłoby chyba zaprzestanie dokonywania jakichkolwiek czynności formalnych i sporządzania jakichkolwiek dokumentów. Wskazanie na ten problem ma na celu podkreślenie, że także w przypadku testowania rozwój technologiczny kreuje równolegle nowe szanse i nowe zagrożenia, które mogą spowodować, że testament utrwalony w formie zapisu audio-wideo nie będzie wcale bezpieczniejszy niż stary dobry testament własnoręczny.

Natomiast argumentem M. Załuckiego, który budzi więcej wątpliwości, jest kilkakrotnie i bardzo wyraźnie powtórzone stwierdzenie, że wideotestament najlepiej potwierdzi posiadanie przez spadkodawcę zamiaru dokonania rozrządzeń na wypadek śmierci: „generalnie można nawet przyjąć, że videotestament eliminuje ryzyko pomyłki co do występowania u spadkodawcy *animus testandi*"[44]. Autor wskazuje, że „przygotowanie do nagrania, przedsięwzięcie określonych środków technicznych, oświadczenie kierowane w stronę urządzenia rejestrującego obraz i dźwięk to zazwyczaj będą okoliczności świadczące o tym, iż testator miał świadomość przedsiębranych czynności, uzmysławiał sobie wagę dokonywanego aktu"[45]. Twierdzenie to abstrahuje jednak od podstawowego technologicznego i społecznego faktu, że dziś dokonanie nagrania nie wymaga absolutnie żadnych przygotowań – można je rozpocząć dosłownie wskutek kilku przesunięć palcem po ekranie dotykowym inteligentnego telefonu. Mariusz Załucki kilkakrotnie zresztą sam wskazuje, że współcześnie tego typu urządzenia są w powszechnym użyciu, stanowiąc wręcz nieodłączny element egzystencji przedstawicieli młodszych pokoleń[46]. Oznacza to, że w kraju wielkości Polski codziennie dokonuje się trudnej do oszacowania, ale z pewnością ogromnej liczby cyfrowych nagrań audio-wideo o bardzo różnej treści, począwszy od pierwszych uśmiechów czy kroków dzieci, poprzez filmiki z wakacji, najróżniejsze wygłupy, treści erotyczne, aż po całkowicie poważne oświadczenia woli czy wiedzy lub też mniej lub bardziej profesjonalne nagrania o charakterze repor-

Także w przypadku testowania rozwój technologiczny kreuje równolegle nowe szanse i nowe zagrożenia, które mogą spowodować, że testament utrwalony w formie zapisu audio-wideo nie będzie wcale bezpieczniejszy niż stary dobry testament własnoręczny.

43 O. Schwartz, *You thought fake news was bad? Deep fakes are where truth goes to die*, „The Guardian", 12 listopada 2018 r., https://www.theguardian.com/technology/2018/nov/12/deep-fakes-fake-news-truth (dostęp 08.02.2020).

44 M. Załucki, *Videotestament*…, s. 144.

45 Tamże, s. 189.

46 Tamże, s. 197–198.

terskim, rozrywkowym czy edukacyjnym. Innymi słowy, zamiast pewności, że dzięki nagraniu można najlepiej ocenić autentyczność *animus testandi*, można dostrzec raczej znaczące ryzyko swoistego rozmycia się wagi i treści nagrania – potencjalnie mogącego być testamentem – pośród innych poważnych i nieważnych filmów znajdujących się na tym samym nośniku danych lub też wykonanych przez potencjalnego testatora. Oznacza to, że współczesna popularność posługiwania się nagraniami audio-wideo do wszelkich możliwych celów stwarza potencjalnie poważne zagrożenie dla możliwości ocenienia, jaki tak naprawdę był zamiar osoby, której oświadczenie widzimy i słyszymy na filmie.

Współczesna popularność posługiwania się nagraniami audio-wideo do wszelkich możliwych celów stwarza potencjalnie poważne zagrożenie dla oceny, jaki tak naprawdę był zamiar osoby, której oświadczenie widzimy i słyszymy na filmie.

Z powyższego powodu bardziej niż propozycja uregulowania wideotestamentu postulowana przez M. Załuckiego przekonuje mnie relacjonowany przez niego pomysł dyskutowany obecnie w Szwajcarii[47]. Jako forma szczególna, możliwa do wykorzystania przede wszystkim w obawie rychłej śmierci, wideotestament miałby szansę na chociaż częściowe rozwiązanie odwiecznego konfliktu między swobodą testowania, rozumianą tu jako umożliwienie testowania do ostatnich chwil życia, a bezpieczeństwem obrotu prawnego[48]. Z uwagi na wspomnianą już powszechność użycia urządzeń, których jedną z funkcji jest nagrywanie filmów, wideotestament pozwalałby na stosunkowo łatwe utrwalenie oświadczenia w sposób dużo pewniejszy i mniej podatny na przeinaczenia niż w przypadku testamentu ustnego. Jednocześnie sama konieczność wystąpienia obawy rychłej śmierci jest dodatkowym czynnikiem pozwalającym rozwiać – moim zdaniem niezmiernie istotne – wątpliwości co do zamiaru testowania po stronie osoby, która została uwieczniona na nagraniu. Jednocześnie zaś potencjalny testator, pragnąc dokonać rozrządzeń w sposób przemyślany i maksymalnie bezpieczny, zawsze może przecież skorzystać z formy notarialnej, której atutów czysto prywatny wideotestament z pewnością posiadał nie będzie.

4. Pytanie o zasadność promocji testowania

Kończąc, pragnę odnieść się do wspomnianego już na wstępie wątku dotyczącego polityki prawa i wartości, które ma ono realizować. Na łamach przedmiotowej pracy kilkakrotnie pojawia się teza, że sporządzanie testamentów jest zjawiskiem pożądanym i powinien o tym pamiętać ustawodawca przy nadawaniu kształtu przepisom o ich formie. Mariusz Załucki pisze, że „często podnoszony jest argument o konieczności uproszczenia systemu testowania. Wychodzi się tutaj z założenia, iż rozluźnione wymogi formalne mogą zachęcić spadkodawców do częstszego korzystania z tego narzędzia, zwłaszcza gdy będzie miał możliwość testowania bez udziału osób trzecich”[49]. Gdzie

47 Poza cytowaną pracą M. Załucki omawia ten pomysł także w artykule *Kierunek zmian przepisów o formie testamentu w dobie nowych technologii na przykładzie Szwajcarii*, „Białostockie Studia Prawnicze” 2017, t. 22, nr 4, s. 15–25.

48 Szerzej J. Rudnicki, *Rola formy testamentu. Uwagi na tle porównawczym*, „Forum Prawnicze” 2013, nr 2 (16), s. 35–44.

49 M. Załucki, *Videotestament…*, s. 33–34.

indziej wskazuje, że „dziedziczenie testamentowe jest preferowanym sposobem przejścia majątku na inne osoby po śmierci osoby fizycznej. Formy testamentu i przepisy ich dotyczące winny to umożliwiać, wręcz zachęcać jednostkę do sporządzenia testamentu”[50]. Jednym z atutów samego wideotestamentu miałoby być zaś „[zachęcenie] obywateli naszego kraju, przede wszystkim zaś młodszego pokolenia, do dokonywania dyspozycji majątkowych na wypadek śmierci”[51]. Po lekturze można odnieść wrażenie, że powszechność testowania jest wartością, która wręcz nie wymaga uzasadnienia.

Oczywiście każdy prawnik ukształtowany przez tradycję romanistyczną myśli dosyć ciepło o jakże rzymskiej swobodzie testowania. Jest znanym faktem historycznym, że sporządzanie testamentów było w Rzymie bardzo popularne[52], dzięki czemu zresztą prawo spadkowe dynamicznie się rozwijało i stanowiło swoisty motor rozwoju całego prawa prywatnego. To wszystko nie powinno jednak wstrzymywać nas od zadania pytania, czy sporządzanie testamentów jest aby na pewno korzystne społecznie? Już samą przyczyną testowania jest przecież chęć zmodyfikowania porządku dziedziczenia narzuconego ustawą, która stara się odzwierciedlać w tym zakresie naturalne więzi bliskości pomiędzy spadkodawcą a członkami jego rodziny. Testament jest więc często świadomym i celowym wyłomem w tym porządku, co czyni go niewątpliwie konfliktogennym – skłania członków rodziny „pominiętych” lub „gorzej potraktowanych” przez testatora do wchodzenia w spór z osobami, dla których był on bardziej hojny. Ponadto, co chyba nie wymaga szerszego uzasadniania, testament sprawia nieporównanie większe trudności dowodowe niż sama tylko procedura podziału spadku między dziedziców ustawowych. Tym samym częste sporządzanie testamentów, zwłaszcza w formach czysto prywatnych, nie jest również szczególnie korzystne z punktu widzenia ekonomii późniejszych postępowań spadkowych. Gdzie zatem tkwi uzasadnienie tezy, że „przepisy powinny zachęcać jednostkę do testowania”?

Mariusz Załucki słusznie zauważa na kartach swojej pracy, że w średniowiecznej Europie testament odrodził się również dzięki temu, że o swobodę testowania walczył Kościół[53]. Dodać należy, że walka ta nie była do końca bezinteresowna, bo dzięki swobodzie testowania instytucje kościelne mogły spodziewać się zapisów od ludzi, którzy na łożu śmierci bali się o zbawienie swojej duszy[54]. Ta analogia historyczna każe więc postawić pytanie, jakie interesy mogą stać dzisiaj za dosyć powszechnym wśród prawników twierdzeniem, że Polacy sporządzają za mało testamentów i warto ich do tego zachęcać.

5. Podsumowanie

Wszystkie uwagi zawarte w niniejszym artykule w niewielkim tylko stopniu wpływają na mój zasadniczy odbiór monografii M. Załuckiego, która jest niezwykle ciekawym i cennym wkładem w debatę nad przyszłością prawa spadkowego. Podzielam nadzieję autora, że jego książka stanowić będzie jeden z przyczynków do dalszej dyskusji i możliwych przyszłych reform prawa spadkowego. Pragnąłem wziąć w tej debacie udział, aby przedstawić tezy odnoszące się z jednej strony do potencjalnych atutów wideotestamentu, z drugiej zaś do tego, czym tak naprawdę jest rzymski wzorzec w prawie spadkowym. Podkreślić raz jeszcze należy, że współczesne prawo spadkowe, w tym uregulowania poświęcone formie testamentu, oparte są w zasadzie w stu procentach na porządku pojęć, instytucji i zasad wywodzących się z rzymskiego doświadczenia i ukształtowanych w tradycji romanistycznej. Wideotestament, niezależnie od tego, jaki miałby ostatecznie przyjąć kształt, nie tylko w żaden sposób z owego porządku się nie wyłamie, ale stanowił będzie kolejny argument za tym, że możliwości stworzenia nowej jakości w prawie spadkowym wyczerpały się najwyraźniej już ponad półtora tysiąca lat temu.

50 Tamże, s. 71.

51 Tamże, s. 235–236.

52 Symbolizuje to słynna anegdota Plutarcha, zgodnie z którą Katon Starszy miał żałować w życiu tylko trzech rzeczy, w tym tego, że jeden dzień pozostawał bez testamentu (Plut. *Cat. Ma.* 9).

53 M. Załucki, *Videotestament…*, s. 75.

54 O testamencie dla zbawienia duszy (*pro salute animae*) zob. A. Dziadzio, *Powszechna historia prawa*, Warszawa 2009, s. 367.

Bibliografia

Alexandrowicz P., *Kanonistyczne uzasadnienie swobody umów w zachodniej tradycji prawnej*, Poznań 2019 (rozprawa doktorska).

Crawford B.J., *Wills Formalities in the Twenty-First Century*, „Wisconsin Law Review" 2019, s. 269–294.

Dajczak W., *Derecho Romano de obligaciones. Continuación y modificationes en la tradition jurídica europea*, Santiago de Compostela 2018.

Dajczak W., Giaro T., Longchamps de Bérier F., *Prawo rzymskie. U podstaw prawa prywatnego*, wyd. 3, Warszawa 2018.

Dziadzio A., *Powszechna historia prawa*, Warszawa 2009.

Eadicicco L., *Niebezpieczny internetowy trend może przyczynić się do zniszczenia twojej reputacji. Nikt nie wie, co z nim zrobić*, „Bussines Insider", 14 lipca 2019 r., https://businessinsider.com.pl/falszywe-informacje (dostęp 08.02.2020).

Klasiček D., *21st Century Wills*, „Pravni Vjesnik" 2019, r. 35, nr 2, s. 29–48.

Kupiszewski H., *Prawo rzymskie a współczesność*, wyd. 2, Kraków 2013.

Kuryłowicz M., *Rusticus i rusticitas. Wieś i wieśniacy w tekstach prawa rzymskiego*, „Studia Iuridica Toruniensia" 2012, t. 10, s. 19–36.

Kuryłowicz M., *Testamentum holographum*, „Krytyka Prawa" 2015, t. 7, nr 5, s. 219–227.

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

Longchamps de Bérier F., *Rzymska siatka pojęciowa prawa spadkowego a ograniczenie odpowiedzialności za długi*, „Rejent" 2017, r. 27, nr 9 (317), s. 43–63.

Longchamps de Bérier F., *Stałość a zmienność szczegółowych regulacji prawa spadkowego Niepodległej*, „Forum Prawnicze" 2018, nr 2 (48), s. 3–24.

Longchamps de Bérier F., *Z uwag do metodologii nauki prawa prywatnego: argumenty historyczny, dogmatyczny i prawnoporównawczy na przykładzie darowizny na wypadek śmierci oraz zapisu windykacyjnego* (w:) *Polska komparatystyka prawa. Prawo obce w doktrynie prawa polskiego*, red. A. Wudarski, Warszawa 2016, s. 295–330.

Nowak M., *Mancipatio and Its Life in Late-Roman Law*, „Journal of Juristic Papyrology" 2011 vol. 41, s. 103–122.

Osajda K., *The New Polish Regulation on 'Legatum per Vindicationem': A New Solution for Old Problems*, „Zeitschrift fur Europaisches Privatrecht" 2012, nr 3, s. 484–500.

Ossowska M., *Pytanie o dopuszczalność substytucji powierniczej a projekt prawa spadkowego autorstwa Stanisława Wróblewskiego*, „Studenckie Zeszyty Naukowe" 2018, t. 21, nr 39, s. 49–59.

Protasio J.V., *The Future of Wills: Concept, Issues, Application of Electronic Wills in the Philippines*, „University of Asia and the Pacific Law Journal" 2018, vol. 1, s. 142–167.

Rudnicki J., *Rola formy testamentu. Uwagi na tle porównawczym*, „Forum Prawnicze" 2013, nr 2 (16), s. 35–44.

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

Rudnicki J., *The Axiology of Military Wills – a Comparative Analysis*, „European Journal of Comparative Law and Governance" 2015, vol. 2, nr 1, s. 5–18.

Schwartz O., *You thought fake news was bad? Deep fakes are where truth goes to die*, „The Guardian", 12 listopada 2018 r., https://www.theguardian.com/technology/2018/nov/12/deep-fakes-fake-news-truth (dostęp 08.02.2020).

Stelmach J., *Mity prawnicze* (w:) *Świat, Europa, mała ojczyzna. Studia ofiarowane Profesorowi Stanisławowi Grodziskiemu w 80-lecie urodzin*, red. M. Małecki, Bielsko-Biała 2009, s. 1145–1155.

Świrgoń-Skok R., *Wpływ nowych technologii na zagadnienie form testamentu w polskim prawie spadkowym*, „Zeszyty Prawnicze" 2019, t. 19, nr 1, s. 135–151.

Watson A., *The Evolution of Law: The Roman System of Contracts*, „Law and History Review" 1984, vol. 2, nr 1, s. 1–20.

Załucki M., *Kierunek zmian przepisów o formie testamentu w dobie nowych technologii na przykładzie Szwajcarii*, „Białostockie Studia Prawnicze" 2017, t. 22, nr 4, s. 15–25.

Załucki M., *Videotestament. Prawo spadkowe wobec nowych technologii*, „Monografie Prawnicze", Warszawa 2018.

Zamora Manzano J.L., *La fe pública administrativa en la recepción de la voluntas del testador en el Bajo Imperio*, „Glossae. European Journal of Legal History" 2017, nr 14, s. 994–1007.