



Spis treści

ARTYKUŁY

Agnieszka Bielska-Brodziak, Marlena Drapalska-Grochowicz

- 3 **O wyborach między „bliskimi z definicji” a „bliskimi w życiu”.
Formalne rozumienie bliskości w prawie i jego praktyczne dylematy**

Sebastian Kubas

- 24 **Grzesznicy czy obywatele? Sądowe zwolnienia religijne od powszechnie
obowiązującego prawa w Stanach Zjednoczonych Ameryki**

Ewa Milczarek, Adam Milczarek

- 45 **Ochrona prawa do prywatności w postępowaniu kontrolnym Najwyższej
Izby Kontroli**

Kacper Łądkowski

- 55 **Rzymska czy grecka? O pochodzeniu zasady rodyjskiej o zrzucie morskim –
*lex Rhodia de iactu***

Magdalena Ossowska-Tutaj

- 68 **„Honorowa kapitulacja”. Historia trustu w prawie Luizjany**

Bartosz Łukowiak

- 83 **Niewspółmierność kary jako podstawa kasacyjna**



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) **głosy** – powinny dotyczyć orzeczeń, które w istotny sposób rozwijają lub zmieniają dotychczasową linię orzecznictwa, a także orzeczeń podejmujących problemy dotychczas nie stanowiące przedmiotu zainteresowania judykatury; głosy powinny mieć do 30 000 znaków ze spacjami.

Zgłoszenia należy składać za pośrednictwem adresu mailowego: forumprawnicze@uj.edu.pl

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).

Numer 3 (77) | 2023
Dwumiesięcznik
ISSN: 2720-488X

WSPÓŁWYDAWCY

Uniwersytet Jagielloński
ul. Gołębia 24
31-007 Kraków

Fundacja „Utriusque Iuris”
ul. Majańska 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
dr hab. Michał Królikowski, prof. UW, Uniwersytet Warszawski
prof. Francesco Paolo Patti, Università Bocconi, Milano
prof. Diarmuid Phelan, Trinity College Dublin
prof. Jerzy Pisuliński, Uniwersytet Jagielloński
prof. Ewa Rott-Pietrzyk, Uniwersytet Śląski w Katowicach
doc. Pavel Salak, Masarykova Univerzita, Brno
dr hab. Adam Szafranski, prof. UW, Uniwersytet Warszawski
prof. Bogdan Szlachta, Uniwersytet Jagielloński
prof. Marek Szydło, Uniwersytet Wrocławski
prof. Christopher Wolfe, University of Dallas
prof. Paweł Wiliński, Uniwersytet im. Adama 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: ks. prof. Franciszek Longchamps de Bériér – Uniwersytet Jagielloński

Sekretarze redakcji:

mgr Grzegorz M. Tracz – Uniwersytet Jagielloński

mgr Emil Ratowski – Uniwersytet Warszawski

mgr Wojciech Dybka – Uniwersytet Jagielloński

mgr Mikołaj Sołtysiak – Uniwersytet Jagielloński

Redaktorzy tematyczni:

prof. Leszek Bosek – prawo prywatne – Uniwersytet Warszawski

prof. Wojciech Dajczak – historia prawa i prace interdyscyplinarne

we współpracy z naukami o życiu i naukami ścisłymi –

Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu

dr hab. Monika Niedźwiedz – prawo administracyjne

i konstytucyjne – Uniwersytet Jagielloński

prof. Andrzej Sakowicz – prawo karne – Uniwersytet w Białymstoku

dr hab. Marta Soniewicka, prof. UJ – 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: Magdalena Biątek

Skład: Janusz Świnarski

Projekt graficzny: item:grafika

ADRES REDAKCJI

Katedra Prawa Rzymskiego

Uniwersytet Jagielloński

ul. Gołębia 9, p. 131

31-007 Kraków

www.forumprawnicze.eu

forumprawnicze@uj.edu.pl

Copyright for the title © Uniwersytet Jagielloński.

Copyright for individual papers © authors under the Creative Commons license (CC-BY-NC-ND 4.0).



Agnieszka Bielska-Brodziak

Doktor habilitowany nauk prawnych, profesor Uniwersytetu Śląskiego w Instytucie Nauk Prawnych, radca prawny.

✉ agnieszka.bielska-brodziak@us.edu.pl

<https://orcid.org/0000-0002-9926-6436>



Marlena Drapalska-Grochowicz

Doktor nauk prawnych, adiunkt w Instytucie Nauk Prawnych Uniwersytetu Śląskiego.

✉ marlena.drapalska-grochowicz@us.edu.pl

<https://orcid.org/0000-0002-8602-2918>

Agnieszka Bielska-Brodziak, Marlena Drapalska-Grochowicz

O wyborach między „bliskimi z definicji” a „bliskimi w życiu”

Formalne rozumienie bliskości w prawie i jego praktyczne dylematy

On Choices between Close by Definition and Close in Life. Formal Understanding of Closeness in Law and its Practical Dilemmas

Legal definitions are intended to increase the precision and communicativeness of a legal text. They are also treated as solid evidence of the legislator's intention to understand a given phrase. They are therefore considered a simple provision – the application of the definition should not raise any doubts. An interesting example of such definition is the legal definitions of closeness, i.e. a close person or the closest person. The legislator does not define closeness by specifying its characteristics but by listing specific people who are to be considered as one under a particular act which makes it a manifestation of a formal understanding of closeness. Based on this understanding, the subject applying the law may encounter various dilemmas, the examination of at least some of them is the objective of this study.

Słowa kluczowe: definicje legalne, bliskość prawna, bliskość formalna, osoba bliska

Key words: legal definitions, legal closeness, formal closeness, close person

[https://doi.org/10.32082/fp.3\(77\).2023.1087](https://doi.org/10.32082/fp.3(77).2023.1087)

1. Wstęp

Celem tworzenia definicji legalnych jest zwiększenie precyzji oraz komunikatywności tekstu prawnego, a więc realizacja postulatu pewności prawa¹. Definicje są bardzo silnym dowodem intencji prawodawcy co do rozumienia danego zwrotu². Dla podmiotu stosującego prawo mają stanowić prostą receptę – prawodawca sam określa w nich, jak rozumie dane wyrażenie, wystarczy się do tego zastosować. Równocześnie definicje legalne mają w maksymalnym możliwym stopniu ograniczyć uznaniowość podmiotów stosujących prawo.

definicji legalnej⁴. Podmiot stosujący prawo w takich sytuacjach zestawia dwa obrazy określonego zjawiska – wynikający z litery prawa oraz wynikający z okoliczności faktycznych sprawy.

W niniejszej publikacji zrealizujemy dwa zadania. Pierwszym będzie przybliżenie rozumienia bliskości prawnej w ogóle i na tym tle nieco bliżej jednego z jej typów – rozumienia formalnego (bliskość formalna). Mówimy o nim, gdy prawodawca decyduje się wprowadzić do systemu kategorię bliskości, sięgając po definicje legalne. Nasze rozważania skupimy na



Dysonans pojawia się wówczas, gdy w ocenie podmiotu stosującego prawo rozwiązanie przewidziane przez definicję zostaje uznane za niesłuszne, niemożliwe do zaakceptowania.

Aby jednak było możliwe osiągnięcie opisanego powyżej rezultatu, definicje powinny być sformułowane w sposób jasny, niebudzący wątpliwości. Pewien zakres problemów związanych z definicjami legalnymi (ich budowę, zakresem związania czy ich interpretacją) omówiony został już przez jedną ze współautorek³. Okazuje się, że wątpliwości na gruncie stosowania definicji legalnych mogą powstać także w wyniku skonfrontowania pewnych stanów faktycznych z treścią

wybranych przykładzie definicji zakresowej określenia „osoba bliska”.

Drugim zadaniem będzie rozważenie problemu, jaki wyraźnie pokazuje się przy stosowaniu przepisów zawierających definicje legalne bliskości na gruncie niektórych stanów faktycznych. Chodzi tutaj o zasygnalizowane już powstawanie dysonansu u podmiotu stosującego prawo, kiedy w konkretnym stanie faktycznym okazuje się, że uwzględnienie osoby rzeczywiście bliskiej jest niemożliwe, ponieważ nie została ona literalnie wymieniona w definicji. Aby zobrazować ten dylemat sięgniemy do kazusu sądowego. W szerszym kontekście chodzi tutaj o konflikt zachodzący między pewnością prawa jaką w danym przypadku mają gwarantować definicje legalne, a słuszością, wynikającą z analizy określonego stanu faktycznego⁵.

1 A. Malinowski, *Polski tekst prawny. Opracowanie treściowe i redakcyjne*, Warszawa 2012, s. 51; A. Halasz, *Definicje pojęć prawnych w ustawodawstwie dotyczącym podatków obrotowych*, Wrocław 2019, s. 31.

2 Z. Tobor, *W poszukiwaniu intencji prawodawcy*, Warszawa 2013, s. 233. Tak również: M. Zieliński, *Wykładnia prawa. Zasady–reguły–wskazówki*, Warszawa 2017, s. 190: „Definicje legalne formułujące normy prawne są zatem niezwykłe silnymi dyrektywami wykładni. Są to dyrektywy wykładni narzucone normatywnie przez samego ustawodawcę”.

3 A. Bielska-Brodziak, *Kłopoty z definicjami legalnymi*, w: *System prawny a porządek prawny*, red. O. Bogucki, S. Czepita, Szczecin 2008, s. 159–174.

4 Tamże, s. 172.

5 Zob. L. Leszczyński, *Kategoria słuszości a wykładnia prawa*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2011, nr 15, s. 49: „Niewątpliwie największe znaczenie ma ta kategoria [słuszość – dop. Autorem] wówczas, gdy staje się wyłącznym argumentem walidacyjnym procesu decyzyjnego w postaci odwołania się

Chcemy ustalić, jak sądy radzą sobie z tym konfliktem, gdy związane są tak silnym narzędziem legislacyjnym, jakim są definicje legalne. Zrealizowanie tych dwóch zadań pozwoli nam również na końcu rozważań podjąć próbę określenia momentu interpretacyjnego, w którym został osadzony analizowany kazus. Wybór momentu interpretacyjnego nie podlega jasnym zasadom, nie-

kogo uznaje za bliskich. Może wprowadzić definicję legalną, w której wyliczy takie osoby, np. małżonka, wstępnego, zstępnego i tak dalej (ten wariant nazywamy formalnym rozumieniem bliskości lub bliskością formalną)⁶.

Może też posłużyć się terminem nieostrym (w tym również terminem nieostrym ze wskazaniem koniecz-



Na pytanie o warunki, jakie należy spełnić, aby móc zostać uznany za bliskiego przez polskie prawo, odpowiedź brzmi profesorsko: to zależy, czy w danym przepisie przyjęto formalne, czy materialne rozumienie bliskości.

mniej *prima facie* powinien to być albo moment zajścia ocenianego faktu prawnego, albo moment orzekania. Wyrażamy tutaj intuicję, że „słusznościowy” wymiar kazusu skierował sądy ku jeszcze większej dowolności w wyborze momentu interpretacyjnego.

2. Bliskość prawna – bliskość formalna i bliskość materialna

Bliskość prawną rozumiemy jako ogół sytuacji, w których jednostkom na gruncie przepisów prawa przyznawane są szczególne prawa i nakładane są na nie szczególne obowiązki, w związku z normatywnym uznaniem ich za osoby bliskie. Przyjmujemy, że celem prawodawcy jest w tych przypadkach stworzenie warunków do realizacji wybranych potrzeb indywidualnych i społecznych.

Bliskość prawna jest konstrukcyjnie niejednolita – prawodawca w dwojaki sposób określa w przepisach,

przez decydenta do reguły moralnej jako jedyne źródła zrekonstruowania podstawy rozstrzygnięcia przedłożonego przez strony sporu. Oznacza to wówczas, że decyzja stosowania prawa oparta została na kryterium słuszności”. J. Wróblewski, *Słuszność w polskim systemie prawa*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1970, z. 1, s. 105.

nych elementów zakresu), np. „osoba bliska”, „osoba najbliższa”. W tym przypadku dokonanie oceny, czy dana osoba powinna być uznana za bliską na tle okoliczności konkretnej sprawy, prawodawca powierza organom stosującym prawo (ten wariant nazywamy materialnym rozumieniem bliskości lub bliskością materialną)⁷. Materialne rozumienie bliskości prowadzi do uznawania za bliskie osób pozostających ze sobą w relacji charakteryzującej się określonymi więziami faktycznymi, istotnymi z perspektywy analizowanego przepisu prawnego. Szczególną rolę odgrywa wśród nich więź emocjonalna. W bliskości materialnej sku-

6 Art. 3 ust. 1 pkt 2 ustawy z 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta (tekst jedn. Dz.U. z 2020 r., poz. 849): „Użyte w ustawie określenia oznaczają: 2) osoba bliska – małżonka, krewnego do drugiego stopnia lub powinowatego do drugiego stopnia w linii prostej, przedstawiciela ustawowego, osobę pozostającą we wspólnym pożyciu lub osobę wskazaną przez pacjenta”.

7 Art. 527 § 3 k.c.: „Jeżeli wskutek czynności prawnej dłużnika dokonanej z pokrzywdzeniem wierzycieli uzyskała korzyść majątkową osoba będąca w bliskim z nim stosunku, domniemywa się, że osoba ta wiedziała, iż dłużnik działał ze świadomością pokrzywdzenia wierzycieli”.

piamy się na treści relacji, a nie na jej prawnej formie, dlatego nazywamy ją „materialną”.

Bliscy formalnie nie muszą być bliskimi materialnie rzecz jasna i odwrotnie. W istotnym dla niniejszego tekstu formalnym rozumieniu bliskości bliskimi są osoby pozostające w relacji prawnie sformalizowanej (małżeństwo, rodzicielstwo, pokrewieństwo, powinowactwo, przysposobienie etc.). Skupiamy się tu na prawnej formie relacji nie zaś na jej treści, dlatego nazywamy ją „formalną”. Przykładowo – w sensie formalnym – małżonkowie będą bliskimi do momentu ustania małżeństwa przez rozwód lub śmierć. Treść ich relacji jest nieistotna, nie jest więc ważne, czy się aktualnie kochają, czy mieszkają ze sobą, czy utrzymują odpowiednio częste kontakty *etc.* Technikami legislacyjnymi, za pomocą których doprecyzowuje się formalne rozumienie bliskości są definicje zakresowe i definicje indukcyjne. Definicje zakresowe stworzono w polskim systemie dla takich określeń, jak przykładowo: osoba bliska⁸, osoba najbliższa⁹, najbliższy członek rodziny¹⁰, najbliższa rodzina¹¹.

O definicjach indukcyjnych¹² możemy mówić z kolei, gdy prawodawca na grupę osób podobną do tej, która

występuje w definiensie zakresowej definicji bliskości, nakłada obowiązki lub przyznaje jej uprawnienia, lecz nie obejmuje jej członków wspólnym określeniem (*definiendum*), takim jak „osoba bliska” czy „osoba najbliższa”, na przykład: „W razie śmierci najemcy lokalu mieszkalnego w stosunek najmu lokalu wstępują: małżonek niebędący współnajemcą lokalu, dzieci najemcy i jego współmałżonka, inne osoby, wobec których najemca był obowiązany do świadczeń alimentacyjnych, oraz osoba, która pozostawała faktycznie we wspólnym pożyciu z najemcą”¹³.

Definicje legalne bliskości są relatywnie łatwe w stosowaniu. Co do zasady do zweryfikowania istnienia bliskiej relacji wystarcza bowiem skontrolowanie aktów stanu cywilnego i ewentualnie orzeczeń innych sądów, na przykład o przysposobieniu. Poważniejsze wyzwania wiążą się jedynie z ustaleniem, czy osoby pozostają ze sobą we „wspólnym pożyciu”, tu bowiem wymagane jest czynienie ustaleń nie tylko na podstawie dokumentów.

Określenia „bliskość formalna” czy „formalne rozumienie bliskości” nie są określeniami używanymi w treści aktów prawnych. Coraz częściej terminy te pojawiają się jednak w języku prawniczym – pojawiają się bowiem judykaty, w których sądy używają tego terminu właśnie wtedy, gdy odnoszą się do definicji legalnych bliskości¹⁴.

Zgodnie z wytycznymi z § 146 Zasad techniki prawodawczej (ZTP)¹⁵ z definicji legalnych przy projek-

wyjściowym jest tutaj wskazanie osoby, dla której przewidziano w testamentie jakąkolwiek korzyść. Warunek indukcyjny, od którego uzależnione jest zaliczenie do zbioru osób niemogących być świadkiem, sprowadza się do występowania relacji: bycia małżonkiem, bycia krewnym I lub II stopnia, bycia w stosunku przysposobienia zachodzącej między osobą mającą uzyskać korzyść a osobą zaliczaną do niemających prawa do występowania jako świadek testamentu”.

13 Art. 691 § 1 k.c.

14 Zob. np. postanowienie SN z 11 czerwca 2019 r., I CSK 779/18, LEX nr 2683373: „Istotna jest więc nie tylko bliskość formalna wynikająca z więzów prawno-rodziny, ale i także bliskość faktyczna, co powinno mieć szczególne znaczenie w relacjach o charakterze niemajątkowym”; czy też wyrok SO w Łodzi z 16 lutego 2016 r., III Ca 1746/15, LEX nr 2131893.

15 § 146 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 20 czerwca 2002 r. – Zasady techniki prawodawczej (tekst jedn. Dz.U. z 2016 r., poz. 283).

8 Np. art. 3 ust. 1 pkt 2 ustawy z 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta (Dz.U. z 2020 r., poz. 849): „Użyte w ustawie określenia oznaczają: osoba bliska – małżonka, krewnego do drugiego stopnia lub powinowatego do drugiego stopnia w linii prostej, przedstawiciela ustawowego, osobę pozostającą we wspólnym pożyciu lub osobę wskazaną przez pacjenta”.

9 Np. art. 115 § 11 k.k.

10 Np. art. 4 pkt 12 ustawy z 19 sierpnia 2011 r. o weteranach działań poza granicami państwa (Dz.U. z 2020 r. poz. 2055).

11 Np. art. 1a pkt 2 ustawy z 9 listopada 2000 r. o repatriacji (Dz. U. z 2019 r., poz. 1472).

12 Jak wyjaśnia A. Malinowski, *Definicje legalne i zakres ich stosowania*, w: *Zarys metodyki pracy legislatora. Ustawy – akty wykonawcze – prawo miejscowe*, red. A. Malinowski, Warszawa 2009 „Definicja indukcyjna (inaczej rekurencyjna) jest bardzo rzadko stosowana w tekstach prawnych. Określa zbiór desygnatów nazwy w ten sposób, że podaje element wyjściowy oraz elementy otrzymane na podstawie ich relacji z elementami wyjściowymi. Składa się ona z dwu części – tzw. warunku wyjściowego i indukcyjnego. Przykładem może być definicja legalna osoby, która nie może być świadkiem przy sporządzaniu testamentu (art. 957 § 1 k.c.). [...] Elementem

towaniu aktów prawnych korzysta się między innymi wtedy, gdy dane określenie jest nieostre, a pożądane jest ograniczenie jego nieostrości (§ 146 ust. 1 pkt 2 ZTP), lub gdy ze względu na dziedzinę regulowanych spraw istnieje potrzeba ustalenia nowego znaczenia danego określenia (§ 146 ust. 1 pkt 4 ZTP).

Określenia takie jak „osoba najbliższa” czy „osoba bliska” w postaci niezdefiniowanej z pewnością są określeniami nieostrymi. O ile w języku ogólnym można zadawać się ich intuicyjnym rozumieniem, nie jest to wystarczające na gruncie języka prawnego¹⁶.

Trzeba też zauważyć, że bliskość i jej derywaty są określeniami powszechnie zrozumiałymi. Upraszczając, można powiedzieć, że każdy człowiek wie, kto jest jego bliskim. Aby jednak uniknąć subiektywizacji bliskości prawnej, prawodawca dąży do stworzenia pewnych punktów odniesienia. W ten sposób niweluje ryzyko związane z oparciem się wyłącznie na intuicyjnym rozumieniu bliskości (choć oczywiście w innych miejscach prawodawca może celowo polegać właśnie na takim rozumieniu)¹⁷.

W dalszych rozważaniach skoncentrujemy się na przykładzie definicji zakresowej bliskości. Wspomina o nich wprost § 153 ust. 1 ZTP. Definicja zakresowa powinna być sformułowana w jednym przepisie prawnym i obejmować cały zakres definiowanego pojęcia, a więc wyliczać wszystkie elementy składowe zakresu („X to jest a, b, c, d...”). W ten sposób definicja ma dokładnie wyrażać intencję prawodawcy¹⁸.

Definicje zakresowe mogą być dwojakiego rodzaju. Pełne, w których określono dane wyrażenie przez wyliczenie składających się na nie elementów w sposób obejmujący cały zakres danego pojęcia¹⁹. Definicje legalne bliskości przybierają taką postać wtedy, gdy wskazano w nich jedynie relacje prawne. Niepełne,

w których poszczególne elementy definiensa są nieostre i powstaje wątpliwość, czy konkretna relacja może zostać zaliczona do zakresu definicji²⁰. Definicje legalne bliskości przybierają taką postać, gdy oprócz relacji prawnych wymienia się w nich również „osobę pozostającą we wspólnym pożyciu”.

Istotną cechą definicji zakresowych bliskości jest to, że wskazują one krąg osób bliskich w sposób wyczerpujący, a nie przykładowy. Gdyby prawodawca chciał wyliczyć te osoby jedynie przykładowo, zastosowałby sformułowanie „w szczególności”²¹. Nie zmienia to faktu, że ewentualne włączenie do zakresu definicji kategorii „osoby pozostającej we wspólnym pożyciu” otwiera nieco granice rozumienia i sprawia, że trudno jest z całą pewnością przewidzieć, jakie konkretne relacje wyrażenie to obejmie w procesie stosowania prawa. Definicje zakresowe korzystają z domniemania zrozumiałości, prawodawca *expressis verbis* komunikuje kto jest bliskim. Powinny być więc zrozumiałe *prima facie* i nie rodzić wątpliwości interpretacyjnych.

3. Bliskość psychologiczna – dlaczego jest wyzwaniem dla prawa

Prawodawca w definicjach legalnych bliskości nie odpowiada na pytanie, co to znaczy być komuś bliskim. Wskazuje jedynie osoby, które uznaje za bliskie – są to jednak tylko etykiety tych relacji, niewyjaśniające ich treści. Samo wskazanie, że „Jan i Anna są małżeństwem”, nie przynosi odpowiedzi na podstawowe pytanie: Co oznacza, że są sobie bliscy?²² Odpowiedzi na te pytania formułują psychologowie zajmujący się badaniem różnych aspektów bliskości. Poniżej ogólnie nakreślimy kontekst psychologiczny istotny dla celów dalszych rozważań prawnych.

16 W. Wolter, M. Lipczyńska, *Elementy logiki. Wykład dla prawników*, Warszawa 1980, s. 57.

17 Jak choćby w przypadku wykładni wyrażenia „najbliższy członek rodziny” zawartego w art. 446 § 4 k.c.

18 G. Wierczyński, § 153, w: *Redagowanie i ogłaszanie aktów normatywnych. Komentarz*, Warszawa 2016. § 6 ZTP: Przepisy ustawy redaguje się tak, aby dokładnie i w sposób zrozumiały dla adresatów zawartych w nich norm wyrażały intencje prawodawcy.

19 A. Malinowski, *Redagowanie tekstu prawnego. Wybrane wskazania logiczno-językowe*, Warszawa 2006.

20 M. Zieliński, *Wykładnia prawa...*, s. 186–187.

21 § 153 ust. 3 ZTP: Jeżeli nie jest możliwe sformułowanie definicji, o której mowa w ust. 1 lub 2, można objaśnić znaczenie danego określenia przez przykładowe wyliczenie jego zakresu, wyraźnie wskazując przykładowy charakter wyliczenia przez posłużenie się zwrotem: „w szczególności”. G. Wierczyński, § 153..., s. 774–776. A. Malinowski, *Błędy formalne w tekstach prawnych*, Warszawa 2020, s. 55–60.

22 M.S. Clark, E.W. Lemay, *Close Relationships*, w: *Handbook of Social Psychology*, red. S.T. Fiske, D.T. Gilbert, G. Lindzey, New York 2010, s. 899.

Według Adital Ben-Ari oraz Youve Lavee, bliskość jest ujmowana jako cecha emocjonalna (poczucie bliskości z kimś), odnoszona do zasadniczo stabilnych, trwałych relacji opartych na pozytywnych interakcjach²³. Dla oceny istnienia i stopnia bliskości (bliska, najbliższa), kluczowe znaczenie ma subiektywna jakość interakcji między jednostkami – a więc to, czy w ich ocenie relacja jest wyjątkowa, oparta na pozytywnych interakcjach i spełnia ich potrzeby²⁴.

dwoma dalszymi elementami – (1) wyjątkowością i (2) mentalną reprezentacją osoby.

O wyjątkowości możemy mówić wtedy, gdy interakcje są w jakiś sposób unikalne dla dwóch zaangażowanych osób. Wzorzec ich interakcji musi różnić się od tych, jakie każda z nich ma z innymi osobami, i od wzorców interakcji w grupach, do których należą (np. związanych z pracą). Aby rozpoznać czynnik drugi, jednostki muszą stworzyć mentalną reprezentację swojej relacji



Samo nazwanie kogoś swoim małżonkiem czy przyjacielem, choć dostarcza istotnych informacji, nie odpowiada na pytanie, czym jest bliskość w relacji.

Już na podstawie tych ogólnych konstatacji można wywnioskować, że bycie komuś bliskim oznacza pozostawanie z drugą osobą w szczególnej relacji faktycznej, opartej na komponencie emocjonalnym i behawioralnym, który szerzej scharakteryzujemy poniżej.

Kluczowym komponentem bliskich relacji jest istnienie między jednostkami interakcji, polegających na wpływaniu jednostek na siebie. Interakcje mogą prowadzić do powstania między jednostkami współzależności²⁵. Zachowania jednej osoby (tj. to, jak działa, myśli lub czuje) wywierają wpływ na zachowania drugiej osoby (tj. to, jak działa, myśli lub czuje) i odwrotnie. Współzależność może jednak rodzić się także w relacjach z przełożonym czy współpracownikami, co nie oznacza jeszcze, że możemy nazwać te relacje bliskimi. W tym celu współzależność musi zostać dopełniona

(tzw. *relationship schema*), to znaczy muszą zachować w umyśle historię poprzednich interakcji z daną osobą. To właśnie ten „historyczny magazyn” interakcji określonej relacji pozwala jednostkom reagować na siebie w wyjątkowy sposób, nieoparty na wyuczonych rolach. Jednostka inaczej reaguje na swojego najlepszego przyjaciela niż na innych ludzi. Przykładowo przyjaciele – dzięki wspólnej historii – z łatwością przywołują informacje o charakterze i zachowaniu drugiej osoby. Ten mentalny „magazyn wiedzy” wpływa na bieżące interakcje i jest w nich stale obecny. Badacze rezerwują określenie „bliskie” tylko dla relacji spełniających powyższe warunki. Dostrzeżeniu tego, co może świadczyć o bliskości, sprzyja rozróżnienie dwóch wymiarów bliskości – behawioralnego i subiektywnego.

- behawioralny wymiar bliskich relacji odnosi się do interakcji, jakie zachodzą między określonymi osobami, oraz stopnia, w jakim osoby te wykazują wysoką współzależność²⁶. Jest to zewnętrznie dostrzegalny wymiar relacji, który można ocenić na podstawie obiektywnych kryteriów. W celu zidentyfikowania tego wymiaru bliskiej relacji stosuje się Relationship Closeness Inventory²⁷. W formularzu

23 A. Ben-Ari, Y. Lavee, *Dyadic Closeness in Marriage: From the inside story to a conceptual model*, „Journal of Social and Personal Relationships” 2007, nr 24, s. 640.

24 K. Doroszewicz, *Bliskie związki a jakość życia*, „Psychologia Jakości Życia” 2008, t. 7, nr 1–2, s. 9.

25 *Interaction is a necessary condition for a relationship to exist. This means that if two people seldom interact they do not have much of a relationship, and if there is no interaction whatsoever then there is no relationship – regardless of what they themselves might say or wish to believe* (P. Regan, *Close relationships*, New York-London 2011, s. 5).

26 P. Regan, *Close Relationships...*, s. 11.

27 E. Berscheid, M. Snyder, A.M. Omoto, *The Relationship Closeness Inventory: Assessing the Closeness of Interper-*

zadaje się więc pytania o łatwo dostrzegalne kwestie, tj. częstotliwość interakcji, ich różnorodność, wzajemny wpływ jednostek na siebie i czas trwania relacji;

- subiektywny wymiar bliskich relacji (*intimate relationships*) obejmuje więź emocjonalną łączącą jednostki, a więc miłość i intymność. Najczęściej wymiar ten ocenia się na podstawie samookreślenia – jednostka sama wskazuje, że daną relację uważa za bliską²⁸. Pomocna w charakteryzowaniu tego rodzaju relacji jest skala Inclusion of Other in Self²⁹. Bliskość jest tutaj postrzegana jako połączenie jaźni, które skutkuje poczuciem jedności (*oneness*) u jednostek pozostających w relacji³⁰.

Już te wstępne intuicje dotyczące psychologicznego rozumienia bliskich relacji pokazują, że są to jedynie takie relacje, która uznawane są za szczególnie i niepowtarzalne. Stabilne i trwałe bliskie relacje mogą być jednym z istotnych czynników wzmacniających poczucie życiowego dobrostanu jednostek³¹. Jednostki pytane o to, co sprawia, że ich życie jest wartościowe, często wskazują właśnie na bliskie, intymne relacje z innymi osobami³². Zdaniem wielu autorów, to bliskie relacje

nadają sens ludzkiej egzystencji i są jej celem³³, wpływają na jakość życia i poziom szczęścia³⁴ oraz samopoczucie psychiczne jednostek³⁵. Istotne znaczenie dla psychologicznego rozumienia bliskości ma również teoria przywiązania – do tej zaś nawiążemy w dalszych częściach tekstu, analizując przytaczany kazus.

W przypadku definicji zakresowych prawodawca wskazuje zaś przykładowo – Jan Kowalski jest bliskim Janusza Kowalskiego, bo są braćmi i z tego powodu mogą skorzystać z uprawnień przewidzianych dla osób bliskich³⁶. Jan i Janusz mogą zaś nie tylko się nie lubić, ale wręcz czuć do siebie wrogość, unikać wzajemnego kontaktu. Prawdopodobnie sami nie nazwaliby swojej relacji bliską. Na gruncie definicji legalnej nie jest

sonal Relationships, „Journal of Personality and Social Psychology” 1989, t. 57, nr 5 s. 792–807. Formularz RCI jest dostępny na stronie internetowej: https://www.cmu.edu/common-cold-project/measure-by-study/psychological-and-social-constructs/marital-quality-measures/relationship_closeness_inventory_revised.pdf (dostęp: 21 czerwca 2022).

28 P. Regan, *Close Relationships...*, s. 11.

29 A. Aron, E.N. Aron, D. Smollan, *Inclusion of Other in the Self Scale and the Structure of Interpersonal Closeness*, „Journal of Personality and Social Psychology” 1992, nr 63, s. 596–612.

30 K. Doroszewicz, *Bliskie związki...*, s. 9.

31 *People appear to be particularly predisposed to seek and maintain personal relationships that are characterized by stability, affective concern, frequent contact, and continuation into the foreseeable future* (M. Leary, R.F. Baumeister, *The Nature and Function of Self-esteem: Sociometer Theory*, „Advances in Experimental Social Psychology” 2000, nr 32, s. 11).

32 J.A. Simpson, S. Tran, *The Needs, Benefits, and Perils of Close Relationships*, w: *Close Relationships: Functions, Forms and Processes*, red. P. Noller, J.A. Feeney, New York 2006, s. 3.

33 Zob. E.J. Finkel, J.A. Simpson, P.W. Eastwick, *The Psychology of Close Relationships: Fourteen Core Principles*, „Annual Review of Psychology” 2017, t. 68, s. 383–411; K. Doroszewicz, *Bliskie związki a jakość życia*, „Psychologia Jakości Życia” 2008, 7, s. 5–18; R.F. Baumeister, M. R. Leary, *The Need to Belong: Desire for Interpersonal Attachments as a Fundamental Human Motivation*, „Psychological Bulletin” 1995, t. 117, s. 497–529; E.L. Deci, R.M. Ryan, *Autonomy and Need Satisfaction in Close Relationships: Relationships Motivation Theory*, w: *Human Motivation and Interpersonal Relationships*, red. N. Weinstein, Dordrecht–Heidelberg–New York–London 2014, s. 53–73.

34 Zob. A. Crossley, D. Langdridge, *Perceived Sources of Happiness: A Network Analysis*, „Journal of Happiness Studies” 2005, t. 6, s. 107–135; D. Suwalska-Barancewicz, *Jakość bliskich związków interpersonalnych. Znaczenie przywiązania i zależności w budowaniu trwałych relacji*, Bydgoszcz 2016, s. 11–13.

35 Zob. R.B. Slatcher, E. Selcuk, *A Social Psychological Perspective on the Links Between Close Relationships and Health*, „Current Directions in Psychological Science” 2017, t. 26, s. 16–21; P.R. Pietromonaco, B.N. Uchino, C.D. Schetter, *Close Relationship Processes and Health: Implications of Attachment Theory for Health and Disease*, „Health Psychology” 2013, nr 32, s. 499–513.

36 Art. 4 pkt 13 ustawy z 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami (Dz.U. z 2021 r., poz. 1899): „Ilekróć w ustawie jest mowa o osobie bliskiej – należy przez to rozumieć zstępnych, wstępnych, rodzeństwo, dzieci rodzeństwa, małżonka, osoby przysposabiające i przysposobione oraz osobę, która pozostaje ze zbywcą faktycznie we wspólnym pożyciu”.

jednak istotna faktyczna relacja między nimi, ale sam fakt występowania między nimi więzi prawnej opartej na więzach krwi. Założmy jeszcze, że Jan pozostaje w całkiem odmiennej, zażyłej relacji z Krzysztofem, bratem żony. Występuje między nimi więź prawna powinowactwa, ale nie jest ona uwzględniana w definicji zakresowej bliskości. Nie zostaną więc uznani za

że zakres poszczególnych określił jest jednoznaczny i nie powinien budzić wątpliwości³⁸.

Zastosowanie przepisu posługującego się formalnym rozumieniem bliskości jest zwykle łatwym zadaniem. Pozostawanie w relacjach wymienianych w definicjach bliskości może być ustalone bez analizy więzi, na podstawie aktów stanu cywilnego³⁹. Dlatego też



Możliwe jest wystąpienie rozdźwięku między „bliskością z definicji” a „bliskością w życiu”.

bliskich, bo prawodawca nie wpisał powinowatych do definicji legalnej bliskości, a subiektywne przeżywanie relacji nie jest w tym przypadku relewantne.

W wielu przypadkach „bliski z definicji” będzie również „bliskim w życiu” ponieważ prawodawca wyliczenia bliskich osób opiera na przypuszczeniu, że określone osoby zazwyczaj pozostają w bliskiej relacji. Definicje są wyborem prawodawcy – niekoniecznie muszą więc korespondować z tym, w jakich bliskich relacjach pozostaje określona osoba.

4. Formalne rozumienie bliskości prawnej w praktyce stosowania prawa

W definicjach legalnych bliskości ustawodawca posługuje się określeniami z zakresu prawa rodzinnego, takimi jak: małżonek, krewny, wstępny, zstępny, rodzeństwo, powinowaty, osoba pozostająca w stosunku przysposobienia, osoba pozostająca w stosunku opieki. W literaturze zgodnie stwierdza się, że ponieważ określenia te są zacierpnięte z prawa rodzinnego, ich znaczenie powinno być ustalane przez odwołanie do tej dziedziny prawa. Przepisami prawa rodzinnego normuje się prawa i obowiązki związane z pozostawaniem w bliskich relacjach³⁷. Podkreśla się również,

w orzecznictwie rzadko pojawiają się sygnały problemów ze stosowaniem definicji legalnych bliskości. Sądy co do zasady respektują literalną treść definicji legalnych i unikają mniej czy bardziej otwartych ingerencji w ich treść.

Sporadycznie podnoszone są jednak uwagi na temat rozszerzającej wykładni definicji zakresowych bli-

powstałych na ich gruncie”. M. Mozgawa, M. Budyn-Kulik, P. Kozłowska-Kalisz, M. Kulik, *Art. 115, w: Kodeks karny. Komentarz aktualizowany*, red. M. Mozgawa, Warszawa 2015.

38 T. Oczkowski, *Art. 115 [Krag osób najbliższych]*, w: *Kodeks karny. Komentarz*, red. V. Konarska-Wrzošek, Warszawa 2020; A. Marek, *Art. 115 [Osoba najbliższa]*, w: *Kodeks karny. Komentarz*, red. A. Marek, Warszawa 2010; „Kodeks karny określa w art. 115 § 11 osobę najbliższą, posługując się pojęciami zacierpniętymi z kodeksu rodzinnego i opiekuńczego (małżonek, wstępny, zstępny, rodzeństwo, powinowaty w tej samej linii lub stopniu), których treść jest jednoznaczna”.

39 Wyrok SO w Piotrkowie Trybunalskim z 27 maja 2014 r., IV Ka 4/14, LEX nr 1883223: „[...] pokrzywdzona [...] była żoną oskarżonego, co przeczy ustaleniom w sprawie. [...] strony zawarły jedynie sakralny związek małżeński. Nie były więc małżonkami w rozumieniu przepisu art. 115 § 11 k.k., gdyż ten przymiot przysługuje tylko i wyłącznie osobom, które zawarły małżeństwo na warunkach opisanych w art. 1 k.r. i o, czyli przed Kierownikiem Urzędu Stanu Cywilnego lub też przed duchownym za potwierdzeniem przez Kierownika Urzędu Stanu Cywilnego, jeżeli przewiduje to umowa z danym związkiem wyznaniowym (tzw. ślub konkordatowy). Nazywanie więc B. M. żoną oskarżonego nie było w świetle tego uprawnione”.

37 P. Daniluk, *Wspólne pożycie jako pojęcie karnoprawne*, „Prokuratura i Prawo” 2015, z. 6, s. 15; P. Daniluk, *Art. 115 [Wyrażenia ustawowe]*, w: *Kodeks karny. Komentarz*, red. R.A. Stefański, Warszawa 2016: „przy ich ustalaniu oraz analizie odwołać się należy do aktów prawnych tworzących tę gałąź prawa, jak też do wypowiedzi judykatury i doktryny

skości⁴⁰. Czasem są one po prostu oceniane jako zbyt wąskie. Dzieje się tak, gdy definicja uniemożliwia podmiotowi stosującemu prawo uwzględnienie osób, które w świetle stanu faktycznego postrzega on jako bliskie „naprawdę”, bliskie materialnie. Powstaje dysonans na skutek dostrzeżenia, że bliskość w prawie różni się z bliskością w życiu. Sąd może wówczas wybrać dwie drogi postępowania. „Naprawić” definicję tak, aby osoba faktycznie bliska otrzymała uprawnienie (bądź została do czegoś zobowiązana), albo poprzestać na zgłoszeniu w uzasadnieniu orzeczenia postulatów *de lege ferenda*.

Pokusa uzupełniania luk poprzez „dopisywanie” pewnych osób do kręgu bliskich może być wzmacniania przez zastosowanie jako *definiendum* określeń takich jak „osoba bliska” czy „osoba najbliższa”⁴¹. Można postawić tezę, że użycie *definiendum* w rodzaju „osoba bliska” stanowi formę uzasadnienia przez prawodawcę, dlaczego przyznaje pewne uprawnienie właśnie tym, a nie innym osobom, lub właśnie na nie nakłada pewien obowiązek⁴². Prawodawca zaznacza tym samym, że nie jest to zbiór przypadkowych osób, lecz że łączy je istotny fakt w postaci pozostawania w bliskich relacjach, i to właśnie z tego względu należy im przyznać uprawnienie lub nałożyć na nie obowiązek.

Takie uzasadnienie może być jednak postrzegane przez niektórych interpretatorów jako zaproszenie do udziału w dyskusji o bliskości i skutkować kwestio-

nowaniem rozstrzygnięć prawodawcy w odniesieniu do konkretnych przypadków. „Uzasadnienie przez *definiendum*” może więc w wyjątkowych przypadkach skutkować osłabieniem realizacji celu w postaci pewności prawa. Jest to jednak hipoteza, którą trudno jest poddać weryfikacji. W praktyce mogłoby chodzić na przykład o odmówienie możliwości skorzystania z pewnego uprawnienia mężczyźnie, który co prawda pozostawał z kobietą w małżeństwie, ale jednocześnie od wielu lat znęcał się nad nią psychicznie i fizycznie. Badania orzecznictwa pokazują jednak, że bardziej prawdopodobna jest inna sytuacja – gdy organ dostrzeże, że osoby pozostające ze sobą w relacji niewymienionej w definiensie są sobie równie bliskie, jak bliscy są sobie (zgodnie z powszechnymi wyobrażeniami) małżonkowie czy rodzice i dzieci⁴³. Może to ostatecznie skłonić do uzupełnienia zakresu definicji w procesie stosowania prawa poprzez objęcie przepisem także osób niewymienionych wcześniej w definicji – do takiej sytuacji odniesiemy się w dalszych częściach rozważań.

Charakterystyczne jest, że rozszerzania zakresu definicji bliskości niezgodnie z literalną treścią zwykle dokonują sądy niższych instancji. Z kolei sądy wyższych instancji (SA bądź SN) zwykle korygują tego rodzaju rozstrzygnięcia, co zresztą pokaże poniższy kasus. Być może większa życzliwość sądów niższych instancji wobec „bliskości w życiu” wynika z faktu, że mają one bezpośrednią styczność ze stronami postępowania, przez co na ich rozstrzygnięcie wpływają także okoliczności niewysławiane w treści pism, a widoczne tylko na sali sądowej.

5. Studium przypadku

Przedstawiony niżej kasus dotyczy definicji zakresowej zawartej w art. 2 ust. 5 ustawy z 15 grudnia 2000 r. o spółdzielniach mieszkaniowych⁴⁴, zgodnie z którą:

40 Zob. postanowienie SN z 26 października 2011 r., I KZP 11/11, OSNKW 2011, nr 10, poz. 89; wyrok WSA w Warszawie z 11 grudnia 2014 r., II SA/Wa 390/14, LEX nr 1618129.

41 Wyrok SA w Poznaniu z 4 grudnia 2014 r., I ACa 852/14, LEX nr 1630728: „Przepis ten zawiera definicję osoby uprawnionej do pochowania ludzkich zwłok [w przepisie jest dokładnie »najbliższa pozostała rodzina osoby zmarłej« – dop. Autorek] przy czym Sąd I instancji słusznie wskazuje w uzasadnieniu zaskarżonego rozstrzygnięcia, że jego wykładnia ma charakter rozszerzający i że należy również przyjąć, że taką osobą bliską jest osoba, z którą wiązały zmarłego szczególnie bliskie więzi”.

42 Choć należy pamiętać o § 11 ZTP: „W ustawie nie zamieszczają się wypowiedzi, które nie służą wyrażeniu norm prawnych, a w szczególności apeli, postulatów, zaleceń, upomnień oraz uzasadnień formułowanych norm”. Użycie derywatu bliskości może pełnić funkcję informacyjną, uzasadniającą posłużenie się tym wyrażeniem.

43 Są to jednak sytuacje niezwykle rzadkie. Tak przykładowo: wyrok SA w Poznaniu z 4 grudnia 2014 r., I ACa 852/14, LEX nr 1630728; wyrok SA w Warszawie z 23 maja 2019 r., IV ACa 216/18, Portal Orzeczeń Sądu Apelacyjnego w Warszawie, Treść orzeczenia VI ACa 216/18 – Portal Orzeczeń Sądu Apelacyjnego w Warszawie (waw.sa.gov.pl) (dostęp: 12 listopada 2023).

44 Dz.U. z 2021 r., poz. 1208.

Osobą bliską w rozumieniu ustawy jest zstępny, wstępny, rodzeństwo, dzieci rodzeństwa, małżonek, osoba przysposabiająca i przysposobiona oraz osoba, która pozostaje faktycznie we wspólnym pożyciu.

Definicja ta została ustanowiona na potrzeby art. 15 ust. 2 u.s.m., który przesądza, że w przypadku wygaśnięcia spółdzielczego lokatorskiego prawa do lokalu mieszkalnego w następstwie śmierci uprawnionego, roszczenie o zawarcie umowy o ustanowienie tego prawa przysługuje jego osobom bliskim⁴⁵.

Stan faktyczny sprawy był następujący. Biologiczny syn członkini spółdzielni (powód w sprawie sądowej) został przysposobiony przez inną osobę. Pomiędzy nim a matką adopcyjną nie powstała jednak więź emocjonalna, a przysposobienia dokonano jedynie na potrzeby rozwoju jego kariery sportowej (sąd nie opisuje szerzej tej sytuacji). Przez cały czas trwania przysposobienia powód pozostawał w kontakcie ze swoją biologiczną matką, z którą zamieszkał po śmierci jej męża. Z matką biologiczną łączyła go też wyjątkowo silna więź emocjonalna: prowadzili wspólne gospodarstwo domowe, wzajemnie się wspierali, a gdy matka zachorowała na glejaka mózgu, powód podporządkował swoje życie opiece nad nią. Po śmierci matki biologicznej powód złożył w spółdzielni deklarację członkowską i wniosek o zawarcie umowy ustanowienia spółdzielczego lokatorskiego prawa do lokalu. Choć intuicyjnie wydaje się, że bliskość w tym kazusie jest oczywista i nie powinna być kwestionowana, wniosek finalnie nie został pozytywnie rozpatrzony, a jego losy w kolejnych instancjach dobrze ilustrują problemy z definicjami legalnymi bliskości.

Sąd pierwszej instancji uwzględnił powództwo, posługując się interesującą argumentacją. Odwołał się do nieobowiązującego art. 221 § 1 Prawa spółdzielczego⁴⁶, uznając go za istotnie podobny do obecnie

45 Art. 15 ust. 2 ustawy z 15 grudnia 2000 r. o spółdzielniach mieszkaniowych (Dz.U. z 2021 r., poz. 1208): „W przypadku wygaśnięcia spółdzielczego lokatorskiego prawa do lokalu mieszkalnego w następstwie śmierci uprawnionego lub w przypadkach, o których mowa w art. 11, roszczenia o zawarcie umowy o ustanowienie spółdzielczego lokatorskiego prawa do lokalu mieszkalnego przysługują jego osobom bliskim”.

46 Art. 221 § 1 ustawy z 16 września 1982 r. – Prawo spółdzielcze (Dz.U.z 1982 r., poz. 30): „W razie wygaśnięcia lokatorskiego

obowiązującego art. 15 ust. 2 u.s.m. Różnica między przepisami polega na tym, że art. 221 § 1 wskazywał, że uprawnienie do wstąpienia w prawa zmarłego członka „przysługuje zamieszkałym z nim razem: małżonkowi, dzieciom i innym osobom bliskim”. Sąd przywołał wykładnię, która utrwaliła się na kanwie art. 221 § 1 prawa spółdzielczego – mianowicie, że osobą bliską jest osoba związana z członkiem spółdzielni stosunkiem rodzinnym w szerokim tego słowa znaczeniu (nawet dalsze pokrewieństwo i powinowactwo) lub quasi-rodzinnym mającym charakter więzi trwałej, lecz prawnie niesankcjonowanej (konkubinat, współzamieszkiwanie dziecka wziętego na wychowanie, przyjaźń).

W ocenie sądu utrwalona linia orzecznicza ukształtowana na tle art. 221 § 1 Prawa spółdzielczego powinna znaleźć pełne zastosowanie na gruncie art. 15 ust. 2 u.s.m. oraz art. 2 ust. 5 u.s.m. Sąd przyjął w efekcie, że „wolą ustawodawcy było jedynie wprowadzenie ustawą nowelizującą ustawowej definicji osoby bliskiej, by nie trzeba było sięgać do innych aktów prawnych celem ustalenia zakresu tego pojęcia na potrzeby określenia kręgu osób uprawnionych do realizacji uprawnienia wynikającego z art. 15 ust. 2 u.s.m., a nie ograniczenie kręgu tych osób”. To z kolei zaprowadziło sąd do konkluzji, że biologiczne dziecko członkini spółdzielni zamieszkujące wspólnie z nią może być uznane za bliskiego na gruncie definicji legalnej osoby bliskiej z u.s.m.

Sąd drugiej instancji podzielił tę argumentację i dodał, że ustawodawca przez nowelizację z 2007 r. „zmierzał do stworzenia autonomicznej definicji osoby bliskiej na potrzeby ustawy o spółdzielniach mieszkaniowych, a nie do ograniczenia kręgu osób uprawnionych do przyjęcia w poczet członków, za czym przemawia objęcie tym katalogiem wnuków, dziadków czy też dzieci rodzeństwa, którzy wcześniej mogli nie spełniać przesłanki bliskości”. Należy przy tym podkreślić, że ani sąd pierwszej, ani sąd drugiej instancji

prawa do lokalu w następstwie ustania członkostwa lub niedokonania czynności, o której mowa w art. 220, roszczenie o przyjęcie do spółdzielni i o przydział lokalu po byłym członku przysługuje zamieszkałym z nim razem: małżonkowi, dzieciom i innym osobom bliskim”. Przepis ten został usunięty wraz z wejściem w życie ustawy o spółdzielcach mieszkaniowych w 2000 r.

nie wskazały wprost do jakiej kategorii przyporządkowały powoda.

Opisywana sprawa trafiła do SN⁴⁷, który nie przychylił się do orzeczeń sądów niższych instancji. Sąd Najwyższy krytycznie odniósł się do uznania powoda za osobę bliską w rozumieniu u.s.m. Uznał, że z perspektywy prawa powód był zstępnym matki adopcyjnej, toteż nie mógł być równocześnie zstępnym matki biologicznej. Można być wszak zstępnym tylko po jednej osobie. Termin „zstępny” nie odnosi się do więzi faktycznych, ale do więzi prawnej. W sprawie nie można więc ignorować skutków przysposobienia. Powód mógłby wobec tego nabyć roszczenie po swojej matce adopcyjnej, ale już nie po matce biologicznej.

Co prawda pomiędzy powodem a matką adopcyjną nie powstały trwałe więzi emocjonalne, ale równocześnie nie wystąpiły okoliczności, które można byłoby uznać za „ważne powody” uzasadniające rozwiązanie przysposobienia. Stosunek przysposobienia nie może być traktowany instrumentalnie: nie można uwzględnić jedynie korzyści z niego płynących i pomijać innych jego konsekwencji.

Co do argumentu z linii orzeczniczej dotyczącej art. 221 § 1 Prawa spółdzielczego, SN przyjął stanowisko, że ukształtowała się ona w innym otoczeniu normatywnym. Nowelizacja z 2007 r. spowodowała znaczące zmiany w u.s.m. i trudno uznać, aby ustawodawca obiema regulacjami przekazywał tę samą intencję. Ustawodawca zrezygnował z szerokiego rozumienia pojęcia „osoby bliskiej” na gruncie u.s.m. właśnie poprzez zamknięcie katalogu takich podmiotów. Ostatecznie sąd przyjął, że kwestia celowości czy słuszności przyjętego w 2007 r. rozwiązania może stanowić przedmiot krytycznych uwag *de lege ferenda*, ale nie może być podstawą do zastosowania wykładni rozszerzającej.

Sąd Najwyższy dodał, że skoro powód na gruncie u.s.m. nie może być traktowany jako zstępny, to rozważyć należy, czy może być uznany za „osobę, która pozostaje faktycznie we wspólnym pożyciu”. Dalej argumentował, że w polskim ustawodawstwie termin „wspólne pożycie” odnosi się do pożycia małżeńskiego lub nieformalnych związków osób heteroseksualnych

47 Wyrok SN z 27 marca 2019 r., V CSK 3/18, OSNC 2020, nr 2, poz. 19.

i homoseksualnych, które łączy więź emocjonalna, cielesna i gospodarcza. Stąd wniosek, że gdyby ustawodawca w art. 2 ust. 5 u.s.m. chciał nadać terminowi „wspólne pożycie” inne znaczenie niż przyjmowane dotychczas w języku prawnym, powinien to wyraźnie zasygnalizować wprowadzając jego definicję legalną. Pojęcie „osoba pozostająca we wspólnym pożyciu” nie może wszak być stosowane dowolnie, tak aby obejmowało ono wszelkie relacje faktyczne, które stosującemu prawo wydadzą się bliskie. Zatem pomimo że powoda łączyła z matką biologiczną silna więź emocjonalna i gospodarcza, to ich relacja – w ocenie SN – była prawnie irrelevantna z perspektywy u.s.m. Być może w sensie potocznym osoby te mogłyby zostać uznane za bliskich, lecz na gruncie języka prawnego stało się to niemożliwe⁴⁸.

5.1. Historia legislacyjna

Zanim przejdziemy do analizy argumentacji przedstawionej przez sądy, odniemiemy się jeszcze do historii legislacyjnej regulacji bliskości na gruncie u.s.m.⁴⁹. Przepis przyznający uprawnienie bliskim zmarłego członka spółdzielni (art. 15 ust. 2 u.s.m.) był kilkakrotnie nowelizowany:

- w pierwotnie ogłoszonej wersji ustawy z 2000 r. roszczenie o przyjęcie do spółdzielni i zawarcie umowy przysługiwało „zamieszkałym razem z byłym członkiem: małżonkowi, dzieciom i innym osobom bliskim”⁵⁰;

48 „Pojęcie »zstępny« w art. 2 ust. 5 u.s.m. zostało użyte w rozumieniu prawnym, a nie potocznym, musi być więc automatycznie zaadaptowane do skutków przysposobienia. Po przysposobieniu używane w tekstach prawnych zwroty typu: »członek rodziny«, »zstępny«, »dziecko«, »osoba najbliższa«, »osoba będąca w bliskim stosunku« odnoszą się do relacji między przysposobionym a przysposabiającym i członkami jego rodziny, chyba, że z natury regulacji prawnej wynika, że nie można jej odnosić do przysposobienia (np. domniemanie pochodzenia dziecka od męża matki). Nie można pojęcia »zstępny« wymienionego w art. 2 ust. 5 rozumieć inaczej niż na tle innych przepisów zawierających to określenie”. Zob. wyrok SN z 27 marca 2019 r., V CSK 3/18, cyt. wyżej).

49 A. Bielska-Brodziak, *Śladami prawodawcy faktycznego. Materiały legislacyjne jako narzędzie wykładni prawa*, Warszawa 2017, s. 313–314.

50 Art. 15 ust. 2 ustawy z 15 grudnia 2000 r. o spółdzielniach mieszkaniowych (Dz.U. z 2001 r., poz. 4): W wypadku

- po nowelizacji ustawy z 2007 r. roszczenie to przysługiwało „dzieciom i innym osobom bliskim”⁵¹, wtedy też do ustawy dodano definicję legalną „osoby bliskiej” w brzmieniu: „Osobą bliską w rozumieniu ustawy jest zstępny, wstępny, rodzeństwo, dzieci rodzeństwa, małżonek, osoba przysposabiająca i przysposobiona oraz osoba, która pozostaje faktycznie we wspólnym pożyciu”;
- po nowelizacji u.s.m. z 2017 r. roszczenie to zamiast „dzieciom i innym osobom bliskim – przysługuje samej tylko „osobie bliskiej”.

Można więc dostrzec ewolucję omawianej regulacji prawnej, która jasno wskazuje na intencje prawodawcy. W pierwotnej wersji ustawy z 2000 r. nie zamieszczono definicji legalnej osoby bliskiej. W tamtym kształcie regulacja ta przypominała wzmiankowany już art. 221 § 1 Prawa spółdzielczego. Obie regulacje wymagały jednoczesnej realizacji dwóch przesłanek: zamieszkiwania z byłym członkiem spółdzielni oraz pozostawania z nim w jednej ze wskazanych w przepisie relacji („małżonek, dzieci i inne osoby bliskie”). W obecnie obowiązującym art. 15 ust. 2 u.s.m. ustawodawca wymaga jedynie, by uprawniony był jedną z „osób bliskich” wskazanych w definicji legalnej z art. 2 ust. 5 ustawy⁵².

Aby uniknąć konieczności współstosowania tych ustaw (odesłanie do Prawa spółdzielczego było tu zresztą jedynie domyślne, nie wynikało wprost z treści u.s.m.), nowelizacją z 2007 r. do ustawy dodano

wygaśnięcia spółdzielczego lokatorskiego prawa do lokalu mieszkalnego w następstwie ustania członkostwa lub niedokonania czynności, o których mowa w art. 14, roszczenia o przyjęcie do spółdzielni i zawarcie umowy o ustanowienie spółdzielczego lokatorskiego prawa do lokalu mieszkalnego przysługują zamieszkałym razem z byłym członkiem: małżonkowi, dzieciom i innym osobom bliskim.

- 51 Ustawa z 14 czerwca 2007 r. o zmianie ustawy o spółdzielniach mieszkaniowych oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2007 r., poz. 125).
- 52 Wyrok SN z 20 sierpnia 2009 r., II CSK 188/09, M.S. 2010, nr 3, poz. 49–50: „Nowelizując przytoczony przepis, ustawodawca zrezygnował z dotychczasowej przesłanki roszczenia o przyjęcie do spółdzielni i zawarcie umowy o ustanowienie spółdzielczego lokatorskiego prawa do lokalu w postaci wspólnego zamieszkiwania uprawnionej osoby bliskiej z dotychczasowym uprawnionym do lokalu mieszkalnego”.

definicję osoby bliskiej, umieszczając ją w art. 2 ust. 5 u.s.m.⁵³. Propozycja ta pojawiła się na etapie prac legislacyjnych w Senacie, gdzie wprowadzenie takiej definicji uznano za konieczne w celu ustalenia kręgu osób uprawnionych z ustawy i uniknięcia w ten sposób odsyłania do przepisów innych ustaw⁵⁴.

Po raz kolejny przepis art. 15 ust. 2 u.s.m. zmodyfikowano także w Senacie, w 2017 r., nie uzasadniając jednak zaproponowanej poprawki. Można przyjąć, że usuwając starą formułę umożliwiającą rozszerzające rozumienie bliskości na gruncie u.s.m. („inne osoby bliskie”), ustawodawca chciał definitywnie zerwać z poprzednim brzmieniem ustawy.

Chociaż opisana historia art. 2 ust. 5 oraz art. 15 ust. 2 u.s.m. jest wielowątkowa, to można twierdzić, że od 2007 r., prawodawca jasno wyrażał swoją intencję co do rozumienia wyrażenia „osoba bliska” poprzez zamieszczenie w ustawie definicji legalnej tego określenia. Można oczywiście wyrażać wątpliwość, czy pozostawienie do 2017 r. w treści art. 15 ust. 2 formuły „dzieciom i innym osobom bliskim”, było celowym zabiegiem, czy niedopatrzaniem przy nowelizacji. Przychyłybyśmy się ku drugiej możliwości, w końcu zstępni (a więc dzieci) zostali wskazani w definicji „osoby bliskiej”.

5.2. Konteksty argumentacji sądów – prawny i psychologiczny

W pierwszej kolejności przyjrzymy się argumentacji prawnej przedstawionej przez sądy w dwóch niższych instancjach, następnie zaś tej przedstawionej przez Sąd Najwyższy. Finalnie spróbujemy spojrzeć na analizowane tu wątki z perspektywy psychologii.

53 Ustawa z 14 czerwca 2007 r. o zmianie ustawy o spółdzielniach mieszkaniowych oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2007 r., poz. 12).

54 Uchwała Senatu w sprawie ustawy o zmianie ustawy o spółdzielniach mieszkaniowych oraz o zmianie niektórych innych ustaw z 1 czerwca 2007 r., druk nr 1759; poprawki nr 1 i 56. „Senat uznał za konieczne wprowadzenie do ustawy definicji osoby bliskiej (poprawki nr 1 i 56) w celu ustalenia kręgu osób uprawnionych z ustawy i uniknięcia w ten sposób odesłania do przepisów innych ustaw”.

5.2.1. Perspektywa prawna

5.2.1.1. Sądy powszechne

Sądy – aby przyznać uprawnienie powodowi – w swojej argumentacji sięgały do pierwotnego brzmienia art. 15 ust. 2 u.s.m. oraz powiązanego z nim art. 221 § 1 Prawa spółdzielczego, starając się wykazać, że przyjęta w 2007 r. definicja legalna „osoby bliskiej” na gruncie u.s.m. nie jest zamknięta, a zawarte w niej wyliczenie jest jedynie przykładowe.

Z teoretycznej perspektywy trzeba założyć, że jeżeli zamiarem prawodawcy jest posłużenie się wyliczeniem przykładowym, wówczas powinien wyraźnie to zaznaczyć poprzez zastosowanie zwrotu „w szczególności”⁵⁵ bądź „i inne wskazane w przepisach”⁵⁶. W omawianym przepisie tak się nie stało. Mamy tutaj do czynienia z definicją legalną – zakresową niepełną. „Niepełność” to jednak z pewnością nie to samo co „przykładowość”. Niepełność to konsekwencja umieszczenia w definiensie nieostrego określenia „osoba, która pozostaje faktycznie we wspólnym pożyciu”. Jego zakres musi zostać ustalony dopiero na etapie stosowania prawa. Jednak jego użycie nie czyni mniej jednoznacznymi pozostałych elementów definicji.

Poprzednie brzmienie przepisu w ocenie sądów uzasadniało rozszerzającą wykładnię określenia „zstępny”. Tym samym sądy pierwszej i drugiej instancji uzyskały efekt w postaci uznania powoda za uprawnionego do wstąpienia w prawo do lokalu.

W dawniejszym stanie prawnym przesłankami uzyskania uprawnienia były: (1) zamieszkiwanie z byłym członkiem spółdzielni oraz (2) pozostawanie z nim w jednej ze wskazanych w przepisie relacji (bycie małżonkiem, dzieckiem lub „inną osobą bliską”). Warunek formalnej bliskości był więc ściśle związany

z przesłanką wspólnego zamieszkiwania⁵⁷. Chodziło o stałe, wspólne przebywanie w określonym mieszkaniu, stanowiącym centrum życiowe i koncentrującym wszystkie codzienne sprawy. Mieszkanii, gdzie dana osoba przebywa, wypoczywa oraz prowadzi swe gospodarstwo domowe⁵⁸.

Sformułowanie „inne osoby bliskie” pozwalało na uwzględnienie szerokiego kręgu osób uprawnionych do występowania z roszczeniem. W orzecznictwie wskazywano przy tym, że istnienie więzi prawnej między osobami jest niewystarczające, aby mogły one być uznane za „inne osoby bliskie”. Istotne było, aby osoby te były związane także więziami faktycznymi. Przykładowo za osoby bliskie byli uznawani: małoletni wnuk⁵⁹, konkubina⁶⁰, bratanica⁶¹, dorosłe dziecko byłego członka spółdzielni, które założyło już własną rodzinę⁶², czy przyjaciel⁶³. Przed rokiem 2007 nie byłoby więc istotnych przeszkód dla uznania powoda za osobę bliską członkini spółdzielni i tym samym za uprawnionego do wstąpienia w prawo do lokalu.

Argument z poprzedniego brzmienia pozwalał więc sądom zniwelować dysonans, jaki pojawiał się przy konfrontacji stanu faktycznego sprawy (kochający

57 Wyrok SN z 15 marca 1977 r., II CR 53/77, OSNC 1977, nr 12, poz. 242: „Może więc być »osoba bliska«, ale razem nie zamieszkiwać z dotychczasowym członkiem spółdzielni. Taka osoba nie będzie mogła skorzystać z przywilejów przewidzianych w art. 145 SpiZwU”.

58 Postanowienie SN z 3 listopada 1998 r., I CKN 867/98; Wyrok SN z 14 listopada 1984 r., II CR 413/84, LEX nr 1671922.

59 Wyrok SN z 29 września 2000 r., V CKN 95/00, LEX nr 1166904: „Trudno jednakże stanowisko to odnieść do innych bliskich członka spółdzielni, w tym dalszych jego krewnych. Powód określił się zaś jako »krewny« Genowefy H., a w apelacji podał, że była ona jego »ciotką»”.

60 Wyrok SN z 19 marca 1984 r., II CR 62/84, OSNC 1984, nr 10, poz. 183.

61 Wyrok SN z 22 lutego 1974 r., I CR 50/74, OSNC 1975, nr 2, poz. 31.

62 Wyrok SN z 21 kwietnia 1982 r., II CR 94/82, OSNC 1982, nr 10, poz. 158: „Występowanie przesłanki bliskości powołanego w nim prawa pierwszeństwa jest oczywiste; jako jego dziecko bowiem powód *ex lege* jest osobą bliską byłego członka pozwanej Spółdzielni”.

63 Wyrok SN z 15 marca 1977 r., II CR 53/77, OSNC 1977, nr 12, poz. 242.

55 § 153 ust. 3 ZTP: „Jeżeli nie jest możliwe sformułowanie definicji, o której mowa w ust. 1 lub 2, można objaśnić znaczenie danego określenia przez przykładowe wyliczenie jego zakresu, wyraźnie wskazując przykładowy charakter wyliczenia przez posłużenie się zwrotem: »w szczególności«”.

56 § 153 ust. 2 ZTP: „Jeżeli wyliczenie wszystkich elementów zakresu definiowanego pojęcia w jednym przepisie prawnym nie jest możliwe, w definicji wyraźnie zaznacza się, że tekst tej samej lub innej ustawy zawiera nadto elementy uzupełniające tę definicję, w szczególności przez użycie zwrotu: »[...] i inne wskazane w przepisach [...]«”.

syn zajmujący się chorującą matką) z definicją legalną, zgodnie z którą powód nie mógłby być uznany za „bliskiego” w rozumieniu u.s.m. Choć rozstrzygnięcia sądów mogły pozostawać w zgodności z poczuciem słuszności czy sprawiedliwości, to użyte argumenty nie znajdowały oparcia w intencji prawodawcy, wyrażonej w nowelizacjach z 2007 oraz 2017 r.

5.2.1.2. Sąd Najwyższy

Do takiej właśnie konkluzji skłonił się Sąd Najwyższy. Definicja legalna w jasny sposób wskazuje, jak należy rozumieć określenie „osoba bliska” na gruncie u.s.m., i nie ma możliwości jej „uzupełnienia” na etapie stosowania prawa. Terminy wskazane w definicji legalnej mają ustalone rozumienie w języku prawnym oraz prawniczym i rozumienia tego nie należy modyfikować *ad casum*.

kiem spółdzielni, nie pozostających we »wspólnym pożyciu«. Sąd stwierdził zatem, że to do prawodawcy należy decyzja o tym, jaki kształt przybierze definicja legalna. Sądy zaś nie powinny tej decyzji modyfikować, nawet jeżeli przemawiałyby za tym indywidualne okoliczności przypadku i względy słuszności.

Sąd Najwyższy rozważał także, czy powód i jego biologiczna matka mogliby być uznani za „osoby pozostające we wspólnym pożyciu”. W uzasadnieniu podkreślono jednak, że określenie to ma ugruntowane znaczenie w języku prawniczym i nie można rozciągać go na wszelkie sytuacje, w których jednostki łączy więź emocjonalna i wspólne zamieszkanie. W orzecznictwie można zresztą odnaleźć więcej przypadków, w których osoby spokrewnione bądź spowinowacone starają się wykazać, że pozostają we wspólnym pożyciu – tak aby uzyskać jakiegoś rodzaju uprawnienie⁶⁴. Co do zasady



Ustawodawca w definicji legalnej określił, w jaki sposób rozumie „osobą bliską” na gruncie ustawy o spółdzielniach mieszkaniowych, zrywając tym samym z rozwiązaniem z poprzedniej regulacji.

Jak tłumaczył Sąd Najwyższy, poprzednie brzmienie przepisów prawa spółdzielczego przyznawało priorytet względem społecznym i zostało ukształtowane „w innym otoczeniu normatywnym”. Sąd nie podjął już jednak próby określenia, jaki jest obecny priorytet tych przepisów. Zaznaczył jedynie: „Analiza tego katalogu wskazuje, że został on skonstruowany na odmiennych niż dotychczasowe zasadach. Rozszerzenie uprawnionych dotyczy osób z grona krewnych członka, a nie osób niespokrewnionych z nim. Z kolei rezygnacja ze wspólnego zamieszkiwania, poza osobami pozostającymi we wspólnym pożyciu, wskazuje na pozbawienie uprawnień szeregu osób, wspólnie zamieszkujących z członkiem spółdzielni, nie będących jego krewnymi, arbitralnie określonymi przez ustawodawcę. Taki kształt przepisu [...] umniejsza uprawnienia osób wspólnie zamieszkujących z człon-

skąd zajmują wobec tych sytuacji negatywne stanowisko i podkreślają, że „osoba pozostająca we wspólnym pożyciu” ma w języku prawniczym utrwalone znaczenie. W orzecznictwie odnosi się je do osób pozostających w trwałej relacji faktycznej opartej na trzech więziach: emocjonalnej, gospodarczej oraz fizycznej. Konstytutywna dla istnienia „wspólnego pożycia” jest więź emocjonalna. Powinna to być relacja faktyczna o charakterze romantycznym, podobna do małżeństwa. Współcześnie przyjmuje się, że określenie to obejmuje

64 Zob. uchwała SN z 21 maja 2002 r., III CZP 26/02, OSNC 2003, nr 2, poz. 20; postanowienie SN z 4 marca 2015 r., IV KO 98/14, OSNKW 2015, nr 8, poz. 67; wyrok SA w Katowicach z 4 października 2012 r., II AKa 349/12, LEX nr 1236422; wyrok SA w Poznaniu z 2 grudnia 2010 r., I ACa 940/10, LEX nr 898668.

zarówno osoby pozostające w konkubinacie, jak i związkach jednopłciowych. Powyższe stwierdzenia są o tyle interesujące, że w warstwie literalnej określenie „osoba pozostająca we wspólnym pożyciu” nie jest w żadnym razie ograniczone wyłącznie do relacji romantycznych. Jest to określenie nieostre, którego treść ma być ustalana każdorazowo przez sąd orzekający w konkretnym stanie faktycznym. Powstaje więc pytanie, czy dotychczas utrwalone w języku prawniczym rozumienie nieostrego określenia powinno każdorazowo przesądzać o jego treści. Jest to jednak na tyle obszerny i istotny wątek, że wymaga on odrębnego opracowania⁶⁵.

5.2.2. Perspektywa psychologiczna

Przedstawiony powyżej kasus można odnieść do perspektywy psychologicznej jako jednej z płaszczyzn badania bliskości prawnej. Powód był biologicznym synem zmarłej członkini spółdzielni, a więc w sensie faktycznym byli oni krewnymi. Z kolei w sensie prawnym, w związku z tym, że powód został przysposobiony przez inną osobę, był on osobą obcą wobec swojej biologicznej matki. Jego matką w świetle prawa była osoba, która go przysposobiła. Poniżej rozważymy, w jaki sposób bliskość kształtuje się w relacji między krewnymi oraz w relacji przysposobienia. To pozwoli nam następnie ocenić, czy sądy w analizowanym kasusie wzięły pod uwagę psychologiczne rozumienie tych relacji.

5.2.2.1. Pokrewieństwo

Jak wskazują badania psychologiczne dotyczące altruizmu, ludzie najchętniej inwestują czas i zasoby w relacje z osobami, z którymi są spokrewnieni (szczególnie relacje z dziećmi, rodzicami i rodzeństwem). Psychologowie dopatrują się tutaj tzw. *kinship premium*⁶⁶. Szczególne znaczenie ma także zasada

Hamiltona (1964 r.), zgodnie z którą jednostki dzielące wspólne geny mogą mieć zwiększoną motywację ewolucyjną do pomagania sobie nawzajem⁶⁷.

Jak jednak podnoszą Parka oraz Ackreman, to nie samo pokrewieństwo genetyczne wywołuje zachowania altruistyczne⁶⁸. Chodzi tutaj raczej o postrzeganie określonej osoby jako krewnego. Związek między biologicznym pokrewieństwem a chęcią niesienia pomocy wyjaśnia się w literaturze emocjonalną bliskością jednostek (*emotional closeness*), która oznacza troskę, zaufanie oraz radość z relacji z drugą osobą⁶⁹. Im silniejsza jest ta bliskość, tym bardziej jednostki są skłonne sobie pomagać. Biologiczne pokrewieństwo sprzyja powstawaniu emocjonalnej bliskości, ale nie oznacza to, że emocjonalną bliskość odczuwa się względem każdego z krewnych. Wspólne pochodzenie często nie jest więc jedyną, bezpośrednią przyczyną zachowań altruistycznych. Dzięki temu, że jednostki wspólnie spędzają czas, mieszkają ze sobą i mają wspólne sprawy, buduje się między nimi *emotional closeness*. Dopiero dzięki niej odczuwają potrzebę pomagania sobie nawzajem⁷⁰.

Czynnikiem „wspomagającym” emocjonalną bliskość między krewnymi jest również pewność co do ich biologicznego pokrewieństwa. Jak pokazują badania, dorośli tym chętniej wspierają spokrewnione ze sobą osoby, im bardziej są pewni biologicznego związku z nimi⁷¹. Szczególnie dotyczy to relacji, jaka zachodzi między rodzicami i dziećmi. Najmniej

65 Podobny dylemat został poruszony już w: A. Bielska-Brodziak, *Problemy z Alojzym*, w: *Prawnicze dylematy interpretacyjne*, red. J. Glumińska-Pawlic, Z. Tobor, Toruń 2011, s. 9–28. Szerzej: M. Drapalska-Grochowicz, *Podobne do małżeństwa czyli...? Dylematy interpretacyjne wokół wspólnego pożycia*, „Państwo i Prawo” 2023, z. 10, s. 52–78.

66 Zob. O. Curry, S.G.B. Roberts, R.I.M. Dunbar, *Altruism in Social Networks: Evidence for a „Kinship Premium”*, „British Journal of Psychology” 2012, t. 104, nr 2, s. 1–13.

67 J. Birch, S. Okasha, *Kin Selection and Its Critics*, „BioScience” 2015, t. 65, nr 1, <https://academic.oup.com/bioscience/article/65/1/22/2754282> (dostęp: 17.06.2022).

68 J.H. Park, J.M. Ackerman, *Passion and Compassion: Psychology of Kin Relations within and Beyond the Family*, w: red. C. Salmon, T.K. Shackelford, *The Oxford Handbook of Evolutionary Family Psychology*, Oxford 2011, s. 329–344.

69 Zob. J.D. Korchmaros, D.A. Kenny, *Emotional Closeness as a Mediator of the Effect of Genetic Relatedness on Altruism*, „Psychological Science” 2001, t. 12, nr 3, s. 262–265.

70 J.D. Korchmaros, D.A. Kenny, *Emotional Closeness...*, s. 265: *People are not simply calculators of costs and benefits acting in response to information specifying amount of shared genes and reproductive value. There is another component: emotional closeness. Individuals form relationships and spend time together.*

71 J. Antfolk, L.C. Karlsson, J. Soderlund, A. Szala, *Willingness to Invest in Children: Psychological Kinship Estimates and*

wątpliwości powstaje w odniesieniu do więzi między matką a dzieckiem. Ciekawe jest to, że prawo czasem stanowi istotny czynnik „wspomagający” przekonanie jednostek o ich biologicznym pokrewieństwie – choćby poprzez instytucję aktów stanu cywilnego. W analizowanym przypadku jednak, regulacja prawna nie działała w ten wspomagający sposób.

5.2.2.2. Przynosiobienie

W kontekście powyższych rozważań powstaje pytanie, jak jednostki zachowują się w relacji, która nie jest oparta na więzi krwi, ale z założenia ma przypominać biologiczne pokrewieństwo. Chodzi tu oczywiście o relację między przysposabiającym a przysposobionym.

Co do zasady wskazuje się, że jednostki są skłonne inwestować więcej zasobów materialnych i emocjonalnych w relacje z dziećmi biologicznymi niż z tymi niespokrewnionymi⁷². Nie jest to jednak regułą w każdym przypadku. Ciekawym punktem odniesienia w rozważaniach nad przysposobieniem okazuje się rodzicielstwo powstające w wyniku zapłodnienia pozaustrojowego (*in vitro*). W tym przypadku możliwe są bowiem sytuacje, w których dziecko jest spokrewnione genetycznie tylko z jednym z rodziców bądź nie jest spokrewnione z żadnym z nich.

Relacja przysposobienia powstaje, ponieważ przysposabiający wyraża wolę dokonania przysposobienia – czyni to celowo i dobrowolnie, ponieważ chce zostać opiekunem dziecka. Podobnie jest w przypadku skorzystania z procedury IVF (*in vitro*). To działanie jednostki jest motywowane wysiłkiem rodzicielskim⁷³. Badania pokazały, że rodzice w obu przypadkach przejawiają ciepło wobec dzieci, angażując się emocjonalnie w relacje z nimi oraz inwestując zasoby w ich wychowanie⁷⁴.

Można tu też wspomnieć o teorii przywiązania, jako próbie zrozumienia człowieka z perspektywy jego relacji z innymi osobami; bliskość pojmuje się w teorii przywiązania jako więź. Rozwój społeczny dziecka rozpoczyna doświadczenie pierwszej bliskiej, emocjonalnej więzi z rodzicem lub opiekunem – „pierwszy związek, w jakim uczestniczy dziecko [...], stanowi kamień węgielny dla rozwoju jego osobowości”⁷⁵. Przywiązanie według Johna Bowlby’ego, twórcy teorii przywiązania, jest biologicznie uwarunkowaną potrzebą zbudowania silnej więzi emocjonalnej. Badacz określa zachowanie przywiązaniowe jako „poszukiwanie i utrzymywanie bliskości z inną jednostką”⁷⁶. Pierwsza relacja, jaką dziecko nawiązuje z opiekunem (najczęściej matką), ma fundamentalne znaczenie z perspektywy jego rozwoju. Jest to prototyp wszystkich późniejszych relacji w życiu jednostki⁷⁷. Nowo narodzone dziecko nie jest przywiązane do żadnej konkretnej osoby – posiada jednak wewnętrzny potencjał do tworzenia więzi, który uruchamia się w interakcjach z otoczeniem⁷⁸. Istotne znaczenie ma tutaj przebieg rzeczywistej relacji z opiekunem, a przede wszystkim to, czy okazuje on dziecku bliskość, tak fizycznie, jak i emocjonalnie⁷⁹. Choć dążenie do stworzenia bliskiej relacji jest pierwotnie zakorzenione w jednostce, to sam rozwój przywiązania jest uzależniony od obecności, dostępności, zapewnienia poczucia bezpieczeństwa i miłości przez opiekuna⁸⁰. Nietrudno się domyślić, że bardzo często pierwszą figurą przywiązania w życiu jednostki będzie właśnie biologiczny rodzic bądź inny pierwszy opiekun.

Emotional Closeness, „Evolutionary Psychology” 2017, t. 15, nr 2, s. 7.

72 F.J. Neyer, F.R. Lang, *Blood is Thicker Than Water: Kinship Orientation Across Adulthood*, „Journal of Personality and Social Psychology” 2003, t. 84, nr 2, s. 310–321.

73 N.L. Segal, N.P. Li, J.L. Graham, S.A. Miller, *Do Parents Favor Their Adoptive or Biological children? Predictions from Kin Selection and Compensatory models*, „Evolution and Human Behavior” 2015, t. 36, nr 5, s. 380.

74 Tamże, s. 381.

75 J. Bowlby, *Przywiązanie*, Warszawa 2007, s. 209.

76 Tamże, s. 227.

77 M. Kornaszewska-Polak, *Przywiązanie i osamotnienie w bliskich relacjach*, „Roczniki Pedagogiczne” 2015, t. 7, nr 3, s. 27.

78 M. Karbowa-Płowens, *Rozwój i charakterystyka więzi przywiązaniowej w relacji romantycznej*, „Psychologia Rozwojowa” 2019, t. 24, nr 4, s. 84.

79 D. Senator, *Teoria więzi Johna Bowlby’ego*, w: *Bliskość w rodzinie. Więzy w dzieciństwie a zaburzenia w dorosłości*, red. B. Tryjarska, Warszawa 2010, s. 17–18.

80 M. Kornaszewska-Polak, *Przywiązanie...*, s. 27; B. Tryjarska, *Style przywiązania partnerów a zadowolenie z związku*, w: *Przywiązanie. Związki intymne, osobowość oraz problematyka kliniczno-terapeutyczna*, red. K. Lubiewska, Bydgoszcz 2017, s. 13–15.

W kontekście przysposobienia pewne znaczenie dla kształtu relacji faktycznej między przysposobionym i przysposabiającym może mieć wiek dziecka – jeżeli zostało ono zaadoptowane w bardzo młodym wieku (tuż po urodzeniu, w wieku paru miesięcy), wówczas między nim a jego adopcyjnymi rodzicami może wykształcić się relacja oparta na przywiązaniu⁸¹.

przywiązania. W wymiarze subiektywnym powód określał swoją matkę jako osobę mu bliską, z którą łączyła go zażyła relacja. Ten obraz dopełniał wymiar behawioralny, a więc częste i intensywne interakcje w ich relacji (m.in. związane z troską o zdrowie matki). Te wszystkie czynniki składały się na *emotional closeness* między matką a synem. O relacji



Przyjmując formalne rozumienie bliskości, prawodawca dąży do zagwarantowania pewności prawa.

Reasumując – choć z perspektywy psychologicznej istnienie między jednostkami więzi biologicznej i prawnej nie przesądza jeszcze o bliskości między jednostkami (wiele zależy tutaj od indywidualnych, faktycznych elementów relacji), to jednak więź biologiczna znajduje się bez wątpienia w czołówce czynników warunkujących bliskość.

W przytaczanym kazusie doszło do sytuacji, w której matka biologiczna i jej syn pomimo rozwiązania relacji prawnej nadal byli sobie bliscy w sensie psychologicznym. Z matką adopcyjną powoda łączyła z kolei jedynie więź prawna. Psychologiczne i prawne rozumienie znalazły się w konflikcie. Sądy w dwóch niższych instancjach, w sposób intuicyjny, przyjęły psychologiczne rozumienie bliskości i dążyły do jego ochrony. Z kolei Sąd Najwyższy przyjął rozumienie prawne wynikające z treści definicji legalnej, poświęcając tym samym rozumienie psychologiczne.

Odnosząc perspektywę psychologiczną do opisywanego kazusu (oczywiście na tyle, na ile jest to możliwe, wyłącznie na podstawie analizy uzasadnienia wyroku sądowego), można wskazać, że powód pozostawał w bliskiej relacji faktycznej z biologiczną matką i najprawdopodobniej to ona była jego figurą

powoda z matką adopcyjną z samego uzasadnienia dowiadujemy się, że powód został „adoptowany przez K. Z., z którą jednak nigdy nie zamieszkał, a między nim a matką adopcyjną nie nawiązała się żadna więź emocjonalna”. Na tej podstawie można przypuszczać, że relacja łącząca powoda z matką adopcyjną nie była bliska albo przynajmniej nie tak bliska, jak z jego matką biologiczną.

6. Podsumowanie

6.1

W niniejszej publikacji postawiłyśmy sobie dwa cele. Pierwszym było ustalenie, jak prawodawca wyróżnia bliskość w przepisach prawa, i przedstawienie jednego z wariantów bliskości prawnej – bliskości formalnej. Celem drugim było rozważenie na bazie studium przypadku problemów, jakie mogą wiązać się ze stosowaniem w praktyce definicji legalnej bliskości, kiedy dochodzi do konfliktu między wartością pewności prawa a słusnością. W analizowanym *case study* oznaczało to także konflikt między relacją prawną a relacją pojmowaną psychologicznie.

6.2

Skoncentrowałyśmy się na analizie formalnego rozumienia bliskości prawnej. Przy tym rozumieniu zarówno prawodawca, jak i stosujący prawo zwracają uwagę przede wszystkim na prawną formę relacji, nie

81 S. Golombok, R. Cook, A. Bish, C. Murray, *Families Created by the New Reproductive Technologies: Quality of Parenting and Social and Emotional Development of the Children*, „Child Development” 1995, t. 66, nr 2, s. 285–298.

zaś na jej faktyczną treść. Prawodawca wprowadza formalne rozumienie bliskości, posługując się definicjami legalnymi (zakresowymi bądź indukcyjnymi).

Przyjmując formalne rozumienie bliskości, prawodawca dąży do zagwarantowania pewności prawa poprzez precyzyjne ustalenie *in abstracto*, kto jest bliskim na gruncie określonego aktu prawnego. Dążenie do pewności okazuje się zazwyczaj skuteczne, ponieważ w orzecznictwie jedynie sporadycznie można spotkać sytuacje, w których sądy mierzyłyby się z jakiegoś rodzaju problemami z ustaleniem formalnej bliskości między jednostkami. Równocześnie definicje legalne mają ograniczyć uznaniowość podmiotów stosujących prawo do niezbędnego minimum.

6.3

Jak pokazuje omówiony kasus, treść definicji legalnej nie w każdej sytuacji jest adekwatna wobec rzeczywistości – wyznaczony w definicji krąg bliskich może nie być identyczny z kręgiem osób, które same jednostki określiłyby jako swoich bliskich czy najbliższych. Podmiot stosujący prawo w takich sytuacjach konfrontuje dwa obrazy świata – wynikający z litery prawa oraz ten wynikający ze stanu faktycznego sprawy. Dysonans powstaje, gdy określone osoby są sobie rzeczywiście bliskie, ale nie zostały wskazane jako bliskie w definicji.

Stosujący prawo musi wówczas dokonać wyboru między słusnością a pewnością (literą prawa). W takiej sytuacji sędziowie mogą, po pierwsze, odmówić uznania określonej osoby za bliską, mimo iż jest ona bliską w rzeczywistości. Taką postawę zajął w analizowany kasusie Sąd Najwyższy, kierując się przekonaniem, że sądy mogą wysuwać wobec prawodawcy postulaty *de lege ferenda*, ale nie mogą zmieniać prawa *ad casum*. Po drugie, sąd może przyjąć fikcję, że określona osoba mieści się w definicji, ponieważ jest faktycznie bliska (przełamanie znaczenia literalnego). W tym drugim przypadku sędzia przyjmuje postawę aktywistyczną – wyrażając niezgodę wobec konsekwencji prawnych, jakie powstałyby przy literalnym zastosowaniu przepisu. Wybrzmiewa tu jednak jeden z nierozstrzygalnych dylematów teorii prawa – pytanie, jak dalece sędziowie mogą i powinni zmieniać decyzje prawodawcy na potrzeby naprawienia jednostkowej, niesprawiedliwej sytuacji.

6.4

Warto zauważyć, że w analizowanym kasusie sądy niższych instancji potraktowały definicję zakresową bliskości w sposób przypominający raczej materialne niż formalne rozumienie bliskości. Skoncentrowały się bowiem na rozumieniu nie tyle samej formy prawnej relacji, ale przede wszystkim na jej treści – a więc na rzeczywistym ukształtowaniu relacji między biologiczną matką a synem. Można też powiedzieć, że sądy obu instancji przyjęły psychologiczne, a nie formalne rozumienie bliskości, Sąd Najwyższy stanął zaś w obrobie formalnego rozumienia bliskości, podkreślając rolę intencji prawodawcy wyrażoną w tekście ustawy.

6.5

Należy tutaj jeszcze zwrócić uwagę na wątek dotyczący momentu interpretacyjnego w analizowanym kasusie, co sygnalizowaliśmy we wprowadzeniu. Moment interpretacyjny może być różnie rozumiany i nie jest naszą ambicją rozstrzygnięcie tej kwestii w tym miejscu. Przyjmiemy więc, że jest to punkt w czasie, wedle którego ocenia się istnienie okoliczności relevantnych dla przeprowadzenia wykładni prawa. Jeśli więc wybranym momentem interpretacyjnym jest na przykład rok 2019, co do zasady nie powinno się uwzględniać przy przeprowadzeniu wykładni choćby nieobowiązujących już wówczas przepisów. Ponieważ moment orzekania może być późniejszy niż moment interpretacyjny – na przykład sąd orzekający w roku 2022 może uznać, że momentem interpretacyjnym może być rok 2019 – należałoby dodać, że nie należy uwzględniać także przepisów, które jeszcze nie obowiązywały w wybranym momencie czy orzeczeń, które jeszcze nie były wówczas wydane. Nie jest to jednak kwestia analizowanego przez nas przypadku, a uwagi te czynimy jedynie dla charakteryzowania koncepcji momentu interpretacyjnego.

Sądy pierwszej oraz drugiej instancji osadziły rozważany kasus w przeszłości – kierując się nieobowiązującym już przepisem Prawa spółdzielczego, nie oglądając się na „tu i teraz”, które nakazywałyby uwzględnić obecnie obowiązujące przepisy prawa. Rozstrzygnięcie tych sądów przenosi więc jego bohaterów w czasie do przeszłości. Do teraźniejszości sprawę przywraca zaś Sąd Najwyższy, opierając swoje rozstrzygnięcia na aktualnych regulacjach prawnych. Analizowany

kazus został więc przez poszczególne sądy osadzony w dwóch różnych wymiarach temporalnych, co umożliwiło ostatecznie uzasadnienie dwóch całkowicie rozbieżnych rozstrzygnięć. Przyjęcie perspektywy przeszłości dawało silne argumenty na rzecz rozstrzygnięcia, które było trudne do uzasadnienia, opierając się na terażniejszości (na aktualnym stanie prawnym). Wybór momentu interpretacyjnego był podyktowany doбором odmiennych perspektyw patrzenia na stan faktyczny: sądy niższych instancji przyjęły perspektywę potencjalnego uprawnionego (to jest perspektywę korzystniejszą dla niego), Sąd Najwyższy zaś – perspektywę prawodawcy.

ma to miejsce w przypadku wyboru dyrektyw językowych czy wagi wykładni prokonstytucyjnej). Może się więc okazać – co wymaga osobnych analiz – że sądy co do zasady traktują wybór momentu dokonywania wykładni jako czynnik nieważny dla jej wyniku, nie obejmując świadomością faktu, że założenie to jest kontrfaktyczne.

6.6

Sądy w niższych instancjach nie odwoływały się do specjalistycznej wiedzy psychologicznej, ale bazowały na własnej intuicji. Taki sposób rozumienia bliskości – intuicyjny a nie ekspercki – zdaje się dominować w pol-

Sprawiedliwe wydaje się przyznawanie uprawnień tym, których łączy rzeczywistość, a nie jedynie pozorna relacja, oparta wyłącznie na sformalizowanej więzi prawnej.

Widać zatem, że kategoria czasu ma istotne znaczenie dla wyniku interpretacji. Co więcej, w procesie wykładni może być traktowana w sposób dowolny, w zależności od rezultatów i wartości, jakie chce osiągnąć i wspierać w danym przypadku interpretator. Na tę dowolność w analizowanym przypadku wpływał z pewnością fakt, że sądy – przynajmniej *expressis verbis* – nie dostrzegły znaczenia wyboru momentu interpretacyjnego i prawdopodobnie nie dokonały go w sposób świadomy. Dążenie do „szczęśliwego zakończenia” skierowało sądy pierwszej oraz drugiej instancji w stronę momentu interpretacyjnego niemającego związku z analizowaną przez nie sytuacją⁸². Trzeba także dodać, że na gruncie wypracowanych w polskiej kulturze prawnej reguł wykładni interpretator nie ma wskazanych silnych i jasnych priorytetów związanych z wyborem momentu interpretacyjnego (jak choćby

skim dyskursie prawniczym. Niejako na uzasadnienie takiej prawniczej manieri Jurrien Hamer wskazuje, że dobry sędzia to taki, który słucha swojej intuicji⁸³, a więc taki, który przejawia *intuitive sense of what is right or wrong in the particular case*⁸⁴. Eugen Ehrlich

83 J. Hammer, *Sensitive Judges. How to Resolve the Tangle of Legal Decision-Making and Emotion?*, „Utrecht Law Review” 2012, t. 8, nr 1, s. 199.

84 Można powiedzieć, że sędziowie będą często polegać tutaj na przecuciu (*judicial hunch*): „rozmyślając o sprawie, sędzia oczekuje na pojawienie się przecucia – ten intuicyjny przeblask zrozumienia, który sprawia, że między pytaniem a decyzją następuje skok-iskierka połączenia w miejscu, w którym ścieżka jest najciemniejsza, rzuca światło na drogę” [tłum. własne]. T.J. Capruso, *How Judges Judge: Theories on Judicial Decision Making*, „University of Baltimore Law Forum” 1998, t. 29, nr 1, s. 6. Jak wskazywał Theodore Schroeder: „każda opinia sędziego z konieczności jest uzasadnieniem jego osobistych pobudek, w odniesieniu do zaistniałej przed nim sytuacji, a charakter tych pobudek jest zdeterminowany przez ciąg życiowych doświadczeń

82 Z. Tobor, *To do a great right, do a little wrong – rzecz o sędziowskich kłamstewkach*, „Przegląd Podatkowy” 2015, nr 6, s. 16.

zwracał uwagę, że wymiar sprawiedliwości prawie nigdy nie był wolny od czynników osobowościowych⁸⁵. Wydaje się, że czymś zupełnie naturalnym jest identyfikowanie się z jednostkami, których los pod pewnymi względami przypomina nasz własny albo z innych powodów wydaje nam się istotny (np. sprzyjanie tym, którzy są bądź byli sobie rzeczywiście bliscy)⁸⁶. Sądy pierwszej i drugiej instancji odwołały się do konwencjonalnego, intuicyjnego i zgodnego z psychologicznym rozumieniem bliskości, odrzucając rozumienie dane przez prawodawcę w definicji legalnej (uznały je za nieadekwatne w rozstrzyganym przypadku). Sędziowie sięgnęli po intuicyjną percepcję bliskości, która podpowiada, że bliski to nie-obcy, ale ktoś dobrze mi znany, komu dobrze życzę i wobec kogo jestem w jakiś sposób zobowiązany, gotowy nieść wsparcie. W takim świetle sprawiedliwe wydaje się przyznawanie uprawnień tym, których łączy rzeczywistość, a nie jedynie pozorna relacja, oparta wyłącznie na sformalizowanej więzi prawnej. Działania interpretacyjne sądów w niższych instancjach – z perspektywy intuicyjnej – odbieramy jako ze wszech miar uzasadnione ludzką percepcją ludzkich spraw. I tu znów powraca dylemat teorii prawa i pytanie o to, na ile intuicyjne rozumienie pewnych zjawisk może prowadzić do przełamania litery przepisów prawa*.

sędziego. Doświadczenia te mogą dotyczyć mniej lub bardziej podobnych, choć odległych sytuacji, ale wartości emocjonalne nabyte dzięki tym odległym doświadczeniom są przenoszone przez życie i przenoszone na każde kolejne wydarzenie poprzez procesy, o których przeciętny człowiek wie bardzo niewiele”. T. Schroeder, *The Psychologic Study of Judicial Opinions*, „California Law Review” 1918, s. 93.

85 T. Pietrzykowski, *Intuicja prawnicza. W stronę zewnętrznej integracji teorii prawa*, Warszawa 2012, s. 54.

86 M. Nussbaum, *Emotion in the Language of Judging*, „St. John’s Law Review” 1996, t. 70, nr 1, s. 29.

* Praca powstała w wyniku realizacji projektu badawczego o nr 2018/29/N/HS5/00905 finansowanego ze środków Narodowego Centrum Nauki.

Praca powstała w wyniku realizacji projektu badawczego o nr 2019/35/B/HS5/04464 finansowanego ze środków Narodowego Centrum Nauki.

Za konsultacje merytoryczne, psychologicznej części rozważań dziękujemy dr Dagnie Kocur z Instytutu Psychologii na Uniwersytecie Śląskim.

Bibliografia

- Antfolk J., Karlsson L.C., Soderlund J., Szala A., *Willingness to Invest in Children: Psychological Kinship Estimates and Emotional Closeness*, „Evolutionary Psychology” 2017, t. 15, nr 2, s. 1–10.
- Aron A., Aron E.N., Smollan D., *Inclusion of Other in the Self Scale and the Structure of Interpersonal Closeness*, „Journal of Personality and Social Psychology” 1992, t. 63, nr 4, s. 596–612.
- Ben-Ari A., Lavee Y., *Dyadic Closeness in Marriage: From the Inside Story to a Conceptual Model*, „Journal of Social and Personal Relationships” 2007, t. 24, nr 5, s. 627–644.
- Berscheid E., Snyder M., Omoto A.M., *The Relationship Closeness Inventory: Assessing the Closeness of Interpersonal Relationships*, „Journal of Personality and Social Psychology” 1989, t. 57, nr 5, s. 792–807.
- Bielska-Brodziak A., *Kłopoty z definicjami legalnymi*, w: *System prawny a porządek prawny*, red. O. Bogucki, S. Czepita, Szczecin 2008, s. 159–174.
- Bielska-Brodziak A., *Problemy z Alojzym*, w: *Prawnicze dylematy interpretacyjne*, red. J. Glumińska-Pawlic, Z. Tobor, Toruń 2011, s. 9–28.
- Bielska-Brodziak A., *Śladami prawodawcy faktycznego. Materiały legislacyjne jako narzędzie wykładni prawa*, Warszawa 2017.
- Birch J., Okasha S., *Kin Selection and Its Critics*, „BioScience” 2015, t. 65, nr 1, <https://academic.oup.com/bioscience/article/65/1/22/2754282> (dostęp: 17.06.2022).
- Bowbly J., *Przywiązanie*, Warszawa 2007.
- Capruso T.J., *How Judges Judge: Theories on Judicial Decision Making*, „University of Baltimore Law Forum” 1998, t. 29, nr 1, s. 5–15.
- Clark M.S., Lemay E.W., *Close Relationships*, w: *Handbook of Social Psychology*, red. S.T. Fiske, D.T. Gilbert, G. Lindzey, New York 2010, s. 898–940.
- Crossley A., Langridge D., *Perceived Sources of Happiness: A Network Analysis*, „Journal of Happiness Studies” 2005, t. 6, s. 107–135.
- Curry O., Roberts S.G.B., Dunbar R.I.M., *Altruism in Social Networks: Evidence for a ‘Kinship Premium’*, „British Journal of Psychology” 2012, t. 104, nr 2, s. 1–13.
- Daniluk P., *Wspólne życie jako pojęcie karnoprawne*, „Prokuratura i Prawo” 2015, z. 6, s. 5–27.
- Deci E.L., Ryan R.M., *Autonomy and Need Satisfaction in Close Relationships: Relationships Motivation Theory*, w: *Human Motivation and Interpersonal Relationships*, red. N. Weinstein, Dordrecht–Heidelberg–New York–London 2014, s. 53–73.
- Doroszewicz K., *Bliskie związki a jakość życia*, „Psychologia Jakości Życia” 2008, t. 7, nr 1–2, s. 5–18.

- Finkel E.J., Simpson J.A., Eastwick P.W., *The Psychology of Close Relationships: Fourteen Core Principles*, „Annual Review of Psychology” 2017, t. 68, s. 383–411.
- Golombok S., Cook R., Bish A., Murray C., *Families Created by the New Reproductive Technologies: Quality of Parenting and Social and Emotional Development of the Children*, „Child Development” 1995, t. 66, nr 2, s. 285–298.
- Halasz A., *Definicje pojęć prawnych w ustawodawstwie dotyczącym podatków obrotowych*, Wrocław 2019.
- Hammer J., *Sensitive Judges. How to Resolve the Tangle of Legal Decision-Making and Emotion?*, „Utrecht Law Review” 2012, t. 8, nr 1, s. 189–199.
- Karbowa-Płowens, M., *Rozwój i charakterystyka więzi przywiązaniowej w relacji romantycznej*, „Psychologia Rozwojowa” 2019, t. 24, nr 4, s. 83–95.
- Korchmaros J.D., Kenny D.A., *Emotional Closeness as a Mediator of the Effect of Genetic Relatedness on Altruism*, „Psychological Science” 2001, t. 12, nr 3, s. 262–265.
- Kornaszewska-Polak M., *Przywiązanie i osamotnienie w bliskich relacjach*, „Roczniki Pedagogiczne” 2015, t. 7, nr 3, s. 25–43.
- Leary M., Baumeister R.F., *The Nature and Function of Self-esteem: Sociometer Theory*, „Advances in Experimental Social Psychology” 2000, t. 32, s. 1–62.
- Leary M., Baumeister R.F., *The Need to Belong: Desire for Interpersonal Attachments as a Fundamental Human Motivation*, „Psychological Bulletin” 1995, t. 117, s. 497–529.
- Leszczyński L., *Kategoria słuszności a wykładnia prawa*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2011, nr 15, s. 45–56.
- Malinowski A., *Polski tekst prawny. Opracowanie treściowe i redakcyjne*, Warszawa 2012.
- Malinowski A., *Definicje legalne i zakres ich stosowania*, w: *Zarys metodyki pracy legislatora. Ustawy – akty wykonawcze – prawo miejscowe*, red. A. Malinowski, Warszawa 2009 s. 297–301.
- Malinowski A., *Błędy formalne w tekstach prawnych*, Warszawa 2020.
- Malinowski A., *Redagowanie tekstu prawnego. Wybrane wskazania logiczno-językowe*, Warszawa 2006.
- Marek A., *Art. 115 [Osoba najbliższa]*, w: *Kodeks karny. Komentarz*, red. A. Marek, Warszawa 2010, s. 316–317.
- Mozgawa M., Budyn-Kulik M., Kozłowska-Kalisp P., Kulik M., *Art. 115*, w: *Kodeks karny. Komentarz aktualizowany*, red. M. Mozgawa, Warszawa 2015, s. 323–324.
- Neyer F.J., Lang F.R., *Blood is thicker than water: Kinship orientation across adulthood*, „Journal of Personality and Social Psychology” 2003, t. 84, nr 2, s. 310–321.
- Nussbaum M., *Emotion in the Language of Judging*, „St. John’s Law Review” 1996, t. 70, nr 1, s. 23–30.
- Oczkowski T., *Art. 115 [Krag osób najbliższych]*, w: *Kodeks karny. Komentarz*, red. V. Konarska-Wrzošek, Warszawa 2020, s. 693–695.
- Pietromonaco P.R., Uchino B.N., Schetter C.D., *Close Relationship Processes and Health: Implications of Attachment Theory for Health and Disease*, „Health Psychology” 2013, nr 32, s. 499–513.
- Pietrzykowski T., *Intuicja prawnicza. W stronę zewnętrznej integracji teorii prawa*, Warszawa 2012.
- Regan P. *Close relationships*, New York–London 2011.
- Schroeder T., *The Psychologic Study of Judicial Opinions*, „California Law Review” 1918, s. 89–113.
- Segal N.L., Li N.P., Graham J.L., Miller S.A., *Do Parents Favor Their Adoptive or Biological Children? Predictions from Kin Selection and Compensatory models*, „Evolution and Human Behavior” 2015, t. 36, nr 5, s. 379–388.
- Senator D., *Teoria więzi Johna Bowlby’ego*, w: *Bliskość w rodzinie. Więzy w dzieciństwie a zaburzenia w dorosłości*, red. B. Tryjarska, Warszawa 2010, s. 17–39.
- Simpson J.A., Tran S., *The Needs, Benefits, and Perils of Close Relationships*, w: *Close Relationships: Functions, Forms and Processes*, red. P. Noller, J.A. Feeney, New York 2006, s. 3–24.
- Slatcher R.B., Selcuk E., *A Social Psychological Perspective on the Links Between Close Relationships and Health*, „Current Directions in Psychological Science” 2017, t. 26, s. 16–21.
- Suwalska-Barancewicz D., *Jakość bliskich związków interpersonalnych. Znaczenie przywiązania i zależności w budowaniu trwałych relacji*, Bydgoszcz 2016.
- Tobor Z., *To do a great right, do a little wrong – rzecz o sędziowskich kłamstewkach*, „Przegląd Podatkowy” 2015, nr 6, s. 15–22.
- Tobor Z., *W poszukiwaniu intencji prawodawcy*, Warszawa 2013.
- Tryjarska B., *Style przywiązania partnerów a zadowolenie ze związku*, w: *Przywiązanie. Związki intymne, osobowość oraz problematyka kliniczno-terapeutyczna*, red. K. Lubiewska, Bydgoszcz 2017, s. 13–30.
- Wierczyński G., § 153, w: *Redagowanie i ogłaszanie aktów normatywnych. Komentarz*, red. G. Wierczyński, Warszawa 2016, s. 775–776.
- Wolter W., Lipczyńska M., *Elementy logiki. Wykład dla prawników*, Warszawa 1980.
- Wróblewski J., *Słuszność w polskim systemie prawa*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1970, z. 1, s. 197–116.
- Zieliński M., *Wykładnia prawa. Zasady–reguły–wskazówki*, Warszawa 2017.

Grzesznicy czy obywatele?

Sądowe zwolnienia religijne
od powszechnie obowiązującego prawa
w Stanach Zjednoczonych Ameryki



Sebastian Kubas

Doktor nauk prawnych, adiunkt
w Katedrze Prawa Konstytucyjnego
na Wydziale Prawa i Administracji
Uniwersytetu Jagiellońskiego.

✉ sebastian.kubas@uj.edu.pl

<https://orcid.org/0000-0003-0024-6679>

Sinners or Citizens? Judicial Religious Exemptions from Generally Applicable Laws in the United States

Judicial religious exemptions from general laws have become increasingly controversial in the U.S. This article examines changing understandings of religious exemptions in the Supreme Court's jurisprudence. Part one discusses the unclear text of religion clauses of the First Amendment whilst part two focuses on doctrinal tensions and contradictions in the Court's opinions, which show the inability to create a robust regime of religious exemptions. Part three follows the Court's rulings on COVID-19 pandemic restrictions and reveals that replacing Justice Ruth Bader Ginsburg with Justice Amy Coney Barrett changed the meaning of the Free Exercise Clause. As Part four emphasizes, the American legal system was able to embrace religious exemptions, albeit in a highly limited scope, without courting anarchy. However, the recent trend of grounding religious exemption claims on the third party's sinful behavior, especially in commercial settings, may prove a challenge to a religiously diverse society.

Słowa kluczowe: zwolnienia religijne, Sąd Najwyższy USA, Pierwsza Poprawka, klauzula wolności religijnej, religia

Key words: religious exemptions, US Supreme Court, First Amendment, Free Exercise Clause, religion

[https://doi.org/10.32082/fp.3\(77\).2023.1049](https://doi.org/10.32082/fp.3(77).2023.1049)

1. Wstęp

Problematyka przyznawania, szczególnie przez sądy, zwolnień wyłączających spod regulacji prawnych podmioty powołujące się na motywację religijną (*religious exemptions*) stała się

w Stanach Zjednoczonych Ameryki jednym z istotniejszych oraz spornych zagadnień na styku polityki i prawa konstytucyjnego. W ostatnich latach żądania przyznania zwolnień religijnych dotyczą wielomilionowych grup

osób fizycznych, ale też osób prawnych, w tym ściśle komercyjnych przedsiębiorstw, i rozciągają się na coraz szersze sfery życia, m.in. ochronę zdrowia, szkolnictwo, więziennictwo, przysposobienia dzieci, świadczenia społeczne oraz szeroko rozumiany dostęp do usług komercyjnych i publicznych. Poza występującymi nadal przypadkami specyficznymi – ograniczonymi do mniejszościowych grup religijnych lub mniej typowych przypadków (np. prawo noszenia przez wyznawców sikhizmu ceremonialnych mieczyków *kirpan*, zapuszczanie dłuższej brody przez strażaków, czy też możliwość dekorowania grobów wbrew miejscowym regulacjom cmentarnym) – roszczenia o zwolnienia religijne stały się istotnym narzędziem kontestowania zmian społecznych przez środowiska konserwatywnych chrześcijan. Religijność dla milionów amerykańskich wiernych, którzy zgodnie z mottem narodowym „w Bogu pokładają ufność”, jest podstawowym fundamentem tożsamości i nadaje znaczenie życiu¹. U podłoża wielu sporów sądowych dotyczących zwolnień religijnych leżą rozpaczliwe próby pogodzenia egzystencji osób religijnych z – jak to postrzegają – zaciskającą się wokół nich pętlą nieprzyjaznych regulacji prawnych. W pluralistycznym religijnie i światopoglądowo społeczeństwie amerykańskim stale ujawnia się wskazane przez polskich badaczy zderzenie z zupełnie innym pojmowaniem religijności oraz jej relacji do państwa, powodujące poważne konflikty wynikające z „dramatycznych różnic w doborze wartości podstawowych, kierujących życiem skonfliktowanych wspólnot”². Gdy konflikty te przenoszone są na obszar prawa konstytucyjnego, ujawniają się zasadnicze trudności z ustaleniem jasnego normatywnego wzorca, wedle którego można by je rozwiązywać. Celem artykułu jest przedstawienie problematyki takich zwolnień religijnych na tle orzecznictwa amerykańskich sądów, a szczególnie federalnego Sądu Najwyższego. Analizuję możliwość jednoznacznego ustalenia konstytucyjnego wzorca oceny roszczeń osób religijnych o zwolnienie

od przepisów powszechnych, praktyczną doniosłość koncepcji rozwijanych w Sądzie Najwyższym, a także zwracam uwagę na społeczne skutki uwzględniania kategorii grzechu w ocenach prawnych dotyczących choćby pośrednio osób niezaangażowanych religijnie.

2. Zwolnienia religijne na tle konstytucyjnej klauzuli swobodnego praktykowania religii

Ujęcie w Konstytucji USA kwestii religii jest bardzo skrótowe i znajduje wyraz przede wszystkim w Pierwszej Poprawce gwarantującej m.in. wolność religii i wolność słowa. Otwierające ją wieloznaczne słowa dotyczące religii brzmią w tłumaczeniu Andrzeja Pułło: „Kongres nie będzie stanowił żadnych ustaw traktujących jakieś wyznanie jak religię państwową lub zakazujących swobodnych praktyk religijnych...”³. Fragment o zakazie ustanowienia wyznania państwowego to *Establishment Clause*, natomiast druga klauzula to *Free Exercise Clause* i to właśnie z tej drugiej gwarantującej swobodne praktykowanie religii wywodzone są zwolnienia religijne. Należy tu wstępnie przypomnieć dwie kwestie historyczne. Obecna Pierwsza Poprawka była trzecią w kolejności wśród dwunastu poprawek przedstawionych do ratyfikacji przez Pierwszy Kongres, więc mylnie byłoby wrażenie, że sprawa religii była traktowana priorytetowo w 1789 r. Ponadto przepis ten wcale nie zakazywał prawnego ingerowania w kwestie praktyk religijnych, a nawet ustanawiania oficjalnego kościoła. Zgodnie z tekstem zakazy te adresowane były jedynie do Kongresu, a więc władz federalnych. Władzom stanowym wolno było tworzyć takie regulacje, mniej lub bardziej oficjalne kościoły stanowe funkcjonowały z powodzeniem w kilku stanach jeszcze przez kolejne dekady, ponadto władze stanowe w istotny sposób ingerowały prawnie na różne inne sposoby w sferę wyznaniową i status instytucji religijnych⁴. Dopiero od połowy XX w. religijne klauzule z Pierwszej Poprawki zaczęły być przez Sąd Najwyższy USA

3 Konstytucja Stanów Zjednoczonych Ameryki, tłum. i wstęp A. Pułło, Warszawa 2002, s. 55.

4 Zob. m.in. A.R. Amar, *The Bill of Rights. Creation and Reconstruction*, New Haven 1998, s. 20–39; A.T. Hetrick, *The Origins of Accommodation: Free Exercise, Disestablishment, and the Legend of Small Government*, „Virginia Law Review” 2021, nr. s. 393–429.

1 Zob. obszernie P. Napierała, *In God We Trust. Religia w sferze publicznej USA*, Kraków 2015.

2 F. Longchamps de Bérier, K. Szczucki, *Słowo wstępne, w: O wolność słowa i religii. Praktyka i teoria*, red. F. Longchamps de Bérier, K. Szczucki, Warszawa 2016, s. 8.

„inkorporowane” i odczytywane również jako zakazy adresowane do władz stanowych.

Zasadnicza trudność związana z treścią klauzul religijnych jest taka, że mają one znikomą wartość normatywną. Nie wiadomo, jak odczytywać ów zakaz ustanawiania państwowej religii. Nie wiadomo, jak rozumieć swobodę praktyk religijnych, nie wiadomo, czym są owe praktyki, a przede wszystkim nie wiadomo, jak rozumieć sam termin *religia* i słowa pochodne. Zaryzykować można jedynie stwierdzenie, że niekontrolowane rozumienie jest takie, iż klauzule religijne zakazują pewnych ekstremalnych działań władz. Na jednym krańcu takiego spektrum byłoby zapewne ustanowienie oficjalnego kościoła USA, złączonego z państwem i przymusowo zrzeszającego wiernych, a na drugim krańcu byłyby zapewne prawne regulacje dotyczące ściśle wewnętrznego przeżywania religijności. W obszarze pomiędzy tymi punktami skrajnymi nie sposób wskazać żadnych stałych i powszechnie akceptowanych reguł prawnych. Prawotwórstwo, zwłaszcza sędziowskie, zawiera bardzo bogaty zbiór całkowicie rozbieżnych i nieustannie zmienianych regulacji dotyczących statusu wiernych i instytucji religijnych. Nieprzebrane jest także bogactwo wypowiedzi doktrynalnych, badacze problematyki artykułują, nierzadko finezyjnie, rozmaite koncepcje prawidłowego rozumienia klauzul religijnych, oczywiście sprzeczne wobec innych, równie solidnie uargumentowanych. Dyskusje na te tematy toczą się z wielkim ożywieniem na łamach periodyków prawniczych, każdego roku ukazuje się wiele ważnych wypowiedzi doktrynalnych, zwłaszcza gdy dochodzi do kolejnego raptownego zwrotu w orzecznictwie Sądu Najwyższego, lub też gdy zwrot taki jest antycypowany.

Na marginesie można odnotować, że fragment nazywany *Establishment Clause* rodzi zasadniczy spór interpretacyjny dotyczący podstawowego sensu tej klauzuli, który przenosi się także na przekład tej frazy na język polski. Jak bowiem akcentuje Maciej Potz, postawić można pytanie, czy klauzula ta w ogóle reguluje stosunki między państwem a Kościołem bądź religią. W tekście oryginalnym mowa bowiem o tym, że Kongres nie może stanowić aktów *respecting an establishment of religion*, a więc nie tyle ustaw czy praw ustanawiających religię (panującą czy państwową), lecz „dotyczących ustanawiania religii”. Maciej Potz

zauważa, że przedstawiane w polskiej literaturze tłumaczenia tego sformułowania pomijają zwykle słowo „dotyczących”, a przez to nie uwzględniają wywołanej przez nie dwuznaczności. Dosłowny sens tego przepisu może być zaś taki, że zakazuje on władzom federalnym jakiegokolwiek ingerencji w decyzje stanów dotyczące relacji państwo–religia, co oznaczać także może brak kompetencji władz federalnych do znoszenia ewentualnej religii panującej w danym stanie czy stanach⁵. Badacz tematyki, Akhil Reed Amar, wskazuje, że tekst oryginalny tej klauzuli najbardziej przypomina propozycję przedłożoną przez konwencję ratyfikującą Konstytucję w ówczesnym państwie New Hampshire, początkowo przyjętą w pierwszej kadencji Kongresu, która formułowała zakaz tworzenia przez Kongres aktów *touching religion*, a więc dotyczących, związanych z religią, co dla ówczesnych mieszkańców New Hampshire, gdzie silnie osadzona była religia panująca, oznaczać miało po prostu gwarancję ochrony przed federalnymi ingerencjami w lokalną sferę religijną⁶.

Elementem interpretacji Pierwszej Poprawki pogłębiającym ten normatywny i doktrynalny nieład jest relacja obu klauzul do siebie. Według jednego z możliwych ujęć, szczególnie przy szerokim odczytaniu obu klauzul, formułują one sprzeczne normy prawne. Taki pogląd przedstawia m.in. znawczyni problematyki, Weronika Kudła, na podstawie obszernego przeglądu orzecznictwa⁷. *Establishment Clause* odczytywana może być jako zakaz ustanawiania wyznania państwowego, a więc zakaz wsparcia władz dla religii. *Free Exercise Clause* odczytywana może być jako zakaz ograniczania swobody religijnej, a więc nakaz przyznawania obywatelom przez władze możliwie najszerszej swobody praktykowania religii, co oznacza obowiązkowe wsparcie władz dla religii⁸. Władzy powstrzymującej się od wsparcia dla religii można postawić zarzut, że

5 Zob. M. Potz, *Granice wolności religijnej. Problemy polityczno-wyznaniowe w Stanach Zjednoczonych Ameryki*, Toruń 2015, s. 152–155.

6 A.R. Amara, *The Bill of Rights...*, s. 32–33.

7 W. Kudła, *Wrogość wobec religii. Ostrzeżenia ze strony Sądu Najwyższego USA*, Kraków 2018, s. 325.

8 Zob. m.in. D.H. Davis, *Resolving Not to Resolve the Tension between the Establishment and Free Exercises Clauses*, „Journal of Church and State” 1996, t. 38, nr 2, s. 247–248.

sprzeciwia się ona swobodnym praktykom religijnym, a jednym z rozpatrywanych przykładów jest obecność duchownych w siłach zbrojnych. Gdy władze wynagradzają oficjalnie kapelanów wojskowych, wspierają religię. Gdy odmawiają takiego wynagrodzenia, odmawiają wojskowym swobody wyznania⁹. W ramach prób

klasyfikacji i prowadzą dane postępowanie „według standardów właściwych egzekucji jednej z klauzul przy zastosowaniu odpowiednich dla niej testów, co może prowadzić do wyniku diametralnie różniącego się od tego, który byłby osiągnięty przy użyciu aparatu charakterystycznego dla drugiej z klauzul”¹¹.



Podstawowy problem ze zrozumieniem i stosowaniem klauzul religijnych przenosi się na kwestię zwolnień religijnych, które wedle jednej z interpretacji są sprzeczne z *Establishment Clause*, wedle równie stanowczej interpretacji symetrycznej są one wymagane przez *Free Exercise Clause*, a w praktyce sędziowskiej zwolnienia takie są pryncypialnie przyznawane lub równie pryncypialnie się ich odmawia.

łagodzenia tego napięcia przedstawiane są kompromisowe interpretacje obu klauzul, zgodnie z którymi istnieje obszar, w którym władza publiczna na chronić swobodę wyznaniową, uwzględniając potrzeby religijne obywateli, ale nie przekraczając niejasnej granicy, za którą byłoby już wyraźne wsparcie publiczne dla określonego wyznania. Jedną z wieloznacznych maksym sądu na ten temat wyraził prezes William Rehnquist w orzeczeniu z 2004 r., pisząc, że „istnieją pewne działania władz dopuszczane przez *Establishment Clause*, ale niewymagane przez *Free Exercise Clause*”¹⁰. Maciej Potz, odnosząc się do relacji między klauzulami, twierdzi, że sprawy rozstrzygane w sądach nie dają się łatwo zaklasyfikować jako objęte tylko jedną z klauzul religijnych, ale sądy dokonują takie

Podstawowy problem ze zrozumieniem i stosowaniem klauzul religijnych przenosi się też na kwestię zwolnień religijnych, które wedle jednej z możliwych stanowczych interpretacji są sprzeczne z *Establishment Clause*, wedle równie stanowczej interpretacji symetrycznej są one wymagane przez *Free Exercise Clause*, a w praktyce sędziowskiej zwolnienia takie są pryncypialnie przyznawane lub równie pryncypialnie się ich odmawia, traktując je jako konstytucyjną anomalię. Przydatne i powszechnie używane w kontekście interpretacji klauzul religijnych z Pierwszej Poprawki są ponadto dwa terminy. Pierwszym jest *accommodation*, co oznacza uwzględnianie potrzeb religijnych przez władze czy też dostosowywanie się władz do zachowań ludzi powołujących się w swych działaniach na motywacje religijne. Drugim jest *mur separacji*, czyli zapożyczona ze wzmianki poczynionej

9 E. Chemerinsky, *Constitutional Law. Principles and Policies*, New York 2006, s. 1183.

10 *Locke v. Davey*, 540 U.S. 712 (2004).

11 M. Potz, *Granice wolności religijnej...*, s. 156.

w liście przez Thomasa Jeffersona idea ścisłego rozdzielenia spraw państwowych od kościelnych¹². Spory dotyczą odpowiednio tego, czy i do jakiego stopnia władze mają dostosowywać się do roszczeń religijnych, a także tego, czy mur separacji istotnie został wznieiony w Konstytucji przez Ojców Założycieli.

3. Zmienne standardy orzecznicze w ocenie roszczeń o zwolnienia religijne

3.1. Odmowa przyznawania zwolnień religijnych przez Sąd Najwyższy w 1879 r. w sprawie *Reynolds v. United States*

W orzecznictwie Sądu Najwyższego wyróżnić można kilka odmiennych faz traktowania roszczeń o przyznanie zwolnień religijnych na tle Pierwszej Poprawki. Po raz pierwszy sąd zajął się tą kwestią w 1879 r. w orzeczeniu *Reynolds v. United States* dotyczącym poligamii praktykowanej przez mormonów. Wielożeństwo oburzało większość Amerykanów, więc w 1862 r. uchwalona została przez Kongres ustawa zakazująca bigamii na terytoriach kontrolowanych przez władze federalne, co objęło też terytorium Utah, na którym schronili się przed prześladowaniami mormoni. Sąd Najwyższy jednomyślnie podtrzymał skazanie młodego wiernego za poślubienie drugiej żony oraz nie zakwestionował konstytucyjności ustawy, opierając się na rozróżnieniu pomiędzy wewnętrznymi przekonaniem a działaniami opartymi na takich przekonaniach. Zdaniem sądu mormoni mogli utrzymywać wiarę w swą boską „Zasadę” nakazującą wielożeństwo, ale ich działania, a więc faktyczne zawieranie równoległych małżeństw, podlegały regulacjom prawnym. Rozróżnienie między chronionymi opiniami wewnętrznymi a zewnętrzną aktywnością pozwoliło odwołującemu się także do metafory muru separacji sądowi na uznanie w prosty sposób, że dotyczące takiej aktywności przepisy nie godziły w konstytucyjną gwarancję swobodnego praktykowania religii¹³. Ponieważ praktyki mormonów uważano za próbę podważenia ładu społecznego, nie wzbudziło wówczas ogólnego sprzeciwu ani zdzi-

wienia stanowcze odniesienie się sądu do potencjalnego konfliktu między przepisami powszechnymi a nakazami wiary w słowach: „W tym przypadku prawo regulujące organizację społeczeństwa w ramach wyłącznego władztwa Stanów Zjednoczonych przewidywa, że nie zezwala się na wielożeństwo. Czy człowiek mógłby usprawiedliwić sprzeczną z tym praktykę swymi przekonaniem religijnymi? Przyzwolenie na to uczyniłoby zdeklarowane doktryny religijne nadrzędnymi wobec prawa powszechnego, a w rezultacie pozwalałoby każdemu obywatelowi na bycie prawem dla siebie samego. W takich okolicznościach władza publiczna istniałaby tylko z nazwy”¹⁴. To przekonanie o nadrzędności prawa powszechnego obowiązywało przez ponad osiemdziesiąt lat. Do orzeczenia *Sherbert v. Verner* z 1963 r. wszystkie okazjonalne zwycięstwa powodów religijnych przed sądem obejmowały powoływanie się na prawa, które chroniły zarówno działania religijne, jak i świeckie¹⁵. Wykorzystane przez sąd rozróżnienie na chronione przekonania i podlegające regulacjom działania nie było wcale innowacyjne, mimo niejednoznacznego materiału historycznego. Jak zauważa komentator, pogląd, że wolność religijna nie upoważnia do podejmowania działań sprzecznych z porządkiem publicznym, był wpisany do Ordonansu Północnozachodniego z 1787 r., do traktatów zawieranych na podstawie Artykułów Konfederacji, a także obowiązywał przed federalnym zjednoczeniem w kilku innych państwach amerykańskich poza Wirginią¹⁶. Gdyby stanowisko to się utrzymało, spory na tematy swobody religijnej i uwzględniania potrzeb religijnych funkcjonowałyby na arenie politycznej i ogniskowałyby się wokół parlamentarnej działalności prawotwórczej, zwłaszcza na poziomie stanowym.

3.2. Wprowadzenie doktryny zwolnień religijnych w orzeczeniach *Sherbert i Yoder (1963–1972)*

W okresie drugiej wojny światowej i bezpośrednio po niej nastąpił gwałtowny wzrost sporów sądo-

12 Zob. m.in. P. Napierała, *In God We Trust...*, s. 106–107.

13 Zob. m.in. J.N. Rakove, *Beyond Belief, Beyond Conscience. The Radical Significance of the Free Exercise of Religion*, New York 2020, s. 129–136.

14 *Reynolds v. United States*, 98 U.S. 145 (1879).

15 I.C. Lupu, *Hobby Lobby and the Dubious Enterprise of Religious Exemptions*, „Harvard Journal of Law & Gender” 2015, t. 38, nr 1, s. 49.

16 D.P. Currie, *The Constitution in the Supreme Court. The First Hundred Years 1789–1888*, Chicago 1985, s. 441.

wych dotyczących relacji między państwem a rozmaitymi organizacjami religijnymi. Ted G. Jelen wiąże to z czterema czynnikami. Przede wszystkim Stany Zjednoczone przestały być zasadniczo protestanckim narodem, kolejne fale imigracji zwiększały publiczną obecność praktyk religijnych, zwłaszcza spoza tradycji judeochrześcijańskiej, co prowadziło do narastających prób regulowania prawnego praktyk, które ogół uważał za dziwne lub niebezpieczne. Zbiegło się to z zasadniczym zwiększeniem roli państwa w życiu codziennym obywateli. Coraz większy obszar usług i sfer obsługiwanych przez władzę publiczną sprzyjał powstawaniu konfliktów między państwem a wierzniymi. Trzecim czynnikiem było śmiało wkroczenie Sądu Najwyższego, szczególnie od 1954 r., w sferę konfliktów społecznych, które próbowano rozwiązywać na drodze prawnej przez odwołania do praw konstytucyjnych. To zachęcało zwłaszcza członków mniejszościowych i niepopularnych grup wyznaniowych do kierowania pozwów do sądów federalnych, aby w ten sposób przeciwdziałać ich marginalizacji w procesie politycznym. Po czwarte, wspomniana inkorporacja, prowadząca do stosowania klauzul religijnych z Pierwszej Poprawki nie tylko do władzy federalnej, ale także do władz stanowych, sprawiła, że w sporach dotyczących religii, które rozpoczynały się głównie na poziomie lokalnym i stanowym, szczególnie w szkolnictwie, otworzyła się możliwość powoływania się na ochronę gwarantowaną przez Pierwszą Poprawkę¹⁷.

Za początek drugiej fazy oceny przez Sąd Najwyższy roszczeń o przyznanie zwolnień religijnych uważa się orzeczenie *Sherbert v. Verner* z 1963 r. poprzedzone garścią orzeczeń, w których coraz większą wagę przykładano do klauzuli swobodnego praktykowania religii, ale zwykle w połączeniu z innymi wolnościami, zwłaszcza wolnością słowa. W sprawie *Sherbert* sąd zmienił kurs i porzucił pogląd o bezwzględnej wyższości prawa powszechnego nad religią, uznając, że władze stanowe naruszyły swobodę praktykowania religii przez członkinię Kościoła Adwentystów Dnia Siódmego, która została pozbawiona zasiłku dla bezrobotnych za odmowę przyjęcia oferty zatrudnienia wymagającą pracy w sobotę, będącą dla wyznawczyń

dniem uświęconym. Zdaniem sądu przepisy stanowe dotyczące wypłat zasiłków stanowiły obciążenie swobodnego praktykowania religii przez panią Sherbert, a nie realizowały one przemożnego interesu władz stanowych. Formalnie sąd w ten sposób radykalnie odstąpił od poprzedniego stanowiska zapoczątkowanego w 1879 r. i zdawał się zapraszać zainteresowane podmioty religijne do podważania obowiązujących przepisów na podstawie zarzutu, że nie są one oparte na owym przemożnym interesie (*compelling interest*). Do sądu rzeczywiście kierowano podobne roszczenia, ale choć test przemożnego interesu był utrzymywany, to zwykle nie przynosił on rozstrzygnięć korzystnych dla powodów religijnych¹⁸. W praktyce przez kolejne trzydzieści lat sąd stosował swe podejście z orzeczenia *Sherbert* jedynie w dwóch ograniczonych kategoriach spraw: w bardzo podobnych do sprawy z 1963 r. przypadkach odmowy wypłaty świadczeń dla osób, które rezygnowały z pracy z powodów religijnych, a także w kontekście zwolnienia amiszów z obowiązku szkolnego. W innych przypadkach roszczenia o przyznanie zwolnień religijnych od prawa powszechnego oparte na klauzuli swobodnego praktykowania religii były odrzucane¹⁹.

Punktem kulminacyjnym w tym okresie nakazywania przez sąd dostosowywania się władz do potrzeb religijnych jednostek było właśnie orzeczenie dotyczące amiszów, sprawa *Wisconsin v. Yoder* z 1972 r., w której sąd uznał, że obowiązujący w stanie Wisconsin obowiązek szkolny w zakresie szkoły średniej narusza wynikające z klauzuli swobodnego praktykowania religii prawa rodzicielskie członków Conservative Amish Mennonite Church, którzy odmawiali posyłania do szkoły dzieci po ukończeniu ósmej klasy. Amisze argumentowali, że dalsze kształcenie dzieci działa destrukcyjnie na ich przekonania religijne i promuje wartości takie jak rozwój intelektualny czy rywalizacja, które sprzeczne są z właściwymi dla ich wspólnoty nauczaniem przez praktykę, życiem

17 Zob. T.G. Jelen, *To Serve God and Mammon. Church-State Relations in American Politics*, Washington 2010, s. 47–54.

18 J.M. DeLise, *Religious Exemptions to Neutral Laws of General Applicability and the Theory of Disparate Impact Discrimination*, „Columbia Journal of Race and Law” 2016, t. 6, nr 2, s. 124.

19 H. Gillman, E. Chemerinsky, *The Religion Clauses. The Case for Separating Church and State*, New York 2020, s. 105.

w dobroci i separacją od społeczeństwa. Sąd odrzucił argumenty przedstawicieli władz stanowych związane z wartością powszechnej edukacji, a także tezę, że tylko wewnętrzne przekonania religijne są chronione przez Pierwszą Poprawkę, a nie działania rodziców²⁰. Warto w tym miejscu odnotować, że przytaczane tu z konieczności skrótowo orzeczenia sądu w sprawach religijnych są zwykle niejednoznaczne, a zwłaszcza nie mogą być podawane za przykłady spójnej czy rzetelnej interpretacji prawniczej. Ten korpus rozstrzygnięć sądu zasłużenie poddawany jest bardzo ostrej krytyce badaczy prawa. Orzeczenie *Yoder* wyróżnia się tym, jak argumentował Ira C. Lupu w 2015 r., że to właśnie ono, a nie bardziej wieloznaczne rozstrzygnięcie *Sherbert*, jest „prawdziwym i jedynym filarem doktryny zwolnień religijnych”²¹. Dlatego należy zwrócić uwagę na dwa aspekty tej sprawy, które później powracały w sporach dotyczących zwolnień religijnych, a w kontekście religijności amiszów ujawniły się w pełni.

Przepisy o obowiązku szkolnym miały charakter powszechny, nie były wymierzone wyłącznie w osoby religijne, lecz były wyrazem dążenia władz stanowych do kształtowania społeczeństwa składającego się z wykształconych, niezależnych i samodzielnych obywateli. Społeczność amiszów, w której szczerą religijność nie można było powątpiewać, z rozmysłem odrzucała życie w takim społeczeństwie. Większość składu orzekającego zaaprobowowała to wykluczenie społeczne. Z wyraźnym przekąsem skomentowała to badaczka problematyki, pisząc, że opinia sporządzona przez prezesa sądu Warrena Burgera „zawiera pełny podziwu romantyczny opis stylu życia amiszów”²². Istotnie bowiem w orzeczeniu znajdują się aprobatywne obserwacje, że amisz nie sprzeciwiają się edukacji podstawowej, ponieważ zgadzają się na nabycie przez dzieci umiejętności pisania, czytania i liczenia, aby mogły one czytać Biblię, uprawiać rolę i w niezbędnym zakresie komunikować się z osobami niebędącymi

amiszmami. Gdyby jednak dzieci musiały uczęszczać do szkoły powyżej ósmej klasy, zakłóciłoby to kluczowy okres ich formowania we wspólnocie, w trakcie którego muszą nauczyć się radości z pracy fizycznej oraz przygotować do roli dorosłego amisz-farmera lub żony. Edukacja prowadzić ma do przygotowania dziecka do życia, ale czym innym jest przygotowanie do życia w nowoczesnym społeczeństwie, a czym innym przygotowanie do życia w odrębnej społeczności rolniczej, co jest podstawą wiary amiszów – przekonywał Prezes Burger²³. Te uwagi prowadzą do drugiego istotnego elementu orzeczenia *Yoder*. Przekonania religijne rodziców wpływały znacząco na ograniczony dostęp do edukacji, a więc i dalszą drogę życiową ich dzieci mających czternaście i piętnaście lat. Tymczasem w rozważaniach sądowych i doktrynalnych dotyczących zwolnień religijnych znaczny nacisk kładzie się na kwestię narażenia na szkodę osób trzecich w wyniku przyznania zwolnienia (*third-party harm*). Ten wątek pojawił się także w orzeczeniu *Yoder*, w którym większość sędziów uznała, że nie występuje żadna szkoda na zdrowiu fizycznym ani psychicznym dzieci. Wątpliwości zgłosił jedynie w zdaniu odrębnym sędzia William O. Douglas, który zauważył, że decyzja sądu zagraża przyszłości dzieci, którym pozbawienie dostępu do edukacji odbierze możliwość dostępu do niezwykłego świata różnorodności poza tradycją amiszów, a przez to może upośledzić całe ich życie.

W następstwie orzeczeń *Sherbert* i *Yoder* ustalenie obowiązującego w latach 70. standardu oceny rozstrzygnięć o zwolnienia religijne wymagałoby stwierdzenia, że teoretycznie w sprawach takich obowiązuje ścisła kontrola aktywności prawotwórczej władz (*strict scrutiny*) podobna do badania zarzutów o dyskryminację rasową. Sąd deklarował, że stosowany będzie test ważenia wymagający wykazania przez władze publiczne przemożnego interesu jako podstawy odmowy zwolnienia z obowiązków prawnych osoby powołującej się na motywację religijną, nawet jeśli chodziło o przepisy, które były neutralne względem religii i obciążały wiernych jedynie pośrednio. Swoboda praktykowania religii mogła być przewyżczona jedynie interesami publicznymi najwyższego rzędu. W praktyce jednak te nieulekłe zapowiedzi były stosowane przez sąd

20 Zob. R. Kahn, *Wisconsin v. Yoder*, w: *The Oxford Guide to United States Supreme Court Decisions*, red. K.L. Hall, New York, New York 2000, s. 336–337.

21 I.C. Lupu, *Hobby Lobby and the Dubious Enterprise...*, s. 50.

22 W.F. Sullivan, *Religion*, w: *The Oxford Handbook of the U.S. Constitution*, red. M. Tushnet, M.A. Graber, S. Levinson, New York 2015, s. 619.

23 *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972).

tak niekonsekwentnie, że status testu wywodzonego z orzeczenia *Sherbert* rodził jedynie dezorientację²⁴. W rozważaniach doktrynalnych powtarzana jest m.in. sarkastyczna uwaga, iż zazwyczaj kontrola ścisła to faktyczna kontrola zabójcza, co oznacza, że przepisy poddawane *strict scrutiny* najczęściej są uznawane za niekonstytucyjne, tak trudno jest zaspokoić oczekiwania sądu w ramach tego typu kontroli, jednakże

trowsyjnnych orzeczeń ostatniego półwiecza, w którym wykonał kolejny gwałtowny zwrot doktrynalny. W sprawie *Employment Division v. Smith* z 1990 r. chodziło o zwolnienie z pracy i odmowę wypłaty zasiłku dla dwóch pracowników ośrodka leczenia uzależnień, którzy naruszyli stanowe przepisy antynarkotkowe. Ponieważ środkiem halucynogennym, który przyjęli, był pejotl, a działo się to w ramach rytuałów Kościoła



Zwolnienia związane z praktykowaniem religii mogą być ustanawiane legislacyjnie, ale nie są konstytucyjnie wymagane, a ich tworzeniem nie powinny zajmować się sądy.

w kontekście klauzuli swobodnego praktykowania religii kontrola ścisła nie jest bynajmniej zabójcza, lecz wątpliwa²⁵. W okresie tym sąd m.in. nie przychylił się do religijnych roszczeń o zwolnienie amiszów ze składek na ubezpieczenie społeczne, prywatnych szkół religijnych z obowiązku zaprzestania segregacji rasowej, a psychologa wojskowego – z zakazu noszenia jarmułki na służbie²⁶.

3.3. Zwolnienia religijne jako igranie z anarchią – orzeczenie *Employment Division v. Smith* z 1990 r.

Gdy sąd próbował uporządkować ten niejasny stan, a mówiąc dosadniej, „rozbić wydmuszkę”²⁷, jaką stały się nierealizowane wymogi płynące z orzeczeń *Sherbert* i *Yoder*, wydał jedno z bardziej zaskakujących i kon-

Rdzennych Amerykanów, sprawa dotarła do Sądu Najwyższego jako spór dotyczący klauzuli swobodnego praktykowania religii. Autor orzeczenia, sędzia Antonin Scalia, reprezentujący pięciu sędziów, których głos przeważał, porzucił w nieprzekonujący i zagmatwany sposób poprzedni standard orzeczniczy, powracając faktycznie do negatywnej postawy wyrażonej wobec roszczeń mormonów-poligamistów. Zasadnie ocenił Bruce Ledewitz, że orzeczenie *Smith* można odczytywać jako rzeczowe przyznanie przez większość składu sądu, że po prostu nie potrafili uzgodnić nadającego się do praktycznego zastosowania podejścia do kwestii zwolnień religijnych²⁸. Streszczenie węzłowych elementów argumentacji sędziego Scalii może być następujące. Sąd nie aprobuje tezy, jakoby naruszeniem swobody praktykowania religii było podleganie przepisom powszechnym wymagającym lub zakazującym działania niezgodnego z przekonaniami religijnymi. Nie można zgodzić się z powodami, że kiedy zakazane działanie wynika z przekonań religijnych, to nie tylko te przekonania, ale i działanie musi być zwolnione z regulacji przez władze. Jeśli zobowiązanie jednostki

24 R.J. D'Amato, A "Very Specific" Holding: Analyzing the Effect of Hobby Lobby on Religious Liberty Challenges to Housing Discrimination Laws, „Columbia Law Review” 2016, t. 116, nr 4, s. 1069–1070.

25 C.A. Devine, A Critique of the Secular Exceptions Approach to Religious Exemptions, „UCLA Law Review” 2015, t. 62, nr 5, s. 1352.

26 H. Gillman, E. Chemerinsky, *The Religion Clauses...*, s. 108–110.

27 M.S. Paulsen, L. Paulsen, *The Constitution. An Introduction*, New York 2016, s. 297.

28 B. Ledewitz, *Experimenting with Religious Liberty: The Quasi-Constitutional Status of Religious Exemptions*, „Elon Law Review” 2014, t. 6, nr 1, s. 38.

do przestrzegania prawa miałyby zależeć od zgodności prawa z religijnymi przekonaniem takiej osoby, byłoby to zaprzeczeniem nie tylko tradycji konstytucyjnej, ale i wbrew zdrowemu rozsądkowi. Szerokie stosowanie testu przemożnego interesu, który musiałby przejść przepisy w obszarach objętych nakazami religijnymi, oznaczałoby prywatne prawo do ignorowania przepisów powszechnych, co byłoby konstytucyjną anomalią. Wiele przepisów nie przeszłoby testu przemożnego interesu. Społeczeństwo przyjmujące taki system igrąłoby z anarchią. Zwolnienia związane z praktykowaniem religii mogą być ustanawiane legislacyjnie, ale nie są konstytucyjnie wymagane, a ich tworzeniem nie powinny zajmować się sądy²⁹.

Orzeczenie *Smith* z 1990 r. oznaczające, że tylko przepisy bezpośrednio wymierzone w praktykowanie religii i niemające neutralnego charakteru naruszałyby zdaniem sądu *Free Exercise Clause*, było początkiem serii epizodów ustrojowych. Żywe protesty przeciwko temu orzeczeniu postrzeganemu jako osłabienie ochrony osób religijnych doprowadziły do powstania niezwykle szerokiej koalicji politycznej – od fundamentalistów religijnych po zwolenników świeckości państwa – która wpłynęła na prawie jednogłośnie uchwalenie w Kongresie ustawy mającej cofnąć skutki orzeczenia *Smith* i zgodnie z nazwą przywrócić wolność religijną. Ustawa Religious Freedom Restoration Act popularnie zwana RFRA (potoczna wymowa to „ryfra”) nawiązywała w swych przepisach wprost do przywrócenia testu z orzeczeń *Sherbert* i *Yoder*, przewidując, że władze publiczne nie mogą znacząco ograniczać swobody praktykowania religii przez osoby, nawet w przepisach o ogólnym zastosowaniu, chyba że ograniczenie takie realizuje przemożny interes władz i jest najmniej uciążliwym środkiem realizacji tego interesu. W 1997 r. Sąd Najwyższy w kolejnym kontrowersyjnym orzeczeniu *Boerne v. Flores* zaakcentował własną nadrzędność interpretacyjną względem Konstytucji USA i uznał, że ustawa RFRA stanowiła przekroczenie uprawnień Kongresu, więc nie obowiązuje władz stanowych, a dotyczyć może jedynie prawa federalnego. Odpowiedzią Kongresu było uchwalenie w 2000 r., ponownie przy pomocy szerokiej koalicji, ustawy Religious Land Use and Institutionalized Per-

sons Act (RLUIPA, wymowa „ralupa”), która nakazywała stosowanie wymogów ustawy RFRA w dwóch obszarach prawa stanowego: użytkowania terenu oraz traktowania osób pozabiośszych wolności w instytucjach stanowych. Donioślejsze zdawać się mogło przyjęcie przez ponad dwadzieścia stanów własnych ustaw „mini-RFRA”, które w większości powielały rozwiązania z ustawy federalnej, wprowadzając ogólny wymóg przyznawania zwolnień religijnych, a w części innych stanów podobne do RFRA testy zostały wyinterpretowane przez sędziów z konstytucji stanowych³⁰. Jednakże na tle tych regulacji na poziomie stanowym dochodziło do niewielkiej liczby postępowań sądowych, a powodowie religijni zwykle przegrywali³¹.

W okresie tym jednak zasiano doktrynalne ziarno, które zakiełkowało, gdy przewagę liczebną w sądzie zyskali konserwatywni nominaci Partii Republikańskiej. W 1993 r. doszło do jednego z nielicznych w tym okresie zwycięstw powodów religijnych. W sprawie *Church of the Lukumi Babalu Aye, Inc. v. City of Hialeah* sąd uznał za niekonstytucyjne regulacje zakazujące składania rytualnych ofiar ze zwierząt, wydane w mieście Hialeah w reakcji na zamiar otwarcia tam kościoła przez wyznawców religii santeria. Podstawą orzeczenia była ocena, że zakaz prawny nie miał charakteru neutralnego, lecz wymierzony był bezpośrednio w wiernych, zwłaszcza że nie obejmował innych przypadków zabijania zwierząt, m.in. w celach konsumpcyjnych. Na tej podstawie stopniowo rozwijana zaczęła być doktryna „wyjątków świeckich” (*secular exemptions/exceptions*), zgodnie z którą klauzula swobodnego praktykowania religii nakazuje przyznawanie zwolnień religijnych, jeśli tylko kwestionowane

30 Zob. m.in. M.S. Lederman, *Reconstructing RFRA: The Contested Legacy of Religious Freedom Restoration*, „Yale Law Journal Forum” 2015–2016, t. 125, s. 416–441; M. Tushnet, *The Story of City of Boerne v. Flores: Federalism, Rights, and Judicial Supremacy*, w: *Constitutional Law Stories*, red. M.C. Dorf, New York 2004, s. 505–531; S. Kubas, *Kryterium zgodności i proporcjonalności (congruence and proportionality test) w ramach zmagania Sądu Najwyższego USA o supremację nad Kongresem*, w: *Ustroje, tradycje i porównania. Księga jubileuszowa dedykowana prof. dr. hab. Marianowi Grzybowskiemu w siedemdziesiątą rocznicę urodzin*, red. P. Mikuli, A. Kulig, J. Karp, G. Kuca, Warszawa 2015, s. 851–858.

31 H. Gillman, E. Chemerinsky, *The Religion Clauses...*, s. 119.

29 *Employment Division v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990).

przepisy powszechne zawierają jakiegokolwiek wyjątki czy też rozróżnienia świeckie. Ponieważ zaś prawie wszystkie regulacje prawne zawierają rozmaite wyjątki lub kategoryzacje, doktryna ta stosowana konsekwentnie prowadziła do obligatoryjnego przyznawania zwolnień religijnych od prawie wszystkich regulacji prawnych³². W ostatnich latach to podejście i szeroko potraktowane orzeczenie Lukumi stało się podstawą ważnych orzeczeń sądu korzystnych dla powodów religijnych. Wskazać tu należy zwłaszcza dwa orzeczenia pokazujące, jak praktykowanie religii przenika do obszarów dotyczących potencjalnie i faktycznie milionów współobywateli. W głośnej sprawie *Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission* z 2018 r. sąd uznał, że cukiernik, który z powodu nakazów chrześcijaństwa odmówił wykonania tortu weselnego dla pary homoseksualnej, nie może być pociągnięty do odpowiedzialności za naruszenie stanowych przepisów antydyskryminacyjnych. Natomiast w związku z pandemią wirusa COVID-19 w sprawie *Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo* z 2020 r. sąd uznał, że narusza swobodne praktykowanie religii wprowadzony przez gubernatora stanu Nowy Jork szeroki zakaz podejmowania aktywności zbiorowych (*lockdown*), w zakresie, w jakim radykalnie ograniczał liczbę osób mogących uczestniczyć w obrzędach religijnych.

Zmieniające się podejście sądu do rozumienia klauzuli swobodnego praktykowania religii spowodowało, że niecierpliwie oczekiwano orzeczenia w sprawie *Fulton v. City of Philadelphia* wydanego przez sąd w czerwcu 2021 r.³³ Spór w warstwie faktycznej dotyczył odmowy władz miejskich Filadelfii dalszego finansowania katolickiego ośrodka zajmującego się m.in. umieszczeniem dzieci w rodzinach zastępczych, który z powodów religijnych odmawiał nadawania statusu rodziców zastępczych małżeństwom jedнопłciowym. W warstwie doktrynalnej sprawa ta, zgodnie ze stanowiskiem prawników ośrodka, który przegrał w sądzie apelacyjnym, dotyczyła zasadności pozbawienia mocy orzeczenia *Smith* z 1990 r., przychylnego dla wiernych odczytania *Free Exercise Clause* i uznania konstytucyjności zwolnień religijnych. Wszyscy orzekający sędzio-

wie uznali, że władze miejskie naruszyły swobodę praktykowania religii przez katolicki ośrodek, ale w zręcznej opinii większości sześciorga sędziów autorstwa prezesa Roberta, skrywającej głębokie podziały wśród sędziów, uchylono się od jednoznacznego ustalenia statusu orzeczenia *Smith*, czego jednoznacznie domagało się w odrębnej opinii trzech sędziów³⁴. Ogólny wydzźwięk tego orzeczenia był taki, że w zakresie doktrynalnym sąd przeprowadził wewnętrzne seminarium (opinia główna i trzy odrębne opinie wspierające rozstrzygnięcie, ale oparte na odmiennym rozumieniu prawa, kilkakrotnie dłuższe od krótkiej opinii głównej), w którym przeważyli zwolennicy formalnego utrzymania orzeczenia *Smith*, wbrew argumentom sędziego Alito na korzyść dosłownego odczytania klauzuli swobodnego praktykowania religii. Natomiast w wymiarze symbolicznym i praktycznym sąd po raz kolejny uznał raczej wiernych sprzeciwiających się zmieniającym się normom prawnym i moralnym (w tym wypadku w zakresie równości małżeńskiej). Słusznie jednak komentujący tę sprawę Krzysztof Motyka wskazał, że orzeczenie *Fulton* było tylko umiarkowanym zwycięstwem zwolenników wolności religijnej, a już kilka tygodni później sąd odmówił rozpatrzenia odwołania od wyroku sądu stanowego w podobnym do sprawy cukiernika postępowaniu, w którym ukarano grzywną florystkę, Barronelle Stutzman, za motywowaną religijnie odmowę przyjęcia zlecenia w związku z weselem pary homoseksualnej³⁵.

3.4. Rozszerzenie zwolnień religijnych na sferę komercyjną

Bardzo doniosłe konsekwencje mogłaby mieć również kolejna innowacja wprowadzona przez sąd, a zrywająca z rozstrzygnięciem dokonany w 1982 r. w sprawie *United States v. Lee*, w której amisz nie

32 Zob. C.A. Devine, *A Critique of the Secular Exceptions...*, s. 1348–1390.

33 *Fulton v. City of Philadelphia*, 593 U.S. (2021).

34 Zob. m.in. I.C. Lupu, R.W. Tuttle, *The Radical Uncertainty of Free Exercise Principles: A Comment on Fulton v. City of Philadelphia*, „American Constitution Society Supreme Court Review” 2020–2021, s. 221–256.

35 K. Motyka, *O nowej teorii prawa naturalnego, małżeństwie i wolności religii. W związku z książką Sherifa Girgisa, Ryana Thomasa Andersona i Roberta Petera George’a Czym jest małżeństwo?*, „Studia z prawa wyznaniowego” 2021, nr 24, s. 54–55.

odprowadzał podatków za swych pracowników, aby dochować wierności nakazom swej religii. Federalna ustawa podatkowa dopuszczała zwolnienie religijne, ale dla osób samozatrudnionych. Wówczas sąd uznał, że podatki obciążające osoby religijne są zgodne z konstytucją, jasno tłumacząc, że trudne byłoby dostosowanie systemu ubezpieczeń społecznych do niezliczonych wyjątków wynikających z rozmaitych wierzeń religijnych, i stwierdzając: „Kiedy członkowie określonego

religijnych z Pierwszej Poprawki, a jedynie na ustawie RFRA, lecz dokonana w tym orzeczeniu po raz pierwszy, jak stwierdza James M. Oleske, Jr., fundamentalna rekonceptualizacja wolności religijnej rozszerzająca ją całkowicie na obszar komercyjnej działalności dla zysku prowadzi do nieuniknionych konfliktów w sferze gospodarczej dotyczących praw osób trzecich, w tym klientów i pracowników³⁸. Orzeczenie *Hobby Lobby* wywołało więc nerwowe reakcje po obu stronach sporu,



Konsekwentne rozszerzenie swobody praktykowania religii na sferę komercyjną radykalnie pogłębiałoby konfuzję co do możliwości funkcjonowania w tej sferze osób nieprzestrzegających nakazów religii usługodawcy, z którym mniej lub bardziej przypadkowo się stykają.

wyznania zajmują się z własnego wyboru działalnością komercyjną, ograniczenia swego postępowania, jakie przyjmują ze względu na sumienie lub wiarę, nie mogą być przedkładane nad ustawowe rozwiązania wiążące innych zajmujących się taką działalnością³⁶. Jednakże w 2014 r. sąd, w całkowicie zmienionym składzie, w sprawie *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.* rozciągnął swobodę praktykowania religii na prywatne przedsiębiorstwo, uznając, że korporacja, do której należy sieć sklepów, winna być zwolniona z ustawowego obowiązku zapewniania środków antykoncepcyjnych w ramach ubezpieczenia zdrowotnego pracowników, skoro godzi to w przekonania religijne rodziny właścicieli³⁷. Formalnie sąd nie oparł swego orzeczenia na klauzulach

zarówno co do obaw o bezprecedensowe rozszerzenie zakresu zwolnień religijnych, jak i co do groźby eskalacji konfliktu między gorliwymi wiernymi walczącymi z grzechem a egalitarnymi przeciwnikami bigoterii³⁹.

Olbrzymie kontrowersje, jakie wywołało to orzeczenie, wynikały zasadniczo z podważenia w ciągu zaledwie kilku lat obowiązującego uprzednio w społeczeństwie amerykańskim konsensu co do zasadności uwzględniania w jakimś wymiarze potrzeb osób religijnych w przestrzeni publicznej, a wręcz zakwestionowania przekonania, że religia jest czymś dobrym⁴⁰.

prawa amerykańskiego i polskiego, red. M. Jabłoński, Wrocław 2016, s. 273–288.

36 *United States v. Lee*, 455 U.S. 252 (1982).

37 Zob. m.in. I.C. Lupu, *Hobby Lobby and the Dubious Enterprise...*; P. Bury, *Czy korporacje mogą praktykować religię? Sprawa Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, w: *Identyfikacja granic wolności i praw jednostki. Prawnoporównawcza analiza tożsamesgo przypadku pod kątem praktyki stosowania*

38 J.M. Oleske, Jr., *The Evolution of Accommodation: Comparing the Unequal Treatment of Religious Objections to Interracial and Same-Sex Marriages*, „Harvard Civil Rights–Civil Liberties Law Review” 2015, t. 50, nr 1, s. 103–104.

39 J.N. Rakove, *Beyond Belief, Beyond Conscience...*, s. 176.

40 Zob. P. Horwitz, *The Hobby Lobby Moment*, „Harvard Law Review” 2014, t. 128, nr 1, s. 154–189.

Konsekwentne rozszerzenie swobody praktykowania religii na sferę komercyjną radykalnie pogłębiałoby konfuzję co do możliwości funkcjonowania w tej sferze osób nieprzestrzegających nakazów religii usługodawcy, z którym mniej lub bardziej przypadkowo się stykają. Bruce Ledewitz adekwatnie odnosił się do przykładów odmowy wynajmowania mieszkań parom homoseksualnym czy też masowych odmów przewozu z lotniska przez muzułmańskich taksówkarzy „niemoralnych” pasażerów, co obejmowało też sprzeciw wobec przewożenia psów, w tym psów asystujących osobom niewidomym. Autor ten stwierdził, że nie może uwierzyć, że będziemy żyć w świecie, w którym musiałby okazywać akt małżeństwa przed wynajęciem wraz żoną pokoju w hotelu sieci Marriott, której prezes jest mormonem⁴¹. Jak nietrudno się domyślić, z perspektywy uczestniczących w tych sporach osób religijnych, w szczególności aktywistów tzw. chrześcijańskiej prawicy, odmowa respektowania ich swobody religijnej w sferze komercyjnej to przymuszanie przez państwo do życia w grzechu, a także nadawanie wolności seksualnej, której często dotyczą aktualne kontrowersje, prymatu nad wolnością religijną. Na marginesie warto wspomnieć o głośnym konflikcie na tym tle, który rozgorzał w mieście Houston w 2014 r., kiedy rada miejska uchwaliła obszerne zarządzenie antydyskryminacyjne. W kręgach konserwatywnych wiernych zwalczających to, co postrzegali jako „kryminalizację chrześcijaństwa”, zaczęto zbierać podpisy pod wnioskiem o referendum w tej sprawie. Prawnicy władz miasta uznali, że z powodu tysięcy nieważnych podpisów wniosek nie został poparty przez wymaganą liczbę osób. Wnioskodawcy zaskarżyli to rozstrzygnięcie do sądu, a wówczas władze miasta wezwały do włączenia do akt postępowania dowodowe treści kazań pastorów, którzy pomagali zbierać podpisy. Sprawa stała się głośna na cały kraj, a dla chrześcijańskich aktywistów była kolejnym dowodem na opresję ze strony państwa⁴².

4. Zwolnienia religijne w sferze ochrony zdrowia: pandemia COVID-19 i zmiana treści Pierwszej Poprawki w wyniku śmierci sędzi Ruth Bader Ginsburg

W sprawie *Hobby Lobby* występował także inny kontrowersyjny aspekt przyznawania zwolnień religijnych, który w zasadzie powinien mieć podstawowe znaczenie, a jednocześnie w praktyce jest bardzo trudny do rzetelnej realizacji w sądach. Jest nim ocena szczerości przekonań religijnych mających uzasadniać zwolnienie z prawa powszechnego. Przedsiębiorstwo *Hobby Lobby* inwestowało składki emerytalne swych pracowników w fundusze, które finansowały m.in. produkcję środków antykoncepcyjnych, a także opłacało swym pracownikom ubezpieczenie obejmujące antykoncepcję, dopóki do złożenia pozwu nie zachęciła właścicieli kancelaria prawnicza Becket angażująca się w sprawy wolności religijnej. Sąd nie badał jednak tych okoliczności, polegając na deklaracjach strony⁴³. Problem oceny szczerości przekonań religijnych, który faktycznie wymagałby od sędziów prowadzenia rozważań teologicznych lub wchodzenia w rolę policji sumienia, występuje zwłaszcza w obszarze rozczeń o zwolnienia religijne od obowiązkowych szczepień. Jak to obszernie analizuje Dorit Rubinstein Reiss zazwyczaj rodzice nieszczerze powołują się na przekonania religijne, ubiegając się o zwolnienie z obowiązku szczepienia dzieci. Główne religie nie sprzeciwiają się szczepieniom, prawdziwa motywacja rodziców wynika zaś z nieufności wobec władz i obaw co do bezpieczeństwa szczepień⁴⁴.

Trzeba tu bowiem wspomnieć, że zwolnienia religijne są szeroko gwarantowane w sferze ochrony zdrowia, wywołując znaczące negatywne skutki zarówno dla całego systemu opieki zdrowotnej w wymiarze finansowym, jak i dla zdrowia osób trzecich, co obejmuje dzieci osób korzystających ze zwolnień i osoby narażone na kontakty z korzystającymi ze zwolnień.

41 B. Ledewitz, *Experimenting with Religious Liberty...*, s. 104.

42 S. Posner, *Unholy. How White Christian Nationalists Powered the Trump Presidency, and the Devastating Legacy They Left Behind*, New York 2021, s. 165–166.

43 K. Loewentheil, E.R. Platt, *In Defense of the Sincerity Test*, w: *Religious Exemptions*, red. K. Vallier, M. Weber, New York 2018, s. 261–262.

44 Zob. D.R. Reiss, *Thou Shalt Not Take the Name of the Lord Thy God in Vain: Use and Abuse of Religious Exemptions from School Immunization Requirements*, „Hastings Law Journal” 2014, t. 65, nr 6, s. 1569–1589.

Zasadniczy wpływ na obecny stan miała decyzja federalnego departamentu zdrowia z lat 70., podjęta po uchwaleniu przez Kongres ustawy mającej przeciwdziałać zaniedbywaniu dzieci przez opiekunów, aby wymagać wprowadzenia zwolnień religijnych zwalniających opiekunów z odpowiedzialności prawnej od stanów korzystających z federalnego finansowania dla stanowych programów ochrony dzieci. Decyzja ta została później cofnięta, ale w większości stanów utrzymano wprowadzone na jej podstawie przepisy⁴⁵. W 2009 r. w większości stanów obowiązywały regulacje zapewniające zwolnienia religijne od przepisów obciążających odpowiedzialnością prawną opiekunów za zaniedbanie opieki nad dziećmi, a to zachęcało zwłaszcza wiernych Stowarzyszenia Chrześcijańskiej Nauki do „leczenia” swych chorych dzieci wyłącznie modlitwą, co w skrajnych wypadkach kończy się śmiercią tychże dzieci⁴⁶. W 1973 r. wprowadzono dzięki niemal jednogłośnie poparci w Kongresie pierwszą federalną klauzulę sumienia pozwalającą personelowi medycznemu i szpitalom finansowanym federalnie na odmowę z powodów religijnych lub moralnych wykonywania zabiegów aborcji i sterylizacji. Już rok później podobne klauzule obowiązywały także w 28 stanach⁴⁷. Za prezydentury Donalda Trumpa w części stanów zaczęto poszerzać zakres klauzul sumienia, co pozwala lekarzom i szpitalom na odmowę udzielania świadczeń zdrowotnych pacjentom transseksualnym⁴⁸. Najpowszechniejszy charakter mają zaś zwolnienia religijne z obowiązków szczepień. W 2020 r. tylko pięć stanów nie zezwalało na korzystanie ze zwolnień religijnych ze szczepień warunkują-

cych przyjęcie dziecka do szkoły⁴⁹. Zmniejszająca się liczba szczepień doprowadziła w ostatniej dekadzie do wybuchów epidemii chorób, które wydawały się już wyeliminowane, m.in. świnki⁵⁰.

W świetle narastającej przychylności Sądu Najwyższego do przyznawania zwolnień religijnych, które w sferze zdrowotnej są silnie zakorzenione w prawie amerykańskim, nieuchronne było nasilenie roszczeń o zwolnienia w okresie znacznego rygorystycznego wprowadzania od marca 2020 r. w następstwie pandemii koronawirusa COVID-19. Wówczas objawiła się całą mocą kluczowa cecha sędziowskiej kontroli prawa. Początkowo, do lata 2020 r., roszczenia takie były odrzucane przez sąd w rozstrzygnięciach podejmowanych większością pięciu głosów do czterech przeciwnych. Obowiązująca wówczas Pierwsza Poprawka nie stanowiła podstawy do zwalniania wspólnot religijnych i wiernych z ogólnych, surowych reguł radykalnie ograniczających interakcje społeczne⁵¹. Jednakże niedługo później treść Pierwszej Poprawki zmieniło jedno konkretne wydarzenie. 18 września 2020 r. zmarła sędzia Ruth Bader Ginsburg, zapewniająca jeden z owych pięciu głosów na rzecz ograniczonego odczytania klauzul religijnych z Pierwszej Poprawki. Gdy zastąpiła ją sędzia Amy Coney Barrett, gorliwa orędowniczka sfery *sacrum*, doszło do wolty orzeczniczej, czwórka przegłosowywanych uprzednio sędziów stała się grupą większościową po dołączeniu głosu sędzi Barrett, a sąd we wspomnianym

45 W. Dennen, *Religious Exemptions and Medicine: Understanding the Impact on Patients and Health Care Costs*, „Rutgers Journal of Law & Religion” 2020, t. 21, nr 2, s. 296–297.

46 A. Dose, *Government Endorsement of Living on a Prayer. Religious Exemptions from the Duty to Provide Medical Treatment for Children*, „Journal of Legal Medicine” 2009, t. 30, nr 4, s. 517–518.

47 S. Dubow, *A Constitutional Right Rendered Utterly Meaningless: Religious Exemptions and Reproductive Politics, 1973–2014*, „Journal of Policy History” 2015, t. 27, nr 1, s. 1.

48 E. Ju, *Unclear Conscience. How Catholic Hospitals and Doctors are Claiming Conscientious Objections to Deny Healthcare to Transgender Patients*, „University of Illinois Law Review” 2020, nr 4, s. 1289–1325.

49 R. Boylan, *Thou Shalt Vaccinate Thy Children: New York’s Attempt to Curb Abuse of Religious Exemptions*, „Hofstra Law Review” 2020, t. 49 nr 1, s. 242.

50 K. Randall, *Kansas, Please Protect Our Children: Why Kansas Should Remove the Religious Exemption for Mandatory School Vaccinations*, „University of Kansas Law Review” 2015–2016, t. 64, s. 1218.

51 Zob. m.in. D.R. Swenson, *United States Supreme Court Approach to First Amendment Freedom of Religion in Response to the COVID Pandemic*, „Review of European and Comparative Law” 2021, t. 66, nr 3, s. 237–261; D.R. Reiss, *Vaccine Nation and Religion: Where are We Headed with the Current Supreme Court?*, „Journal of Law, Medicine & Ethics” 2021, t. 49, nr 4, s. 555; G. Maroń, *Ograniczanie wolności religijnej w pierwszym okresie pandemii COVID-19 w świetle orzecznictwa amerykańskich sądów*, „Studia z Prawa Wyznaniowego” 2020, nr 23, s. 123–150.

rozstrzygnięciu *Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo* z listopada 2020 r. zawiesił ograniczenia pandemiczne wprowadzone w stanie Nowy Jork w zakresie dotyczącym udziału wiernych w obrzędach religijnych, uznając, że rozszczenia wiernych oparte na Pierwszej Poprawce są uzasadnione, odmowa zawieszenia ograniczeń wywołałaby dla nich niepowetowane szkody, a zawieszenie ograniczeń nie zagraża interesowi publicznemu. Jako ciekawostkę dodam, że waga głosu w kontrowersjach konstytucyjnych sędzi Ruth Bader Ginsburg, mającej w liberalnych kręgach status bliski gwiazdzie rocka i familiarnie nazywanej „RBG”, była tak oczywista dla wszystkich zainteresowanych, że organizacja promująca noszenie maseczek latem 2020 r. wystawiła w dzielnicy Waszyngtonu tabliczki ze zdjęciem Ginsburg i napisem: „RBG pracuje niecałe pięć mil stąd. Jeśli nie chcesz nosić maseczki, by chronić swych przyjaciół i rodzinę, noś ją, by chronić RBG”⁵².

limit do 25% miejsc w budynku lub maksymalnie stu uczestników. Ograniczenia te uznane zostały za zgodne z *Free Exercise Clause*, pomimo tego, że nie obejmowały m.in. banków czy sklepów spożywczych, ponieważ uznano to za odmienną działalność, w której nie dochodzi do przedłużonego przebywania uczestników w bliskiej odległości. Ponadto, jak wyjaśnił w swej opinii prezes sądu John Roberts, troskę o bezpieczeństwo i zdrowie ludzi powierza Konstytucja władzom politycznym i zasadniczo nie powinno to być kwestionowane przez niewyłanianych w wyborach sędziów federalnych, którzy nie mają kompetencji do oceny kwestii zdrowotnych⁵³. Po kilku miesiącach – i po powołaniu sędzi Barrett na miejsce sędzi Ginsburg – prawnicy kościołów z Kalifornii powrócili do sądu z kolejnym wnioskiem o zawieszenie restrykcji stanowych. W łonie nowej konserwatywnej większości w sądzie nie było pełnej zgody co do wszystkich



Treść Pierwszej Poprawki zmieniło jedno konkretne wydarzenie. Dnia 18 września 2020 roku zmarła sędzia Ruth Bader Ginsburg, zapewniająca jeden z owych pięciu głosów na rzecz ograniczonego odczytania klauzul religijnych z Pierwszej Poprawki.

Wpływ głosu sędzi Ginsburg był doskonale widoczny, gdy porówna się dwie sprawy ze stanu Kalifornia o bardzo podobnej nazwie. W maju 2020 r. w sprawie *South Bay United Pentecostal Church v. Newsom* (nazwa dla czytelności uzupełniana jest rzymską jedynką) większość sędziów z udziałem Ruth Bader Ginsburg przegłosowała czterech oponentów i odmówiła zawieszenia obowiązywania zarządzenia gubernatora stanu Kalifornia, które ograniczało zgromadzenia publiczne, w odniesieniu do obiektów religijnych wyznaczają

kwestii, wewnątrz sądu nabrzmiewały konflikty personalne, prezes Roberts nie chciał też jasno przyznać, że dochodzi do zwrotu doktrynalnego⁵⁴, więc rozstrzygnięcie z lutego 2021 r. w sprawie *South Bay United Pentecostal Church II* było tylko częściowym zwycięstwem strony kościelnej. Jednakże w kluczowej kwestii sąd uznał, że niedopuszczalne jest egzekwowanie surowego stanowego zakazu odprawiania nabożeństw w budynkach w wyznaczonych strefach, które obejmowały w praktyce większość stanu. Odrzucono

52 L. Greenhouse, *Justice on the Brink. The Death of Ruth Bader Ginsburg, the Rise of Amy Coney Barrett, and Twelve Months That Transformed the Supreme Court*, New York 2021, s. 37.

53 *South Bay United Pentecostal Church v. Newsom*, 590 U.S. (2020).

54 Zob. L. Greenhouse, *Justice on the Brink...*, s. 35–36, 141–143.

tym samym argumenty władz stanowych, iż specyfika zgrupowań religijnych uzasadnia tak daleko idące ich ograniczenie⁵⁵. Nowo uformowana większość w sądzie kilka miesięcy później zawiesiła obowiązywanie kolejnej regulacji sanitarnej ze stanu Kalifornia, w rozstrzygnięciu *Tandon v. Newsom* z kwietnia 2021. Tym razem chodziło o ogólny zakaz spotkań domowych przekraczających trzy grupy domowników, który dotyczył także domowych spotkań religijnych i na tej podstawie został uznany za naruszający klauzulę swobodnego praktykowania religii, zwłaszcza że większość sędziów, stosując doktrynę wyjątków świeckich, uznała za niedopuszczalne nakładanie ograniczeń na spotkania religijne w sytuacji, gdy zakaz nie dotyczył pewnych aktywności świeckich, m.in. działalności salonów fryzjerskich czy kin. Przedstawiciele władz stanu bezskutecznie argumentowali, że różnicowanie to nie wynikało z chęci pogńębienia wiernych, lecz z odmiennych warunków sanitarnych w różnych miejscach, m.in. dostępności klimatyzacji i większego dystansu między użytkownikami nieobjętych zakazem placówek komercyjnych, w których nie śpiewa się zbiorowo i nie podejmuje podobnych aktywności charakterystycznych dla spotkań religijnych.

Analizująca te i podobne rozstrzygnięcia z ostatniego okresu Wendy E. Parmet słusznie zwraca uwagę na to, że nowe podejście sądu w napiętej od dawna relacji między wolnością religijną a zdrowiem publicznym podważa zdolność władz stanowych do ochrony populacji przed pandemią obecną i przyszłymi. Podejście to cechuje odstępianie od utrwalonego wcześniej poszanowania dla decyzji władz stanowych dotyczących ochrony zdrowia, a nawet odstępianie od ustaleń faktycznych opartych na wiedzy medycznej. Sąd Najwyższy zaczął po prostu ignorować aspekty medyczne. Ponadto sędziowie z najwyższą nieufnością odnoszą się do różnicowań i skłonni są za niekonstytucyjne traktować ograniczenia wolności religijnej, jeśli nie są nimi objęte pewne aktywności świeckie, np. opieka zdrowotna, gastronomia czy opieka przedszkolna. Problem pogłębia okoliczność, że zmniejszona tolerancja aktualnej konserwatywnej grupy większościowej sędziów dla regulacji prawnych doty-

czących religii nie ogranicza się do przepisów wprost godzących w praktyki religijne, ale obejmuje także szersze zakazy, które w sposób poboczny wpływają na możliwość praktykowania religii (w stanie Nowy Jork i stanie Kalifornia władze nie zakazały modlitw ani nie podważyły dogmatów wiary, lecz znacząco ograniczyły możliwość uczestnictwa w zbiorowych przeżyciach religijnych)⁵⁶. W ten sposób potencjalnie wszystkie przepisy zawierające różnicowanie, a więc praktycznie wszystkie regulacje prawne, mogą być podważone na podstawie wolności religijnej, ale jak wspomniałem, ta tendencja doktrynalna i orzecznicza pojawiła się jeszcze przed pandemią koronawirusa COVID-19, a jej konsekwentne stosowanie prowadzi powinno na przykład do zniesienia obowiązku szczepień. Dla kontrastu warto przywołać argumentację Grzegorza Maronia, który w swym szczegółowym opracowaniu zwraca m.in. uwagę na to, że źródłem rozbieżności w sprawach pandemicznych jest odmienne postrzeganie wagi religii w życiu jednostek i społeczeństw, w szczególności to, czy należy uznawać zbiorowe praktyki religijne za kwestię pierwszej potrzeby. Autor ten podkreśla też interesującą kwestię, że zdecydowana większość pozwów wnoszona była przez kościoły protestanckie, a nie przez Kościół katolicki, hierarchowie katolicycy w pierwszym okresie pandemii zaniechali dochodzenia poszanowania wolności religijnej na drodze sądowej, a ta koncyliacyjna postawa odbierana była przez władze stanowe jako przyzwolenie na dalsze stosowanie represyjnych przepisów, bez należytej oceny ich adekwatności do zmieniającej się sytuacji pandemicznej⁵⁷. W zbliżony sposób analizuje aktualne rozstrzygnięcia w sprawie zamykania kościołów Mark Storslee, który przedstawia stanowczą tezę. Jeśli w świetle orzeczenia Smith z 1990 r. (zasadnicza odmowa przyznawania zwolnień religijnych na tle sporu o pejotl) konstytucyjna klauzula swobodnego praktykowania religii ma cokolwiek oznaczać, to przynajmniej musi oznaczać tyle, że w przypadku tworzenia przez władze odstępstw dla działalności uznawanej za konieczną, niezbędną

55 *South Bay United Pentecostal Church v. Newsom*, 592 U.S. (2021).

56 Zob. W.E. Parmet, *From the Shadows: The Public Health Implications of the Supreme Court's COVID-Free Exercise Cases*, „Journal of Law, Medicine & Ethics” 2021, t. 49, nr 4, s. 564–576.

57 G. Maroń, *Ograniczanie wolności religijnej...*, s. 145–147.

czy kluczową (co typowo obejmuje m.in. produkcję i sprzedaż żywności), religia i jej praktykowanie musi być uznana za taką konieczną działalność, chyba że wykazane zostanie przemożne uzasadnienie dla tezy przeciwnej⁵⁸. Zaznaczam, że wobec nieustalonego znaczenia konstytucyjnej klauzuli praktykowania religii nie istnieje wzorzec, według którego można by ocenić te kontrastujące tezy krytyczne.

5. Uwagi końcowe

Zwolnienia religijne od powszechnie obowiązujących regulacji rodzą rozliczne problemy dotyczące natury państwa i prawa, są więc przedmiotem wielopłaszczyznowych refleksji w doktrynie prawnej. W niniejszym opracowaniu skupiłem się na podstawowej warstwie normatywnej rozbieżnie ustalanej w orzeczeniach. Podstawowa konkluzja jest taka, że deklaracje na temat konstytucyjnego statusu zwolnień religijnych są całkowicie zależne od rozkładu głosowań w gronie dziewięciorga sędziów Sądu Najwyższego, co było doskonale widoczne w następstwie śmierci sędzi Ginsburg i włączenia do głosowań sędzi Barrett.

Rozstrzygnięcia były różne, ale metoda była podobna. Sędziowie po prostu posługiwali się intuicją i swobodnie wazyli konkurujące interesy, a spory w łonie zbiorowych składów orzekających odzwierciedlały poglądy polityczne sędziów⁵⁹. Oceniając to obiektywnie, można stwierdzić, że gdy chodziło o podejmowane pod presją czasu decyzje dotyczące życia i śmierci, rozbudowane prawne koncepcje doktrynalne schodziły zupełnie na dalszy plan, a sędziowie szukali po prostu rozwiązań, które w ich mniemaniu były słuszne, co oznaczało także zgodność z przekonaniami i nastrojami dominujących grup społecznych, które sędziowie nieodmiennie reprezentują. Ta lekcja płynie także z całego, ponad stuletniego dorobku orzeczniczego amerykańskiego Sądu Najwyższego w sprawie zwolnień religijnych. Bez większej obawy wyrażę przypuszczenie, że gdyby mormonizm w XIX w. stał się dominującą religią Amerykanów, to obsadzony przez mormonów sąd w 1879 r. uznałby, że motywowana religijnie poligamia jest wyrazem klauzuli swobodnego praktykowania religii. Ponieważ zaś obecnie poligamia jest uważana za praktykę niemoralną przez zdecydowaną większość Amerykanów i jest to jeden z nielicznych już poglądów,



W okresie pandemii deklarowane uprzednio zasady doktrynalne, rozmaite testy, progi i kryteria okazały się mało istotne. Rozstrzygnięcia były różne, ale metoda podobna. Sędziowie po prostu posługiwali się intuicją i swobodnie wazyli konkurujące interesy.

Jak to zauważono po porównawczej analizie rozstrzygnięć sądowych w różnych państwach świata dotyczących ograniczeń praktyk religijnych w okresie pandemii deklarowane uprzednio zasady doktrynalne, rozmaite testy, progi i kryteria okazały się mało istotne.

który nie został podważony przez rewolucję obyczajową, to niezależnie od utrzymywania, iż niedopuszczalne są regulacje prawne wymierzone w wiernych konkretnej religii, próżno oczekiwać od sądu aprobaty dla wielożenstwa pobożnych mormonów.

58 M. Storslee, *The COVID-19 Church-Closure Cases and the Free Exercise of Religion*, „Journal of Law and Religion” 2022, t. 37, nr 1, s. 75.

59 Zob. obszernie M.L. Movsesian, *Law, Religion, and the COVID-19 Crisis*, „Journal of Law and Religion” 2022, t. 37, nr 1, s. 9–24.

Autorzy kompleksowego opracowania na temat wolności religijnej wydanego w 2014 r. mogli trafnie utrzymywać, że orzecznictwo sądu dotyczące klauzuli swobodnego praktykowania religii rozwijane było w ramach rozsądnie spójnej drogi, z wyjątkiem ćwierćwiecza (lat 1963–1990), kiedy sąd zбочzył z trasy, flirtował z modelem zwolnień religijnych i najpierw złożył obietnicę odnoszących się do religii konstytucyjnie nakazanych zwolnień z powszechnych obowiązków prawnych, po czym tę kłopotliwą obietnicę złamał⁶⁰. Zaledwie kilka lat później należałoby tę historię opisywać zupełnie inaczej. Z perspektywy obecnej większości sędziów od 1963 r. wykrystalizowało się w sądzie dojrzałe i prawidłowe rozumienie *Free Exercise Clause* nakazującej przyznawanie zwolnień religijnych. Nie było ono co prawda w pełni stosowane przez wszystkie sądy, a sam Sąd Najwyższy zбочzył z trasy w 1990 r., jednakże po niedługim okresie błędnych orzeczeń, kiedy ciężar ochrony wolności religijnej wzięły na siebie władze polityczne, uchwalające ustawy o ochronie tej wolności, w 2014 r. sąd powrócił na dobrą drogę, czego dobitnym wyrazem stały się orzeczenia chroniące praktyki religijne w trudnym okresie pandemii. Jak to określiła Weronika Kudła, ekspansja orzecznicza sędziów Sądu Najwyższego podyktowana wciąż zmieniającymi się warunkami społeczno-politycznymi spowodowała, że przypominają oni nawigatorów statków przepływających przez znacznie zwężony kanał wodny pomiędzy Scyllą wrogości wobec religii a Charybdą neutralności⁶¹. Obecnie uformowana większość w sądzie w zakresie obu klauzul religijnych zdecydowanie wytyczyła kurs w kierunku przychylności władz państwowych dla religii. W tym sensie dostrzegać można na poziomie doktrynalnym powrót do idei *accommodation*, wymogu dostosowywania się przez władze do szczególnych potrzeb osób religijnych, jednak w odmiennych warunkach niż kilka dekad wcześniej, choćby z tego powodu, że owo dostosowywanie się nie dotyczy niewielkich grup wyznaniowych, lecz wielomilionowych rzesz wiernych dominujących wyznań. Wobec rozległości obecnych sporów dotyczących podsta-

wowych wartości i natężenia wywoływanych przez nie emocji społecznych bliska jest mi teza wyrażona przez Marka Tushneta, że idea dostosowywania prawa do religii przestała pełnić rolę użytecznego konceptu pozwalającego na kompromisowe rozwiązywanie problemów prawnych w obliczu braku adekwatnego rozwiązania tych kwestii na wyższym poziomie kultury politycznej narodu⁶².

Na podstawie dotychczasowej amerykańskiej praktyki konstytucyjnej mogę także wyrazić opinię, że doniosłość opisywanych tu doktrynalnych i orzecznicznych zakosów była dotąd umiarkowana. Nawet w okresie, w którym sąd deklarował obowiązkowe przyznawanie zwolnień religijnych, faktyczne realizowanie tej obietnicy było wysoce ograniczone, zarówno przez sąd, jak i przez rozpatrujące zdecydowaną większość sporów sądy niższych instancji. Według badań Jamesa E. Ryana w latach 1980–1990 federalne sądy apelacyjne uznały roszczenie oparte na klauzuli swobodnego praktykowania religii w przypadku dwunastu na dziewięćdziesiąt siedem pozwów⁶³. Adam Winkler zbadał orzecznictwo federalne wszystkich szczebli z lat 1990–2003 w sprawach, w których stosowano test ścisłej kontroli, odkrywając, że sądy federalne w 74% spraw wnoszonych na podstawie ustaw RFRA i RLUIPA podtrzymywały decyzje o odmowie przyznania zwolnień religijnych⁶⁴. Natomiast Ira C. Lupu, oceniając kilka lat pełnego obowiązywania ustawy RFRA (przypomnę, że ustawa ta miała przywrócić korzystny dla powodów religijnych test z orzeczeń *Sherbert* i *Yoder*, ale w 1997 r. Sąd Najwyższy uznał za niekonstytucyjne jej obowiązywanie na poziomie stanów), stwierdził, że jej krótki żywot przyniósł wiele pracy prawnikom i sędziom, ale bez korzyści dla religii. Sędziowie bez trudu, przy użyciu różnorodnych posunięć interpretacyjnych, odrzucali pozwy oparte na RFRA, uznając,

60 I.C. Lupu, R.W. Tuttle, *Secular Government, Religious People*, Grand Rapids 2014, s. 189–190.

61 W. Kudła, *Wrogość wobec religii...*, s. 326.

62 Zob. obszernie M. Tushnet, *Accommodation of Religion Thirty Years On*, „Harvard Journal of Law & Gender” 2015, t. 38, nr 1, s. 1–33.

63 J.E. Ryan, *Smith and the Religious Freedom Restoration Act: An Iconoclastic Assessment*, „Virginia Law Review” 1992, t. 78, nr 6, s. 1416–1417.

64 A. Winkler, *Fatal in Theory and Strict in Fact: An Empirical Analysis of Strict Scrutiny in the Federal Courts*, „Vanderbilt Law Review” 2006, t. 59, nr 3, s. 861.

że nie doszło do nadmiernego obciążenia swobody praktykowania religii⁶⁵.

Dwa czynniki mogą spowodować, że przychylny zwolnieniom religijnym doktrynalny zwrot z ostatnich lat może zostać ponownie odwołany przez sąd lub zneutralizowany przez sądy niższych instancji. Nagłaśniane niedawne zwycięstwa powodów religijnych dotyczą głównie roszczeń ze strony chrześcijan, co związane jest z tym, że kluczową grupą wyborców Partii Republikańskiej stali się biali, konserwatywni chrześcijanie, a pochodną tego jest staranne selekcjonowanie kandydatów na sędziów federalnych przez prezydentów z tej partii spośród osób, których światopogląd zbieżny jest z deklarowanymi wartościami konserwatywnych, religijnych wyborców.

występowania wyjątków świeckich), wydawane były w przyspieszonych, niejawnych postępowaniach (tzw. *shadow docket*). Wstępne dane sugerują, że tylko dla części sędziów niższych instancji rozstrzygnięcie Tandon stanowiło zasadniczą zmianę prawa, natomiast w innych składkach orzekających minimalizowano wpływ tego rozstrzygnięcia czy wręcz ignorowano je⁶⁶.

Przedstawienie ambiwalentnego dorobku Sądu Najwyższego w sprawie zwolnień religijnych zakończyć dwiema stosownie przeciwstawnymi uwagami. Z jednej strony instytucja takich zwolnień niepokoi nie tylko komentatorów o liberalnym światopoglądzie, sceptycznych wobec obecności religii w życiu publicznym. Autorem słów o „igraniu z anarchią” z orzeczenia *Smith* z 1990 r. był sędzia Antonin Scalia, który znany był



Poszerzanie pola konfrontacji sfery świeckiej i religijnej przez przenoszenie na ogół obywateli, w tym statystycznie często obywateli innego wyznania lub niereligijnych, kategorii grzechu właściwej dla danej religii stanowi narastające wyzwanie ustrojowe.

Gdy inne, mniejszościowe grupy religijne będą równie stanowczo domagały się przyznawania zwolnień religijnych, zagrożenie dla spistości systemu prawa okaże się zapewne nadmierne i juryści mogą ponownie radykalnie ograniczyć możliwość przyznawania takich zwolnień, jak to się stało w 1990 r. Sprzyjać temu może zwłaszcza to, że przytaczane powyżej rozstrzygnięcia dotyczące zwolnień z ograniczeń nałożonych w związku z pandemią COVID-19, ze sprawą *Tandon v. Newsom* na czele (zwolnienie domowych spotkań religijnych z ogólnych ograniczeń z powodu

raczej ze swego konserwatyizmu i pobożności, a w jednym z wywiadów z pasją mówił o wierze inteligentnych ludzi w istnienie diabła⁶⁷). Jednakże po wielu dekadach doświadczeń z religijnymi zwolnieniami można ocenić, że amerykański system prawny z powodzeniem absorbował tę instytucję, choć za cenę przyznawania zwolnień w ograniczonym w stosunku do wzniosłych deklaracji zakresie. Jak to ujął w 2016 r. ceniony znawca problematyki, Christopher C. Lund, zwolnienia religijne od dekad występują w prawie amerykańskim

65 Zob. obszernie I.C. Lupu, *The Failure of RFRA*, „University of Arkansas at Little Rock Law Review” 1998, t. 20, nr 3, s. 575–617.

66 Zob. obszernie A. Gouzoules, *Clouded Precedent: Tandon v. Newsom and its Implications for the Shadow Docket*, „Buffalo Law Review” 2022, t. 70, nr 1, s. 87–130.

67 B.A. Murphy, *Scalia. A Court of One*, New York 2014, s. 492.

w większości obszarów jurysdykcji (władze federalne i ponad połowa stanów stosują test przemożnego interesu): „Gdyby test przemożnego interesu prowadził do anarchii, już byśmy się zorientowali”⁶⁸.

Z drugiej strony zjawiskiem w sporach na ten temat nowym, a przynajmniej znacznie uwydatnionym, jest aspekt, który określiłbym jako moralny kierunek argumentacji na rzecz zwolnienia religijnego. Część z opisywanych tu konkretnych spraw miała niejako charakter wewnętrzny, np. mormoni we własnym gronie pragnęli praktykować wielożeństwo, amisyze we własnym gronie pragnęli skracać edukację szkolną swych dzieci, a rdzenni Amerykanie we własnym gronie pragnęli przyjmować pejtoli. Wszelako w sprawie cukiernika niechęącego pochwałać homoseksualizmu sporządzeniem tortu, taksówkarzy odmawiających przewozu osób niewidomych z psami przewodnikami czy też pracodawcy odmawiającego opłacania antykoncepcji pracowników roszczenia religijne oparte są na ocenie, że osoby trzecie są grzesznikami, ponieważ postępują niezgodnie z nakazami danej religii, a w takim razie interakcja społeczna z nimi prowadzić będzie do popełnienia grzechu także przez szeroko obecnie rozumianą osobę religijną. W tradycji katolickiej wyrażone mogłoby to zostać w ten sposób, że ponosi odpowiedzialność za grzechy innych ten, kto współdziała w nich uczestnicząc, pochwalając lub aprobując (*participantes, laudantes vel approbantes*). Takie poszerzenie pola konfrontacji sfery świeckiej i religijnej poprzez przenoszenie na ogół obywateli, w tym statystycznie często obywateli innego wyznania lub niereligijnych, kategorii grzechu właściwej dla danej religii stanowi narastające wyzwanie ustrojowe. Jeśli z trudnych do jednoznacznego przeniknięcia i syntetyzowania źródeł historycznych dotyczących genezy Pierwszej Poprawki można wydobyc jakiś zasadniczy sens zawartych w niej klauzul religijnych, to być może taki, że pokój zapewni republika różnorodnych obywateli, politycznie autonomiczna względem religii, legitymująca władzę odwołaniem do ludu, a nie istoty boskiej. Jak to ujął Mark Lilla, analizujący charakterystyczne dla świata współczesnego Zachodu wielkie rozdzielenie filozofii politycznej od teologii: „Amerykańska poli-

tyka stwarza zdumiewającą przestrzeń dla proroków zachwalających swe dobra – o ile tylko wycofają się do swych kościołów po oddaniu głosów w wyborach”⁶⁹.

Bibliografia

- Amar A.R., *The Bill of Rights. Creation and Reconstruction*, New Haven 1998, s. 20–39.
- Boylan R., *Thou Shalt Vaccinate Thy Children: New York's Attempt to Curb Abuse of Religious Exemptions*, „Hofstra Law Review” 2020, t. 49, nr 1, s. 241–274.
- Bury P., Czy korporacje mogą praktykować religię? *Sprawa Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, w: *Identyfikacja granic wolności i praw jednostki. Prawnoporównawcza analiza tożsamego przypadku pod kątem praktyki stosowania prawa amerykańskiego i polskiego*, red. M. Jabłoński, Wrocław 2016, s. 273–299.
- Chemerinsky E., *Constitutional Law. Principles and Policies*, New York 2006.
- Currie D.P., *The Constitution in the Supreme Court. The First Hundred Years 1789–1888*, Chicago 1985.
- D'Amato R.J., A “Very Specific” Holding: Analyzing the Effect of Hobby Lobby on Religious Liberty Challenges to Housing Discrimination Laws, „Columbia Law Review” 2016, t. 116, nr 4, s. 1063–1103.
- Davis D.H., *Resolving Not to Resolve the Tension between the Establishment and Free Exercises Clauses*, „Journal of Church and State” 1996, t. 38, nr 2, s. 245–259.
- DeLise J.M., *Religious Exemptions to Neutral Laws of General Applicability and the Theory of Disparate Impact Discrimination*, „Columbia Journal of Race and Law” 2016, t. 6, nr 2, s. 115–138.
- Dennen W., *Religious Exemptions and Medicine: Understanding the Impact on Patients and Health Care Costs*, „Rutgers Journal of Law & Religion” 2020, t. 21, nr 2, s. 290–325.
- Devine C.A., *A Critique of the Secular Exceptions Approach to Religious Exemptions*, „UCLA Law Review” 2015, t. 62, nr 5, s. 1348–1390.
- Dose A., *Government Endorsement of Living on a Prayer. Religious Exemptions from the Duty to Provide Medical Treatment for Children*, „Journal of Legal Medicine” 2009, t. 30, nr 4, s. 515–528.
- Dubow S., *A Constitutional Right Rendered Utterly Meaningless: Religious Exemptions and Reproductive Politics, 1973–2014*, „Journal of Policy History” 2015, t. 27, nr 1, s. 1–35.
- Gillman H., Chemerinsky E., *The Religion Clauses. The Case for Separating Church and State*, New York 2020.

68 C.C. Lund, *The Propriety of Religious Exemptions: A Response to Sager*, „Saint Louis University Law Journal” 2016, t. 60, nr 4, s. 603.

69 M. Lilla, *The Stillborn God. Religion, Politics, and the Modern West*, New York 2008, s. 315.

- Gouzoules A., *Clouded Precedent: Tandon v. Newsom and its Implications for the Shadow Docket*, „Buffalo Law Review” 2022, t. 70, nr 1, s. 87–130.
- Greenhouse L., *Justice on the Brink. The Death of Ruth Bader Ginsburg, the Rise of Amy Coney Barrett, and Twelve Months That Transformed the Supreme Court*, New York 2021.
- Hetrick A.T., *The Origins of Accommodation: Free Exercise, Disestablishment, and the Legend of Small Government*, „Virginia Law Review” 2021, t. 107, nr 2, s. 393–429.
- Horwitz P., *The Hobby Lobby Moment*, „Harvard Law Review” 2014, t. 128, nr 1, s. 154–189.
- Jelen T.G., *To Serve God and Mammon. Church-State Relations in American Politics*, Washington 2010.
- Ju E., *Unclear Conscience. How Catholic Hospitals and Doctors are Claiming Conscientious Objections to Deny Healthcare to Transgender Patients*, „University of Illinois Law Review” 2020, nr 4, s. 1289–1325.
- Kahn R., *Wisconsin v. Yoder*, w: *The Oxford Guide to United States Supreme Court Decisions*, red. K.L. Hall, New York 2000, s. 336–337.
- Konstytucja Stanów Zjednoczonych Ameryki*, tłum. i wstęp A. Pułło, Warszawa 2002.
- Kubas S., *Kryterium zgodności i proporcjonalności (congruence and proportionality test) w ramach zmagani Sądu Najwyższego USA o supremację nad Kongresem*, w: *Ustroje, tradycje i porównania. Księga jubileuszowa dedykowana prof. dr. hab. Marianowi Grzybowskiemu w siedemdziesiątą rocznicę urodzin*, red. P. Mikuli, A. Kulig, J. Karp, G. Kuca, Warszawa 2015, s. 851–858.
- Kudła W., *Wrogość wobec religii. Ostrzeżenia ze strony Sądu Najwyższego USA*, Kraków 2018.
- Lederman M.S., *Reconstructing RFRA: The Contested Legacy of Religious Freedom Restoration*, „Yale Law Journal Forum” 2015–2016, t. 125, s. 416–441.
- Ledewitz B., *Experimenting with Religious Liberty: The Quasi-Constitutional Status of Religious Exemptions*, „Elon Law Review” 2014, t. 6, nr 1, s. 37–115.
- Lilla M., *The Stillborn God. Religion, Politics, and the Modern West*, New York 2008.
- Loewenthal K., Platt E.R., *In Defense of the Sincerity Test*, w: *Religious Exemptions*, red. K. Vallier, M. Weber, New York 2018, s. 261–262.
- Longchamps de Bériér F., Szczucki K., *Słowo wstępne*, w: *O wolność słowa i religii. Praktyka i teoria*, red. F. Longchamps de Bériér, K. Szczucki, Warszawa 2016, s. 7–11.
- Lund C.C., *The Propriety of Religious Exemptions: A Response to Sager*, „Saint Louis University Law Journal” 2016, t. 60, nr 4, s. 601–607.
- Lupu I.C., *Hobby Lobby and the Dubious Enterprise of Religious Exemptions*, „Harvard Journal of Law & Gender” 2015, t. 38, nr 1, s. 35–101.
- Lupu I.C., *The Failure of RFRA*, „University of Arkansas at Little Rock Law Review” 1998, t. 20, nr 3, s. 575–617.
- Lupu I.C., Tuttle R.W., *Secular Government, Religious People*, Grand Rapids 2014.
- Lupu I.C., Tuttle R.W., *The Radical Uncertainty of Free Exercise Principles: A Comment on Fulton v. City of Philadelphia*, „American Constitution Society Supreme Court Review” 2020–2021, s. 221–256.
- Maroń G., *Ograniczanie wolności religijnej w pierwszym okresie pandemii COVID-19 w świetle orzecznictwa amerykańskich sądów*, „Studia z Prawa Wyznaniowego” 2000, nr 23, s. 123–151.
- Motyka K., *O nowej teorii prawa naturalnego, małżeństwie i wolności religii. W związku z książką Sherifa Girgisa, Ryana Thomasa Andersona i Roberta Petera George’a Czym jest małżeństwo?*, „Studia z prawa wyznaniowego” 2021, nr 24, s. 25–66.
- Movsesian M.L., *Law, Religion, and the COVID-19 Crisis*, „Journal of Law and Religion” 2022, t. 37, nr 1, s. 9–24.
- Murphy B.A., *Scalia. A Court of One*, New York 2014.
- Napierała P., *In God We Trust. Religia w sferze publicznej USA*, Kraków 2015.
- Oleske, Jr., J.M., *The Evolution of Accommodation: Comparing the Unequal Treatment of Religious Objections to Interracial and Same-Sex Marriages*, „Harvard Civil Rights–Civil Liberties Law Review” 2015, t. 50, nr 1, s. 99–152.
- Parmet W.E., *From the Shadows: The Public Health Implications of the Supreme Court’s COVID-Free Exercise Cases*, „Journal of Law, Medicine & Ethics” 2021, t. 49, nr 4, s. 564–579.
- Paulsen M.S., Paulsen L., *The Constitution. An Introduction*, New York 2016.
- Posner S., *Unholy. How White Christian Nationalists Powered the Trump Presidency, and the Devastating Legacy They Left Behind*, New York 2021.
- Potz M., *Granice wolności religijnej. Problemy polityczno-wyznaniowe w Stanach Zjednoczonych Ameryki*, Toruń 2015.
- Rakove J.N., *Beyond Belief, Beyond Conscience. The Radical Significance of the Free Exercise of Religion*, New York 2020.
- Randall K., *Kansas, Please Protect Our Children: Why Kansas Should Remove the Religious Exemption for Mandatory School Vaccinations*, „University of Kansas Law Review” 2015–2016, t. 64, s. 1211–1254.

- Reiss D.R., *Thou Shalt Not Take the Name of the Lord Thy God in Vain: Use and Abuse of Religious Exemptions from School Immunization Requirements*, „Hastings Law Journal” 2014, t. 65, nr 6, s. 1551–1601.
- Reiss D.R., *Vaccine Mandates and Religion: Where are We Headed with the Current Supreme Court?*, „Journal of Law, Medicine & Ethics” 2021, t. 49, nr 4, s. 552–563.
- Ryan J.E., *Smith and the Religious Freedom Restoration Act: An Iconoclastic Assessment*, „Virginia Law Review” 1992, t. 78, nr 6, s. 1407–1462.
- Storslee M., *The COVID–19 Church-Closure Cases and the Free Exercise of Religion*, „Journal of Law and Religion” 2022, t. 37, nr 1, s. 72–95.
- Sullivan W.F., *Religion*, w: *The Oxford Handbook of the U.S. Constitution*, red. M. Tushnet, M.A. Graber, S. Levinson, New York 2015, s. 607–627.
- Swenson D.R., *United States Supreme Court Approach to First Amendment Freedom of Religion in Response to the COVID Pandemic*, „Review of European and Comparative Law” 2021, t. 66, nr 3, s. 237–261.
- Tushnet M., *Accommodation of Religion Thirty Years On*, „Harvard Journal of Law & Gender” 2015, t. 38, nr 1, s. 1–33.
- Tushnet M., *The Story of City of Boerne v. Flores: Federalism, Rights, and Judicial Supremacy*, w: *Constitutional Law Stories*, red. M.C. Dorf, New York 2004, s. 505–531.
- Winkler A., *Fatal in Theory and Strict in Fact: An Empirical Analysis of Strict Scrutiny in the Federal Courts*, „Vanderbilt Law Review” 2006, t. 59, nr 3, s. 793–871.



Ewa Milczarek

Doktor nauk prawnych, adiunkt na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Szczecińskiego.

✉ ewa.milczarek@usz.edu.pl

<https://orcid.org/0000-0003-0726-0959>



Adam Milczarek

Starszy Inspektor Kontroli Państwowej w Delegaturze Najwyższej Izby Kontroli w Szczecinie.

✉ adam.milczarek@nik.gov.pl

<https://orcid.org/0009-0001-2743-0188>

Ewa Milczarek, Adam Milczarek

Ochrona prawa do prywatności w postępowaniu kontrolnym Najwyższej Izby Kontroli

Protection of the Right to Privacy in the Audit Proceedings of the Polish Supreme Audit Office

The hope for verifying the actions of state authorities, both through social control and through the activity of specialized bodies such as the Polish Supreme Audit Office (Najwyższa Izba Kontroli), is one of the main elements of democratic states under the rule of law. During an audit procedure, it is necessary for auditors to have access to data which make a suitable analysis and evaluation of the audited activity possible. Such access may constitute a violation of the right to privacy. Against this background, the article seeks to address the following issue: does the violation of the right to privacy for the purposes of the Supreme Audit Office proceedings meet the requirements of the limitation clause under the Polish Constitution of 1997?

Słowa kluczowe: prywatność, kontrola, ograniczenia praw i wolności, Najwyższa Izba Kontroli

Key words: privacy, control, restrictions on rights and freedoms, Supreme Audit Office

[https://doi.org/10.32082/fp.3\(77\).2023.989](https://doi.org/10.32082/fp.3(77).2023.989)

I. Wstęp

Ochrona prawa do prywatności jest immanentnym elementem systemów demokratycznych, tworząc dla jednostki pewną sferę autonomii. Nie jest to jednak prawo o charakterze abso-

lutnym i podlega ograniczeniom. Ograniczenie prawa do prywatności w świetle art. 31 ust. 3 Konstytucji RP może nastąpić tylko za pomocą ustawy i zarazem tylko wtedy, gdy „jest konieczne w demokratycznym państwie” dla

jego bezpieczeństwa, porządku publicznego, ochrony środowiska, zdrowia, moralności publicznej czy też „wolności i praw innych osób”.

Jednym z elementów demokratycznego państwa prawnego jest możliwość weryfikacji działania organów państwa dokonywana zarówno przez kontrolę społeczną, jak i przez działalność wyspecjalizowanych organów, takich jak Najwyższa Izba Kontroli¹ (NIK). W trakcie postępowania kontrolnego konieczny jest dostęp do danych pozwalający na dokonanie stosownej analizy i oceny badanej działalności. Dostęp taki stanowić może ingerencję w prawo do prywatności.

W tym kontekście celem badawczym artykułu jest odpowiedź na następujące pytanie: czy ingerencja w prawo do prywatności na potrzeby postępowania kontrolnego NIK spełnia wymogi klauzuli limitacyjnej wskazanej w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP? Podstawową metodą badawczą wykorzystaną w pracy jest metoda dogmatyczno-prawna.

2. Prawo do prywatności w procesie kontrolnym

Klasykzna definicja, jednak wciąż aktualna, określa prawo do prywatności jako „prawo do pozostawienia w spokoju”². Elementami tego prawa są autonomia informacyjna jednostki, obejmująca prawo do samodzielnego decydowania o ujawnianiu innym informacji dotyczących swojej osoby³, a także prawo do sprawowania kontroli nad takimi informacjami, znajdującymi się w posiadaniu innych podmiotów⁴, oraz autonomia decyzyjna jednostki rozumiana jako możliwość samostanowienia o swym życiu osobistym w aspekcie przedmiotowym, podmiotowym oraz cza-

sowym⁵. Według Thomasa Scanlona pierwszym elementem teorii prywatności powinno być scharakteryzowanie naszego szczególnego interesu, jakim jest bycie wolnym od pewnych rodzajów wtargnięć⁶. I tak, w sferze autonomii informacyjnej normy konstytucyjne gwarantują jednostce ochronę przed pozyskiwaniem, przetwarzaniem, przechowywaniem i ujawnieniem, w sposób naruszający reguły przydatności, niezbędności i proporcjonalności *sensu stricto*, informacji między innymi o: stanie zdrowia⁷; sytuacji majątkowej⁸; sytuacji rodzinnej⁹; aktywności politycznej lub społecznej¹⁰; nazwisku lub wizerunku¹¹. Dostęp do tych danych odbywa się między innymi w trakcie postępowania kontrolnego NIK, co stanowi ograniczenie prawa do prywatności.

W zakresie ograniczenia prawa do prywatności w kontekście postępowania kontrolnego NIK przeanalizowane zostanie spełnienie przesłanek określonych w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP: przesłanki formalnej – ustawowej formy ograniczenia; przesłanki materialnej – ważki cel, jakiemu służyć ma regulacja, wskazany enumeratywnie (ochrona bezpieczeństwa lub porządku publicznego, ochrona środowiska, zdrowia i moralności publicznej albo wolności i praw innych osób);

1 Art. 202 Konstytucji RP.

2 T.M. Cooley, *A Treatise on the Law of Torts or the Wrongs Which Arise Independent of Contract*, Chicago 1879, *passim*; E. Warren, V. Brandeis, *The Right to Privacy*, „Harvard Law Review” 1890, t. 4, nr 5, s. 193.

3 A. Marmor, *What Is the Right to Privacy?*, „USC Law Legal Studies” 2014, nr 14–13, *passim*.

4 Wyrok TK z 19 lutego 2002 r., U 3/2001 (OTK z 2002 r. Nr 1/A, poz. 3); K. Grzybowski, *Autonomia informacyjna jednostki a zgoda na przetwarzanie przez pracodawcę danych osobowych*, „Przegląd Sejmowy” 2020, nr 6, s. 47–67.

5 J. Rzucidło, *Prawo do prywatności i ochrona danych osobowych*, w: *Realizacja i ochrona konstytucyjnych wolności i praw jednostki w polskim porządku prawnym*, red. M. Jabłoński, Wrocław 2014, s. 169.

6 J. Rachels, *Why Privacy Is Important*, „Philosophy and Public Affairs” 1975, nr 4, s. 323.

7 Wyrok TK z 19 maja 1998 r., U 5/97; wyrok TK z 19 lutego 2002 r., U 3/01 (OTK z 2002 r. Nr 1/A, poz. 3).

8 Wyrok TK z 24 czerwca 1997 r., K 21/96 (OTK z 1997 nr 2 poz. 23); wyrok TK z 20 listopada 2002 r., K 41/02 (OTK ZU z 2002 nr 6/A, poz. 83).

9 Wyrok TK z 12 listopada 2002 r., SK 40/01 (OTK z 2002 r., Nr 6/A, poz. 81); wyrok TK 13 lipca 2004 r., K 20/03 (OTK ZU nr 7/A/2004, poz. 63).

10 Wyrok TK z 21 października 1998 r., K 24/98 (OTK ZU nr 6/1998, poz. 97); wyrok TK z 5 marca 2003 r., K 7/01; wyrok TK z 26 października 2005 r., K 31/04 (OTK ZU nr 9/A/2005, poz. 103).

11 Wyrok TK z 20 marca 2006 r., K 17/05 (OTK-A z 2006 nr 3 poz. 30); wyrok TK z 18 lipca 2011 r., K 25/09 (OTK-A z 2011 r. nr 6, poz. 57).

a także przesłanki niezbędności w demokratycznym państwie oraz nienaruszalności istoty wolności i praw.

W kontekście analizy pierwszego z kryteriów warto zauważyć, że NIK przyznano najszerszy spośród wszystkich organów zakres przedmiotowy i podmiotowy uprawnień kontrolnych w zakresie najistotniejszych zagadnień związanych z funkcjonowaniem

kontrolnym zakładają szeroki zakres upoważnienia do działań w to prawo ingerujące.

Ustawowa forma ograniczenia jest szczególnie istotna w przypadku ochrony prywatności obywateli, w tym w zakresie ochrony danych osobowych. Warunki gromadzenia i przetwarzania tych danych przez władze publiczne muszą być unormowane w ustawie w sposób



Brak szczegółowej regulacji o przetwarzaniu i ochronie danych osobowych w ustawie o NIK nie oznacza, że postępowanie kontrolne dotknięte jest pominięciem prawodawczym. Przetwarzanie danych udostępnianych kontrolerom NIK w trakcie czynności kontrolnych oraz przetwarzanie danych zawartych w zbiorach danych, jakimi są akta prowadzone przez NIK, podlegają ogólnemu reżimowi regulacyjnemu z zakresu ochrony danych.

państwa¹². Postępowanie kontrolne to prawnie unormowany kompleks czynności zmierzających do realizacji kontrolnych zadań NIK¹³. Ma na celu ustalenie stanu faktycznego w zakresie działalności jednostek poddanych kontroli, rzetelne udokumentowanie i dokonanie oceny kontrolowanej działalności¹⁴. Ustawa o NIK nie wskazuje wprost stopnia ograniczenia prawa do prywatności w związku z kontrolą. Jednak regulacje związane z postępowaniem kon-

jak najbardziej przejrzysty, wykluczający arbitralność i dowolność ich stosowania¹⁵. Brak szczegółowej regulacji o przetwarzaniu i ochronie danych osobowych w ustawie o NIK nie oznacza, że postępowanie kontrolne dotknięte jest pominięciem prawodawczym. Przetwarzanie danych udostępnianych kontrolerom NIK w trakcie czynności kontrolnych oraz przetwarzanie danych zawartych w zbiorach danych, jakimi są akta prowadzone przez NIK, podlega ogólnemu reżimowi regulacyjnemu z zakresu ochrony danych.

Analizując spełnianie drugiej z przesłanek, należy dokonać kwalifikacji działalności NIK pod kątem ochrony określonych wartości. Celem działania NIK jest ujawnienie rozmaitych mechanizmów oraz procesów życia społecznego i gospodarczego, w ramach

12 L. Murat, *Naczelność Najwyższej Izby Kontroli*, „Przegląd Sejmowy” 2019, nr 3(152), [https://orka.sejm.gov.pl/prze-glad.nsf/0/818E22755F95265BC125842C0045C5A3/\\$file/4.Leszek%20Murat.pdf](https://orka.sejm.gov.pl/prze-glad.nsf/0/818E22755F95265BC125842C0045C5A3/$file/4.Leszek%20Murat.pdf), s. 63.

13 R. Padrak, *Postępowanie kontrolne NIK. Komentarz*, Wrocław 2012, s. 49.

14 Art. 28 ust. 1 ustawy z 23 grudnia 1994 r. o Najwyższej Izbie Kontroli (Dz.U. z 1995 r., poz. 59 ze zm.).

15 Wyrok TK z 30 lipca 2014 r., K 23/11 (OTK-A z 2014 nr 7 poz. 80).

których realizowane są różne cele państwa, wspólnot samorządowych, przedsiębiorców i obywateli. W toku kontroli można ustalić mocne i słabe strony funkcjonujących mechanizmów, by wyznaczyć kierunki postępowania na przyszłość i doprowadzić do usprawnienia działalności konkretnej jednostki kontrolowanej¹⁶. Rzetelność i sprawność organów władzy publicznej wskazana jest już w preambule do Konstytucji RP. Jak wskazuje Bogusław Banaszak, preambuła niezależnie od swojej specyfiki ma charakter normatywny¹⁷. Stanowi także element aksjologii Konstytucji RP¹⁸. Przesłanki z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP mają charakter zamknięty i nie mogą być interpretowane rozszerzająco¹⁹, jednak jak podkreślił TK: „w demokratycznym państwie prawnym, wartości, jakimi są rzetelność i sprawność działań organów władzy publicznej, może uzasadniać wyposażenie tych organów w nowe kompetencje oraz nałożenie na jednostkę zakazów lub nakazów ingerujących w konstytucyjne prawa i wolności, jeśli nowe regulacje uzasadnia treść art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Przyjęcie przeciwnego założenia prowadziłoby do erozji konstytucyjnych gwarancji”²⁰. Wybór przez ustawodawcę konkretnych już rozwiązań systemowych w organizacji kontroli stanowi dobór środka, który z ustrojowego punktu widzenia powinien możliwie skutecznie sprzyjać urzeczywistnianiu wartości aksjologicznych, nie tracąc z pola widzenia podstawowych funkcji stojących przed kontrolą²¹.

16 K. Kwiatkowski, *Prewencyjna funkcja kontroli Najwyższej Izby Kontroli*, „Kontrola Państwowa” 2016, nr 2, s. 206.

17 B. Banaszak, *Prawne znaczenie preambuły do Konstytucji RP z 1997 roku*, w: *Dookoła Wojtek... Księga pamiątkowa poświęcona Doktorowi Arturowi Wojciechowi Preisnerowi*, red. R. Balicki, M. Jabłoński, Wrocław 2018, s. 56.

18 P. Sobczyk, *Sprawność działania jednostek samorządu terytorialnego jako zasada konstytucyjna w wybranych tezach Trybunału Konstytucyjnego*, „Narodowy Instytut Samorządu Terytorialnego” 2018, nr 44, s. 2.

19 N. Leśniak, *Granice ingerencji w sferę praw i wolności jednostki ze względu na konstytucyjną przesłankę „ochrony środowiska”*, w: *Współczesne koncepcje ochrony wolności i praw podstawowych*, red. A. Bator i in., Wrocław 2013, s. 284.

20 Wyrok TK z 20 stycznia 2015 r., K 39/12 (OTK ZU nr 1/A/2015, poz. 2).

21 A. Sylwestrzak, *Najwyższa Izba Kontroli. Studium prawno-ustrojowe*, Warszawa 2006, s. 26.

Podsumowując dotychczasowe rozważania, stwierdzić należy, że ograniczenie prawa do prywatności w związku z kontrolą NIK jest zgodne z dwoma pierwszymi warunkami stawianymi przez konstytucyjną klauzulę limitacyjną. Trzeci natomiast z warunków wymaga głębszej analizy. Jest on kluczowy dla określenia zarówno legalności samej ingerencji, jak i zarysu stopnia ograniczenia prywatności.

3. Stopień ingerencji w prawo do prywatności w trakcie procesu kontrolnego

Koncepcja istoty praw i wolności opiera się na założeniu, że „w ramach każdego konkretnego prawa i wolności można wyodrębnić pewne elementy podstawowe (rdzeń, jądro), bez których takie prawo czy wolność w ogóle nie będzie mogła istnieć, oraz pewne elementy dodatkowe (otoczkę), które mogą być przez ustawodawcę zwykłego ujmowane i modyfikowane w różny sposób bez zniszczenia tożsamości danego prawa czy wolności”²². W przypadku prawa do prywatności stopień możliwej ingerencji uzależniony jest od rodzaju danych oraz osoby, której dane te dotyczą (przykładowo osoby publiczne korzystają z węższego zakresu ochrony)²³.

Z punktu widzenia istoty prawa i zasady proporcjonalności w kontekście prawa do prywatności kluczowe znaczenie ma określenie stopnia ingerencji w dane wrażliwe²⁴, które ze względu na swoją wagę oraz potencjalne niebezpieczeństwo wywołania szkód

22 Wyrok TK z 12 stycznia 2000 r., P. 11/98 (OTK ZU 2000, Nr 1, poz. 3).

23 M. Puwalski, *Prawo do prywatności osób publicznych*, Toruń 2003; J. Sieńczyło-Chlabicz, *Naruszenie prywatności osób publicznych przez prasę. Analiza cywilnoprawna*, Kraków 2006.

24 Art. 6 Konwencji nr 108 Rady Europy o ochronie osób w związku z automatycznym przetwarzaniem danych osobowych, sporządzonej w Strasburgu 28 stycznia 1981 r. (Dz.U. z 2003 r. Nr 3, poz. 25); art. 4 pkt 1 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych) (Dz.Urz. UE L 119 z 4.05.2016 r., s. 1–88).

dla jednostki na różnych polach²⁵ traktowane są ze szczególną estymą. Problem ten był też przedmiotem analizy Trybunału Konstytucyjnego w sprawie K 39/15. Zaznaczyć należy, że wyrok ten zapadł jeszcze przed wejściem w życie rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (dalej: RODO)²⁶, zatem konieczne jest zestawienie przyjętych rozwiązań w polskim prawo-

dują odpowiednie i konkretne środki ochrony praw podstawowych i interesów osoby, której dane dotyczą. Wyodrębnić można zatem trzy kryteria, które spełniać muszą ograniczenia: przydatności, konieczności oraz proporcjonalności *sensu stricto*²⁸.

Na podstawie szczególnych kategorii danych przeanalizowany zostanie zakres możliwej ingerencji dokonywanej na potrzeby kontroli NIK. Analiza zostanie przeprowadzona z uwzględnieniem kryteriów niezbędności, proporcjonalności. Autorzy dokonają ponadto oceny, czy kontrola nie może zostać osiągnięta środ-



Kompetencje kontrolne NIK w zakresie oceny legalności, gospodarności, rzetelności lub celowości świadczeń opieki zdrowotnej czy pomocy społecznej stanowią element oceny realizacji przez organy władzy publicznej jej obowiązków wynikających z Konstytucji RP.

dawstwie z unijnymi wytycznymi w tym zakresie.

RODO wyróżnia szczególne kategorie danych osobowych, do których należą: dane osobowe ujawniające pochodzenie rasowe lub etniczne, poglądy polityczne, przekonania religijne lub światopoglądowe, przynależność do związków zawodowych oraz dane genetyczne, dane biometryczne, dane dotyczące zdrowia, seksualności lub orientacji seksualnej²⁷. Dane te, co do zasady, wyjęte są z możliwości ich przetwarzania, z wyjątkiem gdy przetwarzanie jest niezbędne ze względów związanych z ważnym interesem publicznym, na podstawie prawa Unii lub prawa państwa członkowskiego, które są proporcjonalne do wyznaczonego celu, nie naruszają istoty prawa do ochrony danych i przewi-

kami mniej inwazyjnymi²⁹ w zestawieniu z celami działania NIK, czyli oceną działania kontrolowanych jednostek pod kątem (w najszerszym spektrum kontroli) legalności, gospodarności, celowości i rzetelności. Każda z kategorii danych wymaga osobnego uzasadnienia w zakresie przydatności, a tym samym konieczności ich pozyskania dla prawidłowego prze-

28 Wyrok TK z 2 lipca 2007 r., K 41/05 (OTK-A 2007 nr 7, poz. 72); A. Łabno, *Ograniczenie wolności i praw człowieka na podstawie art. 31 Konstytucji III RP*, w: *Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP*, red. B. Banaszczyk, A. Preisner, Warszawa 2002, s. 705; L. Garlicki, *Art. 31, w: Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. 3, red. L. Garlicki, Warszawa 2003, s. 14 i n.; J. Zakolska, *Zasada proporcjonalności w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, Warszawa 2008, s. 115–141.

29 A. Śledzińska-Simon, *Analiza proporcjonalności ograniczeń konstytucyjnych praw i wolności. Teoria i praktyka*, Wrocław 2019, s. 89–90.

25 J. Barta, P. Fajgielski, R. Markiewicz, *Ochrona danych osobowych. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 549.

26 Dz.Urz. UE L 119 z 4 maja 2016 r., s. 1–88.

27 Art. 9 RODO.

biegu kontroli. W analizie posiłkowano się również raportami pokontrolnymi NIK, by zweryfikować adekwatność ustaleń z rzeczywistością.

W przypadku danych dotyczących zdrowia dostęp do nich w trakcie postępowania kontrolnego pozwala ustalić prawidłowość działania jednostek realizujących świadczenia z zakresu opieki zdrowotnej lub świadczenia z zakresu zabezpieczenia społecznego (oraz jed-

okumentacji akt spraw o ustalenie zdarzenia medycznego³², badanie listy oczekujących na świadczenia NFZ³³, badanie ankietowe wśród pacjentów³⁴.

Dane dotyczące skazań, orzeczeń o ukaraniu i mandatów karnych, a także innych orzeczeń wydanych w postępowaniu sądowym to istotny element materiału dowodowego, w szczególności w toku kontroli przez NIK organów Służby Celnej, Służby Więziennej



Celem kontroli jest ocena realizacji obowiązków władzy publicznej, a wystąpienia pokontrolne NIK przyczynić się mogą do dynamicznego podnoszenia standardu ochrony. Celu tego nie da się osiągnąć z zastosowaniem mniej dolegliwego ograniczenia autonomii informacyjnej albo bez jego wprowadzania.

nostek finansujących). Celem prowadzonych działań jest ochrona praw pacjentów oraz zwiększenie efektywności jednostek świadczących opiekę zdrowotną i pomoc społeczną. Tajemnica lekarska i ochrona danych osobowych uniemożliwiały na przykład stwierdzenie, czy opłacone ze środków publicznych usługi medyczne w ogóle zostały wykonane³⁰. Kompetencje kontrolne NIK w zakresie oceny legalności, gospodarności, rzetelności lub celowości świadczeń opieki zdrowotnej lub pomocy społecznej stanowią element oceny realizacji przez organy władzy publicznej jej obowiązków wynikających z Konstytucji RP.

Analizując dane, z których korzystano podczas kontroli dokonywanej przez NIK, to między innymi badanie dokumentacji medycznej osób³¹, badanie

i Policji. Celem prowadzonych działań jest ochrona stron postępowania sądowego lub administracyjnego, zwiększenie jego efektywności oraz transparentności. Kompetencje kontrolne NIK służą ocenie realizacji obowiązków władzy publicznej na gruncie art. 2, art. 40–42 oraz art. 45 Konstytucji RP. Dane takie były przydatne między innymi w toku kontroli dotyczącej działalności resocjalizacyjnej młodzieżowych ośrodków wychowawczych³⁵, readaptacji społecznej skazanych na wieloletnie kary pozbawie-

30 E. Jarzęcka-Siwik, B. Skwarka, *Nowelizacja ustawy o Najwyższej Izbie Kontroli*, „Kontrola Państwowa” 2010, nr 1, s. 42–43.

31 Między innymi: Kontrole P/18/063 Zapewnienie opieki paliatywnej i hospicyjnej, P/20/063 – Opieka nad pacjentkami w przypadkach poronień i martwych urodzeń.

32 Między innymi: Kontrola P/18/057 – Pozasądowe dochodzenie roszczeń przez pacjentów.

33 Między innymi: Kontrola P/20/052 – Realizacja zadań Narodowego Funduszu Zdrowia w 2019 r., P/20/067 – Realizacja świadczeń zdrowotnych w zakresie endoprotezoplastyki stawu biodrowego i kolanowego.

34 Między innymi: Kontrola P/17/057 – Profilaktyka i leczenie cukrzycy typu 2, P/20/063 – Opieka nad pacjentkami w przypadkach poronień i martwych urodzeń.

35 Kontrola P/17/099 – Działalność resocjalizacyjna młodzieżowych ośrodków wychowawczych.

nia wolności³⁶, odzyskiwania mienia pochodzącego z przestępstw³⁷, wykonywania wyroków przez urzędy skarbowe i izby celne³⁸.

Dane ujawniające przynależność związkową stanowią istotny element materiału dowodowego w toku kontroli przestrzegania konstytucyjnej wolności zrzeszania się lub ustawowych praw zrzeszonych pracowników. Dostęp przez NIK do nich jest uzasadniony na gruncie art. 12, art. 58 i art. 59 Konstytucji RP. Ponadto, zdaniem TK³⁹, dane ujawniające przynależność związkową nie mieszczą się w sferze wewnętrznej realizacji wolności jednostki i nie są w szczególności

W przypadku danych ujawniających pochodzenie rasowe, etniczne lub przynależność wyznaniową dostęp do nich stanowi konsekwencję realizacji obowiązków władzy publicznej w zakresie zagwarantowania praw mniejszości narodowych lub etnicznych, w szczególności w zakresie wspierania rozwoju instytucji edukacyjnych i kulturalnych, służących ochronie tożsamości religijnej oraz kulturowej. Ponadto dane tego rodzaju powinny być przydatne w toku kontroli legalności, gospodarności i celowości działań organów władzy publicznej zobowiązanych do zapewnienia porządku publicznego w związku z zagrożeniem terroryzmem.



W ramach szczególnych kategorii danych wyróżnić należy dwie kategorie: niepodlegające przetwarzaniu oraz te, do których pod określonymi warunkami kontroler może mieć dostęp.

jej integralną cechą osobistą. Również dane ujawniające przynależność partyjną stanowią istotny element materiału dowodowego w toku kontroli przestrzegania zasady apolityczności Korpusu Służby Cywilnej oraz pracowników organów władzy publicznej⁴⁰. W tym zakresie warto zwrócić uwagę na specyfikę działania partii politycznych, która nacechowana jest jawnością struktur i członkostwa⁴¹ oraz ma charakter publiczny.

36 Kontrola P/14/044 – Readaptacja społeczna skazanych na wieloletnie kary pozbawienia wolności.

37 Kontrola P/18/037 – Odzyskiwanie mienia pochodzącego z przestępstw.

38 Kontrola P/14/016 – Wykonywanie wyroków wojewódzkich sądów administracyjnych i Naczelnego Sądu Administracyjnego przez urzędy skarbowe i izby celne.

39 Wyrok TK z 20 stycznia 2015 r., K 39/12 (OTK ZU nr 1/A/2015, poz. 2).

40 O czym szerzej: M. Taraszkiewicz, *Prawne regulacje neutralności politycznej służby cywilnej w Polsce*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2020, nr 2, s. 219–238.

41 A. Bień-Kacała, *Problematyka partii politycznych w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, „Toruńskie Studia

Przeanalizować również należy zastosowanie mniej inwazyjnego środka w postaci dostępu nie do oryginalnych danych źródłowych, ale do danych zanonimizowanych. Celem kontroli jest ocena realizacji obowiązków władzy publicznej, a wystąpienia pokontrolne NIK przyczynić się mogą do dynamicznego podnoszenia standardu ochrony na gruncie art. 35 Konstytucji RP. Celu tego nie da się osiągnąć z zastosowaniem mniej dolegliwego ograniczenia autonomii informacyjnej albo bez jego wprowadzania.

Dostęp wyłącznie do danych zanonimizowanych ograniczałby kontrolę do oceny wyłącznie formalnej, uniemożliwiając przeprowadzenie kluczowej dla działalności NIK oceny merytorycznej. Stwarzałoby to również konieczność realizacji wyłącznie kontroli planowych, by dać czas jednostce kontrolowanej na odpowiednie przygotowanie danych przy jednoczesnym braku możliwości zweryfikowania prawdziwości lub poprawności zanonimizowanych i zagregowanych danych. To kontro-

Polsko-Włoskie XII – Studi Polacco-Italiani di Toruń” 2016, t. 12, s. 29.

lowany miałby *de facto* decydujący wpływ na przebieg czynności i na zakres badań kontrolnych.

Podsumowując dotychczasowe rozważania, stwierdzić należy, że dane ujawniające pochodzenie rasowe, etniczne, przynależność wyznaniową, partyjną lub związkową, o stanie zdrowia, dotyczące skazań, orzeczeń o ukaraniu i mandatów karnych, a także innych orzeczeń wydanych w postępowaniu sądowym lub administracyjnym mają charakter przydatny do realizacji konstytucyjnych i ustawowych kompetencji NIK; dane te są niezbędne do prawidłowości realizacji kontroli, przy czym celu tego nie można osiągnąć środkami mniej inwazyjnymi.

Organy władzy publicznej nie powinny przetwarzać danych ujawniających poglądy polityczne, przekonania religijne lub filozoficzne, danych o kodzie genetycznym, nałogach lub życiu seksualnym⁴². Dodatkowo zgodnie z zasadą autonomii informacyjnej oraz zasadą równości nie mogą one realizować zadań własnych

4. Wnioski

Przeprowadzona analiza pozwala na stwierdzenie, że ograniczenie prawa do prywatności w związku z postępowaniem kontrolnym NIK jest co do zasady zgodne z klauzulą limitacyjną wyrażoną w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Wyjątek od tej zasady stanowią szczególne dane osobowe ujawniające poglądy polityczne, przekonania religijne lub filozoficzne, jak również dane o kodzie genetycznym, nałogach lub życiu seksualnym.

Mimo jednak, że dostęp do pozostałych danych, w tym również do danych wrażliwych, jest możliwy w trakcie postępowania kontrolnego, to nie ma on charakteru dowolnego i nieograniczonego. Spełniać musi przesłankę proporcjonalności i adekwatności. Kontrolerzy NIK mają prawo sięgać po informacje i dokumenty zawierające dane osobowe tylko wtedy, gdy są one objęte tematem kontroli, a ich przetwarzanie jest niezbędne do osiągnięcia jej celów⁴³.



Kontrolerzy NIK mają prawo sięgać po informacje i dokumenty zawierające dane osobowe tylko wtedy, gdy są one objęte tematem kontroli, a ich przetwarzanie jest niezbędne do osiągnięcia jej celów.

lub zleconych, przyjmując takie kryteria. W związku z tym użyteczność tych danych w ocenie sposobu wykonywania kompetencji organów władzy publicznej w zakresie wykorzystania mienia publicznego oraz obowiązków finansowych na rzecz państwa jest wątpliwa, a w konsekwencji nie jest przydatna w świetle konstytucyjnego i ustawowego zakresu dopuszczalnej kontroli. Konkludując, dostęp do takich danych naruszałby, po pierwsze, zasadę proporcjonalności (poprawność kontroli można osiągnąć mniej inwazyjnymi środkami, dane te nie mają charakteru niezbędnego dla procesu kontrolnego) oraz, po drugie, istotę prawa do prywatności.

W trakcie procedury kontrolnej NIK wiele czynników gwarantuje zachowanie proporcjonalności *sensu stricto* – tj. by nie wywoływać uszczerbku w zakresie praw i wolności konstytucyjnych nadmiernego w stosunku do korzyści wynikających z wprowadzenia regulacji⁴⁴. Wśród nich wymienić można: gwarancje proceduralne i techniczne bezpiecznego przetwarzania danych osobowych; dane zebrane w czasie kontroli nie stanowią informacji publicznej i nie mogą być w tym

42 Wyrok TK z 30 lipca 2014 r., K 23/11 (OTK-A 2014/7/80).

43 E. Jarzęcka-Siwik, B. Skwarka, *Przetwarzanie danych osobowych*, „Kontrola Państwowa” 2012, nr 6, s. 10.

44 K. Grzybowski, *Autonomia informacyjna jednostki a zgoda na przetwarzanie przez pracodawcę danych osobowych*, „Przegląd Sejmowy” 2020, nr 6, s. 54.

trybie udostępniane; szczególny status gwarantujący apolityczność i bezstronność kontrolera NIK⁴⁵; istotę tajemnicy kontrolerskiej⁴⁶; ograniczenie dostępu w zakresie przedmiotowym określonym w programie lub tematyce kontroli oraz niezbędnym do przeprowadzenia kontroli⁴⁷; rozproszony lub lokalny system przetwarzania tych danych. Dostęp do danych regulowany jest dodatkowo zarządzeniami Prezesa NIK w sprawie wprowadzenia w Najwyższej Izbie Kontroli polityki bezpieczeństwa danych osobowych⁴⁸.

Konstytucyjna ochrona prywatności stanowi jeden z podstawowych elementów aksjologii demokratycznego państwa prawnego. Obecnie, w związku z postępującymi możliwościami agregacji i przetwarzania danych osobowych kwestia ochrony prawa do prywatności staje się kwestią niewrażliwą dla zapewnienia wolności i swobody jednostki. Wolność ta ulega ograniczeniu, gdy dostęp do danych jest niezbędny do prawidłowego toku kontroli NIK, a pośrednio do sprawowania nadzoru nad działaniem administracji rządowej przez Sejm⁴⁹. Standardy wypracowane w ramach ustawodawstwa oraz orzecznictwa TK pozwalają na zachowanie odpowiedniego balansu pomiędzy interesem publicznym a prywatnym. Z elementów tych dosyć wyraźnie wyłaniają się mechanizmy i instrumenty prawne stanowiące zarazem gwarancje oraz formy kontroli przestrzegania zasady demokratycznego państwa prawnego, gdyż znajdują się z nią w pełnej symbiozie⁵⁰.

Bibliografia

Banaszak B., *Prawne znaczenie preambuły do Konstytucji RP z 1997 roku*, w: *Dookoła Wojtek... Księga pamiątkowa poświęcona*

45 Art. 74 ust. 1 i art. 75 oraz art. 31 ust. 1 ustawy o NIK.

46 Art. 73 ust. 1 ustawy o NIK.

47 Art. 30 ust. 4 pkt 4 w zw. z art. 29 ust. 1 pkt 2 lit. i ustawy o NIK; E. Jarzęcka-Siwik, B. Skwarka, *Najwyższa Izba Kontroli. Komentarz do ustawy o Najwyższej Izbie Kontroli*, Warszawa 2011, s. 96.

48 Zarządzenie nr 21/2022 Prezesa Najwyższej Izby Kontroli z 25 lutego 2022 r.

49 K. Kaleta, *Projekt stanowiska Sejmu w sprawie o sygn. akt K 39/12*, „Zeszyty Prawnicze BAS” 2013, nr 2, s. 274–312.

50 V. Serzhanova, E. Krzysztofik, *Zasada państwa prawa w polskim systemie prawnym oraz konsekwencje jej naruszenia w prawie Unii Europejskiej*, w: *Dookoła Wojtek...*, s. 178.

Doktorowi Arturowi Wojciechowi Preisnerowi, red. R. Balicki, M. Jabłoński, Wrocław 2018, s. 49–56.

Barta J., Fajgielski P., Markiewicz R., *Ochrona danych osobowych. Komentarz*, Warszawa 2011.

Bień-Kacała A., *Problematyka partii politycznych w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, „Toruńskie Studia Polsko-Włoskie XII – Studi Polacco-Italiani di Toruń XII” 2016, t. 12, s. 25–41.

Cooley T.M., *A Treatise on the Law of Torts or the Wrongs Which Arise Independent of Contract*, Chicago 1879.

Garlicki L., *Art. 31, w: Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. 3, red. L. Garlicki, Warszawa 2003.

Grzybowski K., *Autonomia informacyjna jednostki a zgoda na przetwarzanie przez pracodawcę danych osobowych*, „Przegląd Sejmowy” 2020, nr 6, s. 47–67.

Jarzęcka-Siwik E., Skwarka B., *Najwyższa Izba Kontroli. Komentarz do ustawy o Najwyższej Izbie Kontroli*, Warszawa 2011.

Jarzęcka-Siwik E., *Etyka zawodowa kontrolerów Najwyższej Izby Kontroli*, „Kontrola Państwowa” 2006, nr 6, s. 25–34.

Jarzęcka-Siwik E., Skwarka B., *Nowelizacja ustawy o Najwyższej Izbie Kontroli*, „Kontrola Państwowa” 2010, nr 1, s. 27–46.

Jarzęcka-Siwik E., Skwarka B., *Przetwarzanie danych osobowych*, „Kontrola Państwowa” 2012, nr 6, s. 8–26.

Kaleta K., *Projekt stanowiska Sejmu w sprawie o sygn. akt K 39/12*, „Zeszyty Prawnicze BAS” 2013, nr 2, s. 274–313.

Kwiatkowski K., *Prewencyjna funkcja kontroli Najwyższej Izby Kontroli*, „Kontrola Państwowa” 2016, nr 2, s. 8–13.

Leśniak N., *Granice ingerencji w sferę praw i wolności jednostki ze względu na konstytucyjną przesłankę „ochrony środowiska”*, w: *Współczesne koncepcje ochrony wolności i praw podstawowych*, red. A. Bator, M. Jabłoński, M. Maciejewski, K. Wójciewicz, Wrocław 2013, s. 281–290.

Łabno A., *Ograniczenie wolności i praw człowieka na podstawie art. 31 Konstytucji III RP*, w: *Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP*, red. B. Banaszak, A. Preisner, Warszawa 2002, s. 693–709.

Marmor A., *What Is the Right to Privacy?*, „USC Law Legal Studies” 2014, nr 14–13, s. 1–24.

Murat L., *Naczelność Najwyższej Izby Kontroli*, „Przegląd Sejmowy” 2019, nr 3, s. 61–79.

Padrak R., *Postępowanie kontrolne NIK. Komentarz*, Wrocław 2012.

Puwalski M., *Prawo do prywatności osób publicznych*, Toruń 2003.

Rachels J., *Why Privacy Is Important*, „Philosophy and Public Affairs” 1975, nr 4, s. 323–333.

Rzucidło J., *Prawo do prywatności i ochrona danych osobowych*, w: *Realizacja i ochrona konstytucyjnych wolności i praw jed-*

- nostki w polskim porządku prawnym, red. M. Jabłoński, Wrocław 2014, s. 153–175.
- Serzhanova V., Krzysztofik E., *Zasada państwa prawa w polskim systemie prawnym oraz konsekwencje jej naruszenia w prawie Unii Europejskiej*, w: *Dookoła Wojtek... Księga pamiątkowa poświęcona Doktorowi Arturowi Wojciechowi Preisnerowi*, red. R. Balicki, M. Jabłoński, Wrocław 2018, s. 175–186.
- Sieńczyło-Chlabicz J., *Naruszenie prywatności osób publicznych przez prasę. Analiza cywilnoprawna*, Kraków 2006.
- Sobczyk P., *Sprawność działania jednostek samorządu terytorialnego jako zasada konstytucyjna w wybranych tezach Trybunału Konstytucyjnego*, „Narodowy Instytut Samorządu Terytorialnego” 2018, nr 44, s. 1–5.
- Sylwestrzak A., *Najwyższa Izba Kontroli. Studium prawnoustrojowe*, Warszawa 2006.
- Śledzińska-Simon A., *Analiza proporcjonalności ograniczeń konstytucyjnych praw i wolności. Teoria i praktyka*, Wrocław 2019.
- Taraszkiewicz M., *Prawne regulacje neutralności politycznej służby cywilnej w Polsce*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2020, nr 2, s. 219–239.
- Warren E., Brandeis V., *The Right to Privacy*, „Harvard Law Review” 1890, t. 4, nr 5, s. 193–220.
- Zakolska J., *Zasada proporcjonalności w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, Warszawa 2008.

Rzymska czy grecka?

O pochodzeniu zasady rodyjskiej o zrzucie morskim – *lex Rhodia de iactu*



Kacper Łądkowski

Doktorant w Szkole Doktorskiej Nauk Społecznych Uniwersytetu Jagiellońskiego przy Katedrze Prawa Rzymskiego na Wydziale Prawa i Administracji UJ.

✉ kacper.ladkowski@uj.edu.pl

<https://orcid.org/0000-0002-3916-303X>

Roman or Greek? On the Origins of the Rhodian Law of Jettison

What were the origins of the Rhodian law of jettison? Did the Romans really adopt the law created on the Greek island? The first part of the article examines the origin and authenticity of available sources. The second part deals with the origin of the idea to regulate this issue. Consequently, it appears that *lex Rhodia de iactu* was a maritime trade custom that developed in the Greek cultural background. When the Romans started to participate in the Mediterranean maritime trade, they adopted and transformed the custom in such a way that it became compatible to Roman law. This is how the Greek idea of settling a loss, incurred in the common interest, became one of the contractual elements of *locatio conductio*. It proves the usefulness and flexibility of that contract as well as the reasonableness of Roman law, which was able to accept good solutions from laws of other nations.

Słowa kluczowe: *Lex Rhodia de iactu*, prawo rzymskie, prawo morskie, recepcja prawa, zwyczaj handlowy

Key words: *Lex Rhodia de iactu*, Roman law, maritime law, reception of law, commercial custom

[https://doi.org/10.32082/fp.3\(77\).2023.1200](https://doi.org/10.32082/fp.3(77).2023.1200)

1. Wstęp

Wśród rzymskich instytucji prawnych jedna zwraca uwagę swoją nazwą – *lex Rhodia de iactu*. Użycie nazwy greckiej wyspy wydaje się intrygujące. Czy rzeczywiście Rzymianie recypowali ustawę z Rodos? Pytaniem tym wielokrotnie i od dawna się zajmowano, dochodząc często do

skrajnie przeciwnych wniosków¹.

1 S. Płodzień, *Lex Rhodia de iactu. Studium historycznoprawne z zakresu rzymskiego prawa handlowomorskiego*, wyd. 2, Lublin 2010, s. 59–61; W. Osuchowski, *Ze studiów nad rzymskim prawem morskim. Uwagi nad zagadnieniem zrzutu morskiego w prawie rzymskim*, „Czasopismo

Rozwój wiedzy prawniczej, a także archeologii, skłania do ponownego zajęcia się tym zagadnieniem.

Handel morski w starożytności mierzył się z mnogością sytuacji nieprzewidywalnych, zagrożeniami niemożliwymi do odparcia. Nagłe zmiany warunków pogodowych, prymitywne narzędzia nawigacyjne, niedoskonała budowa statków, których niskie burty nie były w stanie sprostać wysokim, sztormowym falom, a także stałe zagrożenie atakiem piratów sprawiały, że nigdy nie można było być pewnym, czy rozpoczęta podróż zakończy się szczęśliwym zawinięciem do portu przeznaczenia². Te ryzyka skłoniły starożytnych do odstąpienia od ogólnych zasad niektórych instytucji prywatnoprawnych i zastąpienia ich rozwiązaniami, których celem było utrzymanie równowagi między racjonalnością ekonomiczną a słusnością³.

Pierwszym z tych rozwiązań była pożyczka morska – *pecunia traiecticia*, w której pożyczkodawca przejmował na siebie całkowicie ryzyko związane z podróżą. W zamian za to uzyskiwał uprawnienie do pobierania wyższych, niż przy niezmodyfikowanym kontrakcie *mutuum*, odsetek⁴. Drugim szczególnym rozwiązaniem był wyższy stopień odpowiedzialności za szkody powstałe w związku z działalnością przewoźników morskich⁵. Trzecim odstępstwem od norm ogólnych była zasada rodyjska o rzucie morskim.

Lex Rhodia de iactu to zespół norm znajdujących zastosowanie w wypadku konieczności dokonania zrzutu morskiego (*iactus*), który był jednym z najskuteczniejszych sposobów ratowania statku z opresji⁶. Wyrzucenie za burtę części przewożonego ładunku pozwalało zmniejszyć zanurzenie jednostki i uchronić ją od zalania pokładu przez wysokie fale. Czyniło ją też lżejszą, co ułatwiało rozwinięcie większej prędkości, poprawiało jej zwrotność i umożliwiało skuteczną ucieczkę przed wrogim atakiem. O ile dokonanie zrzutu było korzystne dla wszystkich zaangażowanych w przedsięwzięcie morskie – armatora, właściciela statku, właścicieli ładunku i pasażerów – o tyle strata z niego wynikająca dotyczyła jedynie ograniczonego grona, czyli właścicieli wyrzuconego ładunku. Nie-równości tej zaradzili starożytni, formułując zasadę rozliczania szkody:

D. 14,2,1 (Paulus, ks. 2 „Zapatorywań”):

Lege Rhodia cavetur, ut, si levandae navis gratia iactus mercium factus est, omnium contributione quod pro omnibus datum est.

„Według ustawy rodyjskiej, jeżeli dokonano zrzutu morskiego celem odciążenia statku, to wszyscy powinni wziąć udział w rozliczeniu straty, która powstała w interesie wszystkich”.

Ten definicyjny fragment otwiera rozdział *Digestów justyniańskich* poświęcony zasadzie rodyjskiej. Jest wyrazem prymatu słusności nad bezlitosnymi zasadami obrotu gospodarczego wobec przypadkowej straty. Kolejne fragmenty rozdziału dotyczą, między innymi, zakresu odpowiedzialności i sposobu dochodzenia odszkodowania.

Stosowanie zasady rodyjskiej było nierozzerwalnie związane z kontraktem *locatio conductio*. Wieleś jego możliwych zastosowań i charakterystyczna elastyczność sprawiły, że był on dostosowany do potrzeb

tekście ryzyka podróży lądowych i morskich w antycznym Rzymie, w: *Prawne aspekty podróży i turystyki – historia i współczesność. Prace poświęcone pamięci Profesora Janusza Sondla*, red. P. Cybula, Kraków 2018, s. 610–613.

6 U.E. Paoli, *Droit attique et droit romain dans les rhéteurs latins*, w: *Altri studi di diritto greco e romano*, Milano 1976, s. 86, przyp. 43.

Prawno-Historyczne” 1951, s. 52; R. Zimmermann, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford 1996, s. 407–408.

- 2 Zob. Z. Benincasa, *Periculi pretium: prawne aspekty ryzyka związanego z podróżami morskimi w starożytnym Rzymie (II w. p.n.e.–II w. n.e.)*, Warszawa 2011, s. 48; J. Jundziłł, *Rzymianie a morze*, Bydgoszcz 1991, s. 37–43; L. Casson, *Starożytni żeglarze basenu Morza Śródziemnego*, przeł. L. Teliga, Warszawa 1965, s. 237–241; S. Ducin, *Sztuka nawigacji w starożytnej Grecji i w Rzymie*, Lublin 1997, s. 81–92, 109.
- 3 W. Dajczak, *Zobowiązania*, w: W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Bérier, *Prawo rzymskie. U podstaw prawa prywatnego*, wyd. 3, Warszawa 2018, s. 572–573.
- 4 Zob. G. Blicharz, *Prawne aspekty finansowania transportu morskiego w starożytnym Rzymie*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 2012, z. 2, s. 293–294.
- 5 A także oberżystów i prowadzących stajnie. Zob. K. Wyrwińska, *Fide, sed cui, vide... Niektóre aspekty odpowiedzialności ex recepto armatorów, oberżystów i gospodarzy stajen w kon-*

handlu morskiego i doskonale odpowiadał wymaganiom przewoźników i ich klientów⁷. Umówienie się w ten sposób o przewóz towarów otwierało drogę do zastosowania zasady w przypadku dokonania zrzutu morskiego. Aby było to możliwe, spełnione musiały być następujące przesłanki: i) statkowi i towarom musiało grozić wspólne niebezpieczeństwo; ii) wystą-

do wystąpienia z odpowiednią skargą przeciwko tym, których towary ocalały. Przysługiwało mu też prawo zatrzymania niewydanego jeszcze ładunku¹¹. Dokonywano obliczenia wysokości straty i dzielono ją na wszystkie osoby zaangażowane w feralne przedsięwzięcie morskie – właściciele towarów, tak wyrzuconych, jak ocalałych, właściciela statku¹² i pasażerów.



Lex Rhodia de iactu to zespół norm znajdujących zastosowanie w wypadku konieczności dokonania zrzutu morskiego (*iactus*), który był jednym z najskuteczniejszych sposobów ratowania statku z opresji.

piła konieczność poświęceń materialnych; iii) działanie ratunkowe musiało być podjęte we wspólnym interesie; iv) właściciele towarów musieli ponieść rzeczywistą szkodę; v) zrzut musiał skutkować przynajmniej chwilowo pozytywnym efektem⁸. Właściciele wyrzuconego ładunku występowali wówczas przeciwko kapitanowi (*magister navis*)⁹ ze skargą – *actio conducti* albo *actio locati*, zależnie od uprzedniego ukształtowania stosunku zobowiązaniowego¹⁰. Kapitan miał zaś prawo

Intrygująca nazwa, sposób stosowania – za pomocą skarg kontraktowych – i skąpość materiału źródłowego budzą wątpliwości dotyczące pochodzenia zasady rodyjskiej. Czy rzeczywiście pochodziła z wyspy Rodos, czy też była wytworem rzymskiej myśli prawniczej? Odpowiedzi na tak postawione pytanie można poszukiwać z dwu perspektyw – formalnej, analizującej dostępne źródła prawa, oraz materialnej, skupiającej się na treści tego prawa. Rozstrzygnięcie, czy Rzymianie dokonali recepcji zasady rodyjskiej, a zatem, czy przyswoili ją sobie, nie mając udziału w jej powstawaniu¹³, wywoła ewentualną konieczność odpowiedzi na pytanie o kształt i charakter tejże recepcji.

7 Ł. Marzec, *Wokół locatio conductio. Prawne aspekty przewozu i transportu morskiego w dawnym Rzymie*, w: *Prawne aspekty...*, s. 374, 377.

8 Inne ujęcie przesłanek zasady rodyjskiej: S. Plodzień, *Lex...*, s. 74; İ.S. Söğüt, *A Synoptic Overview of the Lex Rhodia De Iactu*, „Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi” 2017, nr 23, s. 225–227; B. Zalewski, *Od rzymskiego prawa morskiego do polskiego prawa zobowiązań. Kilka uwag na temat historycznej genezy art. 438 k.c.*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2019, nr 3, s. 234.

9 Zob. M. Ignjatović, *Exercitor and magister navis in Roman Law*, „Facta Universitatis. Law and Politics” 2018, nr 3, s. 165 i n.

10 Ł. Marzec, *Some remarks on sea transport and its legal regulations in roman law*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2019, nr 3, s. 35–36.

2. Analiza formalna

Poszukiwania pochodzenia zasady o zrzucie rozpocząć należy od źródeł prawa rzymskiego, ponieważ to one przechowały do czasów współczesnych określenie „rodyjska”. Zagadnienie to w sposób najszerszy ujęły *Digesta justyniańskie*, a dokładniej drugi rozdział ich

11 D. 14,2,2 pr. (Paulus, ks. 34 „Komentarza do edyktu”).

12 Inaczej: İ.S. Söğüt, *A Synoptic Overview...*, s. 228–229.

13 Zob. R. Sobański, *Recepcja prawa w Kościele*, „Prawo Kanoniczne” 2003, nr 3–4, s. 4.

czternastej księgi (D. 14,2,1–10), zatytułowany: *De lege Rhodia de iactu*. Jest on podzielony na dziesięć fragmentów, których autorami, w niejednakowym zakresie, są: Paulus, Julian, Papinian, Callistratus, Hermogenian, Wolusius Mecianus i Labeon. Ostatni z nich żył i tworzył na przełomie I w. przed Chr. i I w. po Chr., Hermogenian tworzył na przełomie III i IV w. Pozostali, w tym także Paulus, którego ten rozdział *Digestów* cytuje najobszerniej, żyli w II w. po Chr. Fragmenty te kilkaset lat później w latach 530–533 zostały zebrane i opracowane przez kompilatorów justyniańskich¹⁴.

Digestów o zasadzie rodyjskiej jest autentyczny, ale o tym, które jego fragmenty i w jakim stopniu należałyby uznać za nieautentyczne oraz jakie mogłyby to mieć znaczenie dla rozumienia samej zasady¹⁶.

Pierwsza wątpliwość wynika ze skąpości materiału źródłowego. Nazwa wyspy pojawia się weń jedynie trzy razy: w tytule rozdziału *Digestów* (*De lege Rhodia de iactu*) i w dwóch jego fragmentach: pierwszym, definicyjnym, autorstwa Paulusa, oraz dziewiątym, autorstwa Voliusa Maecianusa. Pozostałe fragmenty opisujące prawo o zrzucie morskim nie wspominają jego rodyjskiego pochodzenia; nie ma o tym także żad-



Intrygująca nazwa, niespotykany sposób stosowania – za pomocą skarg kontraktowych – i skąpość materiału źródłowego budzą wątpliwości dotyczące pochodzenia zasady rodyjskiej.

Były one bardzo krytycznie oceniane pod kątem ich autentyczności. Zastrzeżenia nie były wysuwane jedynie pod adresem dwóch krótkich fragmentów – trzeciego i siódmego¹⁵. Zarzuty budowano na argumentach formalnych, dotyczących warstwy gramatycznej, ortograficznej i stylistycznej tekstów, oraz materialnych, które dotyczyły spójności, konsekwencji i merytorycznego – w tym także historycznego – ich znaczenia. Dodatkową trudność w ustaleniu autentyczności tekstów stanowiły naleciałości greckiej myśli prawnej. Niemożliwe wydaje się stwierdzenie, czy są one wynikiem interpolacji autorstwa przesiąkniętych grecką kulturą prawników justyniańskich, czy też rodyjskiego pochodzenia samej omawianej zasady. Wobec tego w literaturze nie dyskutuje się już o tym, czy rozdział

nej wzmianki w innych rzymskich źródłach. Jeszcze większą niejasność wywołuje próba oceny klasycznego pochodzenia wspomnianych fragmentów. Pierwszy z nich – tytuł – jest rzecz jasna tworem justyniańskim, stworzonym dla nazwania rozdziału powstającego wówczas dzieła. Fragment dziewiąty – oryginalnie grecki – wywołuje w literaturze przedmiotu niemało zastrzeżeń, które nie mają jednak znaczenia dla zagadnienia recepcji zasady o zrzucie, ponieważ dotyczą prawa celnego¹⁷.

Wart uwagi pozostaje fragment pierwszy, pochodzący z drugiej księgi *Sentencji* Paulusa, lapidarnie definiujący omawianą zasadę. Przetrwał on do naszych czasów nie tylko dzięki kompilacji justyniańskiej. Znajduje się także w *Brewiarzu* Alaryka, co pozwala dokonać przydatnego porównania:

14 P.E. Pieler, *Justinianische Zeit, w: Handbuch des Römischen Privatrechts*, t. 1, red. U. Babusiaux i in., Tübingen 2023, s. 106–108.

15 *Index Interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur*, t. 1, red. E. Levy, E. Rabel, Weimar 1929, s. 286–287.

16 S. Plodzień, *Lex...*, s. 66–74.

17 Na temat tego fragmentu zob. więcej: G. Purpura, *Il regolamento doganale di Cauno e la lex Rhodia in D.14,2,9*, „Annali del seminario giuridico Università degli Studi di Palermo” 1985, nr 38, s. 273–331.

Pauli Sent. 2,7,1 (Do ustawy rodyjskiej)¹⁸:

Levandae navis gratia iactus cum mercium factus est, omnium intributione sarciatur, quod pro omnibus iactus est.

„Jeżeli dokonano zrzutu morskiego celem odciążenia statku, to wszyscy powinni wziąć udział w rozliczeniu straty, która powstała w interesie wszystkich”.

Dwa teksty różni jedynie początek. W niepocho-
dzającym z kompilacji nie ma trzech pierwszych słów
tekstu justyniańskiego – *Lege Rhodia cavetur*, a zatem –
jak się zdaje – jedynego wiarygodnego elementu,
który łączyłby treściowo *Digesta* z prawem rodyjskim.
Co prawda przywołany fragment *Sentencji*
mieści się pod tytułem VII *Ad legem Rhodiam*, ale
jest on rekonstrukcją stworzoną poprzez *Brewiarz*,
stąd jego autentyczność jest w najlepszym razie bar-
dzo wątpliwa¹⁹. Oprócz tego, spośród przywołanych
fragmentów, jedynie tytuł używa pełnego, wypowia-
danego dziś jednym tchem, wyrażenia *lex Rhodia de*
iactu. Zarówno definicyjny fragment Paulusa, jak

nych w średniowieczu *actiones adiecticis qualitatis*²⁰.
Te dwa zagadnienia następują po sobie w *Instytu-*
cjach Gaiusa i w pozostałych dziełach kompilacji:
Kodeksie i *Instytucjach*²¹. Świadczy to o wyjątkowo-
ści omawianego rozdziału, ale nie musi przemawiać
na rzecz jego fałszywości. Prawdopodobnie rozdział
ten został złożony przez kompilatorów z fragmen-
tów uprzednio zamieszczonych w ramach rozwa-
zań o kontrakcie *locatio conductio*, by podkreślić
odrębność tej instytucji i ułatwić jej zrozumienie
oraz stosowanie²².

Wątpliwości potęguje brak wzmianek o omawianej
zasadzie w innych źródłach rzymskich. To znamienne,
bo po tak przekrojowych opracowaniach jak *Insty-*
tucje Gaiusa można by było się spodziewać choćby
wzmianki o tym szczególnym rozwiązaniu²³. Pozostałe
części kompilacji Justyniana także nie wspominają
tego zagadnienia. Należy wobec tego stwierdzić, że
w źródłach rzymskich nie ma żadnego tekstu, który
wiarygodnie potwierdzałby rodyjskie pochodzenie
zasady o zrzucie.

Można przypuszczać, że dodanie w VI wieku wyrażeń wskazujących wyspę Rodos jako ojczyzną zasady o zrzucie morskim miało uzasadnienie. Nie uczyniono tego przypadkiem.

i D. 14,2,9 zawierają jedynie słowa *lex Rhodia*, bez
dookreślenia mówiącego o treści rzekomej *lex*, czyli
o zrzucie (*de iactu*).

Pewną niejasność wywołuje także samo umiej-
scowienie rozdziału dotyczącego zasady rodyjskiej
w *Digestach*. Znajduje się on pomiędzy rozdziałami
De exercitoria actione oraz *De institoria actione*, które
dotyczą skarg o charakterze dodatkowym, nazwa-

Z drugiej strony należy zastanowić się nad sensem
tych interpolacji. Można przypuszczać, że dodanie
w VI w. wyrażeń wskazujących Rodos jako źródło
zasady o zrzucie morskim miało uzasadnienie. Nie
uczyniono tego przypadkiem. Może być to wyraz
panującego wówczas przekonania o rodyjskiej pro-

18 *Collectio librorum iuris anteiustiniani. Fragmenta minora saeculorum p. Chr. N. secundi et tertii*, red. P. Krueger, Berlin 1878, s. 62.

19 S. Płodzień, *Lex...*, s. 47.

20 T. Giaro, *Kształtowanie praw prywatnych – czynności prawne*, w: W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Brier, *Prawo rzymskie...*, s. 150.

21 W. Osuchowski, *Ze studiów...*, s. 51.

22 S. Płodzień, *Lex...*, s. 61.

23 W. Osuchowski, *Ze studiów...*, s. 43.

wenienencji tych regulacji²⁴. W takiej sytuacji dodanie określenia miejsca mogłoby być dopowiedzeniem, uzupełnieniem tekstu Paulusa, który – być może nie uznając za celowe i wartościowe podkreślenia nierzymskiego pochodzenia tego prawa – kwestię tę pominął. Zabieg ten mógł być także wynikiem porównania merytorycznej treści prawa rodyjskiego (czy przynajmniej zwanego rodyjskim) i rzymskiej zasady dotyczącej zrzutu. W ten sposób dokonano by uzgodnienia zamkniętego rzymskiego porządku prawnego i rzeczywiście obowiązującego prawa morskiego. Te dwie hipotezy, mimo że w żadnej mierze nie udowadniają rodyjskiego pochodzenia zasady, nie pozwalają przyjąć za pewne twierdzenia przeciwnego, a zatem poglądu o jej całkowicie rzymskim rodowodzie. Nie wykazują one bowiem, że interpolacje dokonane na tekście D. 14,2,1 mają charakter innowacyjny²⁵.

Próżno szukać wyjaśnienia tego zagadnienia za pomocą analizy źródeł pojustyniańskich, a dokładniej rzymsko-bizantyńskich. Zagadnienie zrzutu morskiego znalazło miejsce we wstępie do trzeciego tytułu księgi 53. *Bazylik*. Jest to opracowanie tekstu Paulusa przekazanego w D. 14,2,1, w którym jednak nie ma żadnego odwołania do ustawy rodyjskiej²⁶. Kilku ciekawych uwag na tym tle dokonał Waław Osuchowski, który zauważył, że dzieło to było opracowane ponad sto lat po powstaniu tak zwanego prawa pseudorodyjskiego (*Nóμος Ῥοδίων ναυτικός*)²⁷, znanego twórcom *Bazylik*, którzy umieścili jego nazwę w innym miejscu tej samej księgi. Można przypuszczać, że jeśli zasada o zrzucie

znana była wówczas jako rodyjska, to poczyniono by o tym przynajmniej wzmiankę przy omawianiu prawa rodyjskiego. Co więcej, *Bazyliki* i *Nóμος Ῥοδίων ναυτικός*, mówiąc o zrzucie morskim oraz obowiązku wspólnego wyrównania szkody, posługują się innymi terminami, co oznacza, że różni byli autorzy poszczególnych tekstów *Bazylik*, a także – jak się zdaje – różne było źródło pochodzenia tych tekstów. Jest wobec tego bardzo prawdopodobne, że teksty dotyczące zrzutu morskiego oraz te dotyczące prawa pseudorodyjskiego były umieszczone w owym zbiorze zupełnie od siebie niezależnie. Dowodzi to, że zagadnienie rozliczania zrzutu morskiego nie uchodziło nawet w czasach bizantyńskich za rozwiązanie rodyjskie²⁸.

U końca rozważań dotyczących argumentów formalnych mówiących o pochodzeniu *lex Rhodia* trudno nie wspomnieć o stosunkowo niedawnym znalezisku archeologicznym w rodyjskim porcie. Odkryto tam marmurową kolumnę pochodzącą według szacunków z II albo III w. po Chr. z następującym napisem: *Lex Rodia cavetur ut si levandae navis gratia iactus mercium factum est omnium contributione sarcitur quod pro omnibus datum est*²⁹. Jest to zdanie niemalże identyczne z fragmentem D. 14,2,1. Pojawiają się dwie drobne różnice. W *Digestach* nazwa prawa zapisana jest jako *Rhodia*, na znalezionej kolumnie zaś jako *Rodia*; ponadto w *Digestach* użyte zostało słowo *sarcitur*, a na kolumnie znaleźć można słowo *sarcitur*³⁰. Wydaje się, że – szczególnie w czasach, gdy nie używano zasad gramatycznych i ortograficznych – różnice te nie mają żadnego znaczenia. Datowanie oraz położenie tego znaleziska stanowią dowód na to, że w okresie klasycznym istniała jakaś zasada rodyjska o zrzucie. Zdaje się to wykluczać tezę o całkowitym jej stworzeniu przez kompilatorów justyniańskich. Nie ma jednak żadnego dowodu, który potwierdziłaby

24 S. Płodzień, *Lex...*, s. 53.

25 Por. K. Sorka, *Interpolacje „Digestów” justyniańskich. Rys historyczno-metodologiczny*, „Forum Prawnicze” 2017, nr 5, s. 62–63.

26 *Basilicorum Libri LX. Series a Volumen VII. Textus Librorum LIII–LIX*, red. H.J. Scheltema, N. van der Wal, Groningen’s-Gravenhage 1974, s. 2448.

27 Zbiór prawa powstały prawdopodobnie ok. 740 r. po Chr., którzy szczegółowo regulował rodyjskie rozwiązania dotyczące prawa morskiego. W literaturze podnoszone są liczne wątpliwości tak co do datowania tego zbioru, jak i co do jego charakteru. Cieszył się popularnością w średniowieczu i wywarł niemały wpływ na kształtowanie się późniejszego prawa morskiego. Zob. więcej na ten temat: S. Matysik, *Prawo nadbrzeżne (ius naufragii). Studium z historii prawa morskiego*, Toruń 1950, s. 57–58.

28 W. Osuchowski, *Ze studiów...*, s. 44–47.

29 Więcej o tym znalezisku zob. G. Purpura, *Ius naufragii, sylai e lex Rhodia. Genesi delle consuetudini maritime mediterranee*, „Annali del seminario giuridico Università degli Studi di Palermo” 2002, nr 42, s. 288 i n.

30 E. Chevreau, *La Lex Rhodia de iactu: Un Exemple de la Reception d’Une Institution Etrangere dans le Droit Romain*, „Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis” 2005, nr 1, s. 71–72 i przyp. 20.

rodyjskie pochodzenie inskrypcji na kolumnie, zatem dowód ten nie przesądza o recepcji *lex Rhodia*.

Formalna analiza tekstów źródłowych okazuje się niewystarczającą dla oceny pochodzenia zasady rodyjskiej. Skąpe materiały nie pozwalają na dostatecznie pewną falsyfikację niektórych hipotez, ale jednocześnie nie umożliwiają potwierdzenia którychkolwiek. Liczne wątpliwości zmuszają do materialnej analizy źródeł w nadziei, że to one dadzą wskazówki co do zjawiska recepcji *lex Rhodia*.

3. Analiza materialna

Materialne spojrzenie na zagadnienie możliwej recepcji zasady o zrzućcie morskim z prawa rodyjskiego do prawa rzymskiego zacząć należy od rozważenia, czy taka recepcja była w ogóle możliwa. Zwykło się przyjmować, że prawo rzymskie przewyższało w każdym właściwie aspekcie prawa antyczne, a Rzymianie doskonale zdawali sobie z tego sprawę. Wynikała z tego niska ocena praw innych narodów i niechęć do korzystania z ich dorobku, a co za tym idzie – rzadkie przypadki przejmowania jakichkolwiek obcych rozwiązań³¹. Najdonioślejszy i najbardziej znany – choć wczesny i niepewny – przykład tego zjawiska to Ustawa XII tablic, której stworzenie miało być poprzedzone wysłaniem poselstwa do Aten w celu zbadania ustawodawstwa Solona i wykorzystania tego doświadczenia³². Oprócz tego jako instytucje o greckim rodowodzie wymienia się także pożyczkę morską, depozyt nieprawidłowy, zadatek typu greckiego (*arrha poenientialis*) oraz kontrakty literalne³³.

Jednym z najbardziej przekonujących śladów recepcji prawa greckiego o zrzućcie do prawa rzymskiego wydaje się podobieństwo rzymskiej zasady opisanej w D. 14,2 i typowo greckiej konstrukcji wspólności (wspólnoty) niebezpieczeństwa³⁴ (*κοινός κίνδυνος*). Według niej odpowiedzialność wynika ze szkody powstałej z jednej i tej samej niebezpiecznej sytuacji, w jakiej znalazły się dane osoby, nawet jeśli wcześniej nie istniał między

nimi stosunek zobowiązaniowy. Podobną argumentację znaleźć można w *Digestach*:

D. 14,2,5 pr. (Hermogenian, ks. 2 „Wyciągu z pism jurystów klasycznych”)

Amisae navis damnum collationis consortio non sarcitur per eos, qui merces suas naufragio liberaverunt: nam huius aequitatem tunc admitti placuit, cum iactus remedio ceteris in communi periculo salva navi consultum est.

„Strata powstała w wyniku zatonięcia statku nie jest pokrywana przez tych, którzy wydobyli swe towary z wraku. Słuszność bowiem można przyznać tylko wówczas, gdy zrzućcie morski został zarządzony dla ratowania reszty znajdującej się we wspólnym niebezpieczeństwie i gdy poskutkowało to uratowaniem statku”.

Hermogenian zauważył w powyższym tekście, że na podstawę obowiązku wspólnego wyrównania szkody składają się dwa człony: słuszność (*aequitas*) i wspólne niebezpieczeństwo (*communi periculo*). To drugie wyrażenie nie jest typowe dla języka jurystów rzymskich i pojawia się w źródłach tylko jeszcze jeden raz, w tekście dotyczącym użyczenia³⁵. Sugeruje to nie-rzymskie pochodzenie tego rodzaju argumentacji i tym bardziej skłania do skojarzenia tego wymogu z grecką konstrukcją *κοινός κίνδυνος*. Nie została ona przejęta przez prawo rzymskie jako taka³⁶, co mogło wynikać z jednej strony ze wspomnianego braku poważania dla obcych praw, z drugiej zaś z tego, że mocno praktyczne nastawienie jurystów i kazuistycznie sformułowane prawo nie dawały pola dla rozwoju konstrukcji o tak wysokim stopniu ogólności³⁷. W porównaniu z innymi rozwiązaniami rzymskimi wspólność niebezpieczeństwa mogła sprawić wrażenie jedynie teoretycznej. Wykluczało to jej bezpośrednie przejęcie do rzymskiego porządku prawnego, ale nie wykluczało potraktowania jej jako inspiracji dla rodzimych rozwiązań.

31 M. Kuryłowicz, *Prawa antyczne. Wykłady z historii najstarszych praw świata*, Lublin 2006, s. 151.

32 M. i J. Zabłoccy, *Ustawa XII tablic. Tekst – tłumaczenie – objaśnienia*, wyd. 2, Warszawa 2003, s. 5.

33 E. Chevreau, *La Lex...*, s. 68; M. Kuryłowicz, *Prawa antyczne...*, s. 151.

34 Tak: E. Chevreau, *La Lex...*, s. 75; S. Płodzień, *Lex...*, s. 54–55.

35 D. 13,6,21,1 (Africanus, ks. 8 „Problemów prawnych”).

36 Inaczej: W. Litewski, *Podstawowe wartości prawa rzymskiego*, Kraków 2001, s. 124.

37 Por. W. Litewski, *Jurisprudencja rzymska*, Kraków 2000, s. 107; Z. Truskiewicz, *Rozumieć prawo*, Kraków 2023, s. 130.

Przeciwnicy poglądu o recepcji ustawy rodyjskiej jako sztandarowego argumentu używają sposobu dochodzenia roszczeń w jej wykonaniu. Dokonywało się to za pomocą skarg *ex locato i ex conducto*³⁸, co oznacza, że sama *lex Rhodia* była zapewne traktowana jako jeden z elementów stosunku zobowiązaniowego najmu, a według sceptyków wyklucza to możliwość przyjęcia, iż pochodziła ona spoza Rzymu³⁹. Z taką argumentacją nie zgadzają się autorzy przychylniej

których można było owej recepcji dokonać. Skoro nie istniała osobna konstrukcja wspólności niebezpieczeństwa, konieczne było jej opisanie za pomocą już znanej siatki pojęciowej. Należało zatem znaleźć sposób na połączenie węzłem prawnym wszystkich zainteresowanych rozliczeniem zrzutu morskiego, wszak układ stosunków prawnych przy żegludze handlowej, w którym dominował kontrakt *locatio conductio*, miał charakter dwójkowy, to znaczy, że poszczególni właściciele



Wydaje się, że używanie skarg ze stosunku najmu w odniesieniu do zrzutu morskiego nie dowodzi rzymskiego pochodzenia tego rozwiązania, lecz raczej uprawdopodobnia jego nierzymski rodowód.

zapatrujący się na grecki rodowód zasady o zrzucie. Zauważają, że użycie skarg z kontraktu *locatio conductio* w żadnej mierze nie wyklucza recepcji *lex Rhodia*, a wręcz dowodzi geniuszu prawa rzymskiego, które wykształciło tak elastyczne⁴⁰ instytucje, że były w stanie przyjąć i objąć zakresem swego działania rozwiązania zupełnie obce i różne od rodzimych⁴¹. Wydaje się, że używanie skarg ze stosunku najmu w odniesieniu do zrzutu morskiego nie dowodzi rzymskiego pochodzenia tego rozwiązania, lecz raczej uprawdopodobnia jego nierzymski rodowód, a to z dwu powodów.

Po pierwsze, zakładając, że *lex Rhodia* oryginalnie była rozwiązaniem greckim i jako taka została przyjęta do prawa rzymskiego, brakło instytucji, za pomocą

których cięle towarów zawierali stosunek zobowiązaniowy z armatorem i – poza okolicznościami faktycznymi – nie łączyły ich nic z pozostałymi właścicielami. Siłą rzeczy jedynym łącznikiem dla wszystkich zainteresowanych stawał się ten, który zawierał umowy ze wszystkimi – *magister navis* – i to jedynie na nim można było zbudować swego rodzaju rzymską wersję wspólności niebezpieczeństwa⁴².

Po wtóre, poszukiwanie odpowiedniej dla greckiego prawa o zrzucie morskim konstrukcji w prawie rzymskim nie musiało być nazbyt trudnym przedsięwzięciem, a wręcz wynikało z natury stosunku zobowiązaniowego. Gdyby bowiem *lex Rhodia* nie obowiązywała, wyrzuceniem przez kapitana czyjegoś towaru za burtę, niezależnie od okoliczności, stanowiłoby poważne naruszenie stosunku zobowiązaniowego najmu i rodziłoby odpowiedzialność odszkodowawczą po jego stronie; gdyby zaś dokonał tego któryś z pasażerów, mogłoby to stanowić delikt. Pamiętać jednak należy o zaostrzonej odpowiedzialności przewoźników morskich wynikającej z edyktu *de receptis*, wedle którego obowiązani byli oni do zapłaty odszkodowania za utratę rzeczy w trakcie wykonywania działalności

38 D. 14,2,2 pr. (Paulus, ks. 34 „Komentarza do edyktu”).

39 Por. W. Osuchowski, *Ze studiów...*, s. 45–46 i powołana tam literatura.

40 Co do pojęcia elastyczności prawa zob. F. Longchamps de Bérier, *O elastyczności prawa spadkowego. Fideikomis uniwersalny w klasycznym prawie rzymskim*, wyd. 2, Warszawa 2006, s. 187–188.

41 A. Földi, *Einige Probleme der lex Rhodia im römischen Recht*, w: *Ius Romanum schola sapientiae. Pocta Pertovi Blahovi k. 70 narodeninám*, red. P. Mach, M. Nemeč, M. Pekarik, Trnava 2009, s. 113 i n.

42 E. Chevreau, *La Lex...*, s. 77; S. Płodzień, *Lex...*, s. 55.

gospodarczej⁴³. Wynika z tego, że niezależnie kto bezpośrednio dokonałby zrzutu morskiego, odpowiedzialność wobec właściciela towaru ponosiłby *magister navis*. Uznawana zatem za szczególną konstrukcją polegającą na zwracaniu się do niego w celu uzyskania odszkodowania była zwyczajną procedurą zasadzającą się na odpowiedzialności kontraktowej. Naturalne musi się zatem wydać wykorzystanie jej do regulowania zrzutu morskiego, gdyż – mimo skomplikowanych rozliczeń – stanowiła jedynie modyfikację zwyczajnej drogi dochodzenia odszkodowania⁴⁴. W żaden sposób nie wyklucza to możliwości przyjęcia owej modyfikacji z obcego porządku prawnego.

Nierozwiązana pozostaje kwestia tego, dlaczego Rzymianie mieliby przyjąć grecką konstrukcję z tak dużą jej modyfikacją, czyli nie jako osobną instytucję, ale jako element wpisany w kontrakt *locatio conductio*. Tłumaczyć to mogą dwie przyczyny. Niemożliwe było przejście wprost zasady w jej greckiej formie, ponieważ Rzymianie rozgraniczali sytuacje, w których szkoda na towarze była całkowita, od tych, kiedy była ona jedynie częściowa. W pierwszym przypadku możliwe było powołanie się na siłę wyższą (*vis maior*), co całkowicie wyłączało odpowiedzialność przewoźnika⁴⁵, w drugim używano *lex Rhodia*, za pomocą której odpowiedzialność rozkładano na wszystkich uczestników nieszczęśliwej podróży. Gdyby stosować wprost wspólność niebezpieczeństwa, nie byłoby możliwości delimitacji tych różnych sytuacji i, w konsekwencji, odmiennego ukształtowania zakresów odpowiedzialności.

43 W. Dajczak, *Zobowiązania...*, s. 500–501. Edykt ten wprowadzony został najpóźniej w I w. przed Chr., a zatem niedługo po dołączeniu przez Rzymian do intensywnej wymiany handlowej na morzu, stąd można przypuszczać, że jego pojawienie się w prawie rzymskim uprzedzało zasadę rodyjską i może być on brany pod uwagę w tych rozważaniach. Por. w tej kwestii A. Santos Justo, *Contrato de Transporte marítimo (Dierito Romano justinianeu) e Breves reflexos no direito português*, w: *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo*, t. 9. *Derecho comercial romano*, red. J. García Sánchez, Madrid 2021, s. 1003–1005; J. Krzynówek, *Odpowiedzialność przedsiębiorcy (exercitor) w prawie rzymskim*, Warszawa 2000, s. 33 i n.

44 R. Zimmermann, *The Law...*, s. 407.

45 Zob. M. Sobczyk, *Siła wyższa w rzymskim prawie prywatnym*, Toruń 2005, s. 95 i n.

działności. Co więcej, nie było w prawie rzymskim narzędzi, które pozwoliłyby wprost implementować wspólność niebezpieczeństwa w jej greckiej formie. Brakowało skargi, która umożliwiałaby dochodzenie roszczeń z niej wynikających⁴⁶, co – wobec wybitnie procesowego charakteru prawa rzymskiego⁴⁷ – stanowiło niemałą przeszkodę. Wobec tego twórcy znanego z *Digestów* kształtu *lex Rhodia* musieli poszukiwać sposobu jej stosowania wewnątrz istniejących już typów stosunków prawnych wykorzystywanych w podróżach morskich⁴⁸.

Oprócz tych dwóch najważniejszych grup argumentów dotyczących możliwej recepcji zasady o zrzucie do prawa rzymskiego pojawiają się inne, które tezie tej mają przeczyć lub ją potwierdzać. Wśród nich ważna jest uwaga dotycząca nazewnictwa proporcjonalnego wyrównania szkody spowodowanej zrzutem. Wielość określeń, które w tym przypadku stosowano⁴⁹, może sugerować, że konstrukcja ta była powszechnie znana w prawie rzymskim, wszak gdyby przyjęto ją z obcej ustawy, najprawdopodobniej – poprzez konieczność dokonania tłumaczenia – określana byłaby jednym wyrażeniem⁵⁰. Nie ma także wobec tego powodu, by wysnuwać zbyt daleko idące wnioski z faktu, że podobne określenia znajdowały się w zbiorze prawa pseudorodyjskiego⁵¹.

Wart zauważenia jest także fragment *Digestów*, który mówi o przeładowywaniu części towarów na łódkę u ujścia rzeki⁵². Jego treść pokazuje wysoki stopień przetworzenia obcego prawa przez Rzymian. Ustawa rodyjska ze względów geograficznych i historycznych nie mogła dotyczyć żeglugi śródlądowej – takiej Rodyj-

46 Chociażby powołana przez Emmanuelle Chevreau (*La Lex...*, s. 77) *actio communi dividundo*, która mogłaby się wydawać w tej sytuacji pomocna, nie mogła znaleźć zastosowania, wszakże była to skarga działowa dotycząca własności, nie zaś podziału szkody. W sytuacji zrzutu morskiego nie było wspólnej własności, którą można by podzielić, ale wspólne zobowiązanie.

47 W. Litewski, *Jurisprudencja...*, s. 95 i n.

48 E. Chevreau, *La Lex...*, s. 75–77.

49 *Contributio, collatio, tributum, in commune conferre, conferendum, proportione commincetur*.

50 W. Osuchowski, *Ze studiów...*, s. 47.

51 *Tamże*, s. 47–48.

52 D. 14,2,4 pr. (Callistratus, ks. 2 „Problemów prawnych”).

czycy po prostu nie uprawiali. Fakt ten jest uznawany przez niektórych za dowód na niemożliwość obcego pochodzenia *lex Rhodia*⁵³.

4. Możliwy rodzaj recepcji

Zarówno formalna, jak i materialna analiza argumentów dotyczących możliwej recepcji zasady o zrzucie do prawa rzymskiego nie dają jednoznacznych i przekonujących odpowiedzi. Przywoływane argumenty nie raz zdają się stawać wobec siebie w sprzeczności. Ciekawą i – jak się zdaje – przekonującą koncepcję podziału tychże argumentów zaproponowano, dzie-

Rhodia, prawdopodobnie obowiązywało zatem nie tylko na Rodos, ale w całym basenie Morza Śródziemnego i służyło ujednoczeniu oraz uporządkowaniu zasad żeglugi handlowej. Wydaje się to tym bardziej prawdopodobne, że koncepcja dywersyfikacji ryzyka szkody pomiędzy uczestników jednego przedsięwzięcia gospodarczego znana była ludom zamieszkującym ów obszar na długo przed rzymską dominacją⁵⁶. Niewielkie jest zatem prawdopodobieństwo przejęcia pisanej ustawy z prawa rodyjskiego. Dowodzą tego argumenty wynikające z analizy tekstów źródłowych – liczne nieścisłości terminologiczne i wybitnie rzymski cha-



Ślusne wydaje się tytułowanie analizowanej tu konstrukcji zasadą rodyjską o zrzucie zamiast bardziej popularnej w literaturze nazwy – ustawy rodyjskiej o zrzucie.

łąc rozważania dotyczące recepcji *lex Rhodia* na dwa obszary: dotyczący możliwości przyjęcia przez Rzymian zasady (*le principe*) traktującej o zrzucie morskim oraz technicznej implementacji konkretnego rozwiązania normatywnego (*la règle*)⁵⁴. Ten podział daje nadzieję na uzyskanie wartościowych wyników.

W pierwszej kolejności należy przeanalizować możliwość implementacji wprost prawa rodyjskiego. W świetle nakreślonych argumentów wydaje się to niemożliwe z kilku powodów. Słabo rozwinięty – w porównaniu do rzymskiego – charakter praw greckich, jak i skąpe źródła nie pozwalają stwierdzić, czy jakiegokolwiek prawo pisane dotyczące zrzutu morskiego na Rodos istniało. Wygląda na to, że było to prawo zwyczajowe, na wzór *lex mercatoria*, nie zaś konkretna ustawa, z której Rzymianie mogliby zaczerpnąć normy⁵⁵. To, co powszechnie uznaje się za *lex*

niektórych fragmentów. Ponadto wiarygodność tej teorii jest mocno osłabiana niechęcią Rzymian wobec praw innych ludów i nielicznymi przypadkami recepcji. W końcu układ rozdziału D. 14,2 sugerujący, że został on złożony z uprzednio rozproszonych tekstów, pozwala uważać techniczną implementację zasady rodyjskiej za niemożliwą. Ślusne wydaje się wobec tego tytułowanie tej konstrukcji zasadą rodyjską o zrzucie zamiast bardziej popularnej w literaturze nazwy – ustawy rodyjskiej o zrzucie⁵⁷.

Zupełnie odmiennie przedstawia się kwestia możliwości przejęcia *lex Rhodia* jako zasady, a zatem swego rodzaju pomysłu na uregulowanie zrzutu morskiego. Taki sposób recepcji wydaje się prawdopodobny, nie-

53 W. Osuchowski, *Ze studiów...*, s. 48.

54 E. Chevreau, *La Lex...*, s. 69 i n.

55 Tak M. Kaser, *Römisches Privatrecht*, wyd. 15, München 1989, s. 205; J.A. d'Ors, *Derecho privado Romano*, wyd. 7,

Pamplona 1989, s. 561; P. du Plessis, *Klagen aus Verdingung (actio locati, actio conducti)*, w: *Handbuch des Römischen Privatrechts*, t. 2, red. U. Babusiaux i in., Tübingen 2023, s. 2310; S. Płodzień, *Lex...*, s. 60–61; R. Zimmermann, *The Law...*, s. 407–408.

56 İ.S. Söğüt, *A Synoptic...*, s. 210–211.

57 Zob. B. Zalewski, *Od rzymskiego prawa...*, s. 233.

konieczne jednak w takim kształcie, w jakim zwykle się owo zagadnienie przedstawiać. Po pierwsze, wiele argumentów świadczy o tym, że *lex Rhodia* nie była tworem rzymskim⁵⁸. Wśród nich na czoło wysuwa się uderzające podobieństwo jej rozwiązań do greckiej

prawa o zrzucie za pomocą skarg z kontraktu *locatio conductio* może być efektem poszukiwania właściwej drogi włączenia obcego rozwiązania do własnego prawa. Gdyby bowiem *lex Rhodia* była instytucją od początku rzymską, najprawdopodobniej powstałaby

Lex Rhodia de iactu nie została przyjęta do prawa rzymskiego bezpośrednio jako konkretne rozwiązanie normatywne, ale jako zasada.

wspólności niebezpieczeństwa. Nie jest ona przejęta wprost, jako nieprzystająca do rzymskiego porządku prawnego, ale stanowi teoretyczny fundament dla prawa o zrzucie morskim, co widać szczególnie we fragmencie autorstwa Hermogeniana⁵⁹, w którym traktuje on wspólne niebezpieczeństwo jako przesłankę stosowania zasady rodyjskiej. Po wtóre, o wysokim prawdopodobieństwie przejęcia owej zasady spoza kręgu rzymskiego prawodawstwa świadczy po części charakter norm prawa morskiego, które wymuszają przynajmniej ogólne ich międzynarodowe ujednoczenie⁶⁰. Można przypuszczać, że Rzymianie, dość późno dołączając na większą skalę do handlu morskiego w basenie Morza Śródziemnego, zastali już panujące tam reguły, do których chcieli i prawdopodobnie musieli się dostosować⁶¹. Po trzecie, sposób realizacji

odpowiednia skarga, za pomocą której można było dochodzić należności z niej wynikających.

Podsumowując dotychczasowe ustalenia, *Lex Rhodia de iactu* nie została przyjęta do prawa rzymskiego bezpośrednio jako konkretne rozwiązanie normatywne, ale jako zasada. Nie ma żadnych dowodów na to, że była to rzeczywiście konstrukcja – a tym bardziej ustawa – rodyjska, chociaż jej nazwa może sugerować, że z taką była utożsamiana. Mogło to wynikać z rodyjskiej dominacji w handlu morskim w okresie, w którym Rzymianie zaczęli trudnić się żegluga. Wydaje się wysoce prawdopodobne, że koncepcja zasady o zrzucie (wbrew nieco mylącej współczesnego czytelnika nazwie *lex*) została przyjęta do prawa rzymskiego z greckiego kręgu kulturowego, najpewniej z wykształconego w jego ramach handlowego zwyczaju morskiego, który został włączony w już ukształtowany i sprawdzony kontrakt *locatio conductio*.

58 A. Berger, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia 1953, s. 558; A. Guarino, *Diritto privato romano*, wyd. 9, Napoli 1992, s. 918; A. Földi, G. Hamza, *A római jog története és intéstitúciói*, Budapest 2021, s. 532.

59 D. 14,2,5 pr. (Hermogenian, ks. 2 „Wyciągu z pism jurystów klasycznych”).

60 Zob. J. Łopuski, *Wstęp do teorii współczesnego prawa morskiego*, w: *Prawo morskie*, red. J. Łopuski, t. 1, Bydgoszcz 1996, s. 39–41.

61 M. Ignjatović, *Lex Rhodia de iactu as the basis of roman maritime law*, „Ius Romanum” 2019, nr 2, s. 565, twierdzi, że stosowanie obcego prawa morskiego przez Rzymian było wynikiem braku własnych regulacji w tej dziedzinie, co z kolei miało być konsekwencją rolniczej przeszłości Rzymian.

Bibliografia

- Basilicorum Libri LX. Series a Volumen VII. Textus Librorum LIII–LIX*, red. H.J. Scheltema, N. van der Wal, Groningen–Gravenhage 1974.
- Benincasa Z., *Periculi pretium: prawne aspekty ryzyka związanego z podróżami morskimi w starożytnym Rzymie (II w. p.n.e. – II w. n.e.)*, Warszawa 2011.
- Berger A., *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia 1953.
- Blicharz G., *Prawne aspekty finansowania transportu morskiego w starożytnym Rzymie*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 2012, z. 2, s. 291–314.

- Casson L., *Starożytni żeglarze basenu Morza Śródziemnego*, przeł. L. Teliga, Warszawa 1965.
- Chevreau E., *La Lex Rhodia de iactu: Un Exemple de la Reception d'Une Institution Etrangere dans le Droit Romain*, „Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis” 2005, nr 1, s. 67–80.
- Collectio librorum iuris anteiustiniani. Fragmenta minora saeculorum p. Chr. N. secundum et tertium*, red. P. Krueger, Berlin 1878.
- Dajczak W., *Zobowiązania*, w: W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Bérier, *Prawo rzymskie. U podstaw prawa prywatnego*, wyd. 3, Warszawa 2018, s. 463–602.
- Ducin S., *Sztuka nawigacji w starożytnej Grecji i w Rzymie*, Lublin 1997.
- Földi A., *Einige Probleme der lex Rhodia im römischen Recht*, w: *Ius Romanum schola sapientiae. Pocta Pertovi Blahovi k. 70 narodeninám*, red. P. Mach, M. Nemeš, M. Pekarik, Trnava 2009, s. 111–130.
- Földi A., Hamza G., *A római jog története és intézményei*, Budapest 2021.
- Giaro T., *Kształtowanie praw prywatnych – czynności prawne*, w: *Prawo rzymskie. U podstaw prawa prywatnego*, W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Bérier, wyd. 3, Warszawa 2018, s. 127–152.
- Guarino A., *Diritto privato romano*, wyd. 9, Napoli 1992.
- Ignjatović M., *Exercitor and magister navis in Roman Law*, „Facta Universitatis. Law and Politics” 2018, nr 3, s. 163–172.
- Ignjatović M., *Lex Rhodia de iactu as the Basis of Roman Maritime Law*, „Ius Romanum” 2019, nr 2, s. 555–568.
- Index Interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur*, t. 1, red. E. Levy, E. Rabel, Weimar 1929.
- Jundziłł J., *Rzymianie a morze*, Bydgoszcz 1991.
- Kaser M., *Römisches Privatrecht*, wyd. 15, München 1989.
- Krzynówek J., *Odpowiedzialność przedsiębiorcy (exercitor) w prawie rzymskim*, Warszawa 2000.
- Kuryłowicz M., *Prawa antyczne. Wykłady z historii najstarszych praw świata*, Lublin 2006.
- Litewski W., *Jurisprudencja rzymska*, Kraków 2000.
- Litewski W., *Podstawowe wartości prawa rzymskiego*, Kraków 2001.
- Longchamps de Bérier F., *O elastyczności prawa spadkowego. Fideikomis uniwersalny w klasycznym prawie rzymskim*, wyd. 2, Warszawa 2006.
- Łopuski J., *Wstęp do teorii współczesnego prawa morskiego*, w: *Prawo morskie*, red. J. Łopuski, t. 1, Bydgoszcz 1996.
- Marzec Ł., *Wokół locatio conductio. Prawne aspekty przewozu i transportu morskiego w dawnym Rzymie*, w: *Prawne aspekty podróży i turystyki – historia i współczesność. Prace poświęcone pamięci Profesora Janusza Sondla*, red. P. Cybula, Kraków 2018, s. 371–378.
- Marzec Ł., *Some remarks on sea transport and its legal regulations in roman law*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2019, nr 3, s. 33–40.
- Matysik S., *Prawo nadbrzeżne (ius naufragii). Studium z historii prawa morskiego*, Toruń 1950.
- d’Ors J.A., *Derecho privado Romano*, wyd. 7, Pamplona 1989.
- Osuchowski W., *Ze studiów nad rzymskim prawem morskim. Uwagi nad zagadnieniem zrztutu morskiego w prawie rzymskim*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 1951, s. 41–52.
- Paoli U.E., *Droit attique et droit romain dans les rhéteurs latins*, w: *Altri studi di diritto greco e romano*, Milano 1976, s. 79–101.
- Pieler P.E., *Justinianische Zeit*, w: *Handbuch des Römischen Privatrechts*, t. 1, red. U. Babusiaux, Ch. Baldus, W. Ernst, F.-S. Meißel, J. Platschek, T. Rüfner, Tübingen 2023, s. 101–113.
- du Plessis P., *Klagen aus Verdingung (actio locati, actio conducti)*, w: *Handbuch des Römischen Privatrechts*, t. 2, red. U. Babusiaux, Ch. Baldus, W. Ernst, F.-S. Meißel, J. Platschek, T. Rüfner, Tübingen 2023, s. 2289–2314.
- Plódzien S., *Lex Rhodia de iactu. Studium historycznoprawne z zakresu rzymskiego prawa handlowomorskiego*, wyd. 2, Lublin 2010.
- Purpura G., *Il regolamento doganale di Cauno e la lex Rhodia in D.14,2,9*, „Annali del seminario giuridico Università degli Studi di Palermo” 1985, nr 38, s. 273–331.
- Purpura G., *Ius naufragii, sylai e lex Rhodia. Genesi delle consuetudini marittime mediterranee*, „Annali del seminario giuridico Università degli Studi di Palermo” 2002, nr 42, s. 275–292.
- Santos Justo A., *Contrato de Transporte marítimo (Dierito Romano justinianeu) e Breves reflexos no direito português*, w: *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo*, t. 9. *Derecho comercial romano*, red. J. García Sánchez, Madrid 2021, s. 1001–1031.
- Sobański R., *Recepcja prawa w Kościele*, „Prawo Kanoniczne” 2003, nr 3–4, s. 3–14.
- Sobczyk M., *Siła wyższa w rzymskim prawie prywatnym*, Toruń 2005.
- Söğüt İ.S., *A Synoptic Overview of the Lex Rhodia De Iactu*, „Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi” 2017, nr 23, s. 209–234.
- Sorka K., *Interpolacje „Digestów” justyniańskich. Rys historyczno-metodologiczny*, „Forum Prawnicze” 2017, nr 5, s. 54–68.
- Truskiewicz Z., *Rozumieć prawo*, Kraków 2023.
- Wyrwińska K., *Fide, sed cui, vide... Niektóre aspekty odpowiedzialności ex recepto armatorów, oberżystów i gospodarzy stajen w kontekście ryzyka podróży lądowych i morskich w anty-*

- cznym Rzymie, w: *Prawne aspekty podróży i turystyki – historia i współczesność. Prace poświęcone pamięci Profesora Janusza Sondla*, red. P. Cybula, Kraków 2018, s. 609–624.
- Zabłoccy M. i J., *Ustawa XII tablic. Tekst – tłumaczenie – objaśnienia*, wyd. 2, Warszawa 2003.
- Zalewski B., *Od rzymskiego prawa morskiego do polskiego prawa zobowiązań. Kilka uwag na temat historycznej genezy art. 438 k.c.*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2019, nr 3, s. 231–242.
- Zimmermann R., *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford 1996.

„Honorowa kapitulacja”. Historia trustu w prawie Luizjany



Magdalena Ossowska-Tutaj

Doktorantka w Szkole Doktorskiej Nauk Społecznych Uniwersytetu Warszawskiego przy Katedrze Europejskiej Tradycji Prawnej na Wydziale Prawa i Administracji UW.

✉ m.ossowska@wpia.uw.edu.pl

<https://orcid.org/0000-0001-7255-2590>

“Honorable Surrender”. History of Trust in the Law of Louisiana

The article focuses on problems related to introducing trust to the law of Louisiana. The study aims to examine how a solution foreign to the civil law tradition are implemented and to demonstrate the potential of historical-comparative research for understanding the modern law. In this regard, the author present an overview of the legal system of Louisiana and general information on trust institution. Then she describes the process of implementing trust to the law of Louisiana, taking into account problems with reconciling it with the already existing legal institutions specific to civil law.

Słowa kluczowe: Luizjana, trust, instytucje powiernicze, europejska tradycja prawna, civil law, common law, mixed jurisdiction

Key words: Louisiana, trust, fiduciary institutions, European legal tradition, civil law, common law, mixed jurisdiction

[https://doi.org/10.32082/fp.3\(77\).2023.1202](https://doi.org/10.32082/fp.3(77).2023.1202)

1. Uwagi wprowadzające

Zmiany w prawie zawsze, mniej lub bardziej, wiążą się z pewnym ożywieniem społecznym i naukowym. Zainteresowanie nimi jest większe, gdy ustawodawca zdecydował się nie tylko dokonać korekt o charakterze punktowym, ale także wprowadzić rozwiązanie dotychczas nefunkcjonujące w danym porządku prawnym¹,

a w jakiś sposób społecznie pożą-

postulacy tu wprowadzony w 2011 r. zapis windykacyjny, który – będąc nowością dla polskiego Kodeksu cywilnego z 1964 r. – wywodzi się przecież z rzymskiej myśli prawnej. Zob. F. Longchamps de Brier, *Z uwag do metodologii nauki prawa prywatnego: argumenty historyczny, dogmatyczny i prawnoporównawczy na przykładzie darowizny na wypadek śmierci oraz zapisu windykacyjnego*, w: *Polska Komparatyka Prawa. Prawo obce w doktrynie prawa polskiego*, red. A. Wudarski, Warszawa 2016, s. 285–329.

¹ Taki zabieg ustawodawcy nie zawsze jednak musi być równoznaczny z kreowaniem danej instytucji prawnej „od nowa”. Za przykład może

dane. W Polsce można to zaobserwować np. w przypadku legislacji odnoszącej się do przedsiębiorstw rodzinnych². Na przestrzeni ostatnich lat uwaga polityka ustawodawcy była w tym obszarze skierowana na instytucję fundacji rodzinnej³, znacząco się jednak różniącej od pełniącej cele społecznie użyteczne fundacji, o której mowa w ustawie z 1984 r.⁴

Choć pojęcie fundacji jest w Polsce kojarzone zasadniczo z działalnością pożytku publicznego⁵, a nie z osobą prawną służącą do strukturyzacji majątku prywatnego, nie wydaje się to jedynym elementem „obcości” fundacji rodzinnej – ustawa ją wprowadzająca posługuje się siatką pojęciową przywodzącą na myśl instytucje powiernicze zwane *common law*⁶.

Już chociażby tego rodzaju zwiastuny wzajemnego przenikania się systemów prawnych (w dodatku wprowadzone ręką polskiego ustawodawcy) skłaniają do sięgnięcia do doświadczenia tzw. mieszanych systemów prawnych (*mixed jurisdictions*)⁷, których analiza kształtowania się i aktualnego funkcjonowania wyposaża badacza w cenną perspektywę, pozwalającą na zrozumienie procesów formowania się pewnych kompromisów prawnych. Użyteczne jest tu odwołanie się zwłaszcza do tych porządków prawnych, które musiały stawić czoła wprowadzeniu obcych instytucji powierniczych⁸. W przypadku powiernictwa trudno z kolei o bardziej obcą tradycję *civil law* konstrukcję prawną niż trust.

W tym zakresie za świetne studium przypadku posłużyć może Luizjana, „cywilistyczna wyspa na mapie *common law*” w Stanach Zjednoczonych⁹, rozwijająca się pod silnym naporem pozostałych części federacji. Implementując trust, stan ten musiał pogodzić swoje dziedzictwo *civil law* z tym bodaj najbardziej charakterystycznym wytworem anglosaksońskiej rodziny prawnej. Luizjana zatem – pomimo oporów – uległa *common law*, ale jak ujął to John Minor Wisdom i do których to słów nawiązuję w tytule artykułu – „była to honorowa kapitulacja”¹⁰. Niniejsze opracowanie

2 Przykładowo: kilka lat temu została wprowadzona instytucja zarządu sukcesyjnego przedsiębiorstwem osoby fizycznej, uregulowana w Ustawie z 5 lipca 2018 r. o zarządzie sukcesyjnym przedsiębiorstwem osoby fizycznej i innych ułatwieniach związanych z sukcesją przedsiębiorstw (Dz.U. z 2021 r. poz. 170 ze zm.). W uzasadnieniu do projektu tej ustawy (Rządowy projekt ustawy o zarządzie sukcesyjnym przedsiębiorstwem osoby fizycznej, VIII kadencja, druk sejm. nr 2293) szeroko odwoływano się właśnie do problematyki sukcesji przedsiębiorstw (firm) rodzinnych, których cechami charakterystycznymi jest „budowanie przedsiębiorstwa na własności, sukcesja rodzinna oraz zaangażowanie rodziny w prowadzenie biznesu” (zob. s. 3 uzasadnienia).

3 Ustawa z 26 stycznia 2023 r. o fundacji rodzinnej (Dz.U. z 2023 r., poz. 326).

4 Ustawa z 6 kwietnia 1984 r. o fundacjach (Dz.U. z 2023 r., poz. 166 ze zm.).

5 Por. np. R. Adamus, *Czy nazwa „fundacja rodzinna” powinna zostać?*, <https://www.rp.pl/opinie-prawne/art37741001-rafal-adamus-czy-nazwa-fundacja-rodzinna-powinna-zostac> (dostęp: 18 lipca 2023).

6 To „zespolenie” pojęciowe widać świetnie w nowelizowanej definicji trustu [notabene – bodaj jedynej sformułowanej na poziomie polskiej ustawy – zob. art. 2 ust. 2 pkt 24 Ustawy z 1 marca 2018 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu (Dz.U. z 2022 r., poz. 593 ze zm.)] oraz definicji beneficjenta rzeczywistego w przypadku trustu (zob. art. 2 ust. 2 pkt 1 lit. b tej ustawy, zgodnie z którym fundatora fundacji rodzinnej zrównuje się z założycielem trustu, członka zarządu fundacji z powiernikiem czy wreszcie obejmuje się pojęciem beneficjenta trustu także beneficjenta takiej fundacji).

7 Zgodnie z poglądem Verona Valentine’a Palmera ciężko przyjąć jednoznaczną definicję tzw. *mixed jurisdictions*, można natomiast zaproponować trzy cechy charakterystyczne tych systemów, do których autor zalicza dualizm prawny *civil law* i *common law* w ramach jednego systemu, oczywistość istnienia tych dwóch elementów dla zwykłego obserwatora oraz dominację *civil law* w ramach prawa prywatnego, a *common law* w zakresie prawa publicznego. Za reprezentatywne przykłady mieszanych systemów prawnych przyjmuje się Szwecję, Quebec, Republikę Południowej Afryki czy Luizjanę. Zob. V.V. Palmer, *Mixed Jurisdictions Worldwide: The Third Legal Family*, New York 2001, s. 5, 7–10.

8 W tym zakresie zob. A. Grebeniow, *On the Boundaries of the Property Law – Trust in a Civil Law System*, w: *Possessio ac iura in re. Z dziejów prawa rzeczowego*, red. M. Mikuła, W. Pęksa, K. Stolarski, Kraków 2012.

9 S. Herman, D. Combe, T.E. Carbonneau, *The Louisiana Civil Code: A Humanistic Appraisal*, New Orleans 1981, s. 3.

10 J.M. Wisdom, *Trust Code in the Civil Law, Based on the Restatement and Uniform Acts: The Louisiana Trust Estates Act*, „Tulane Law Review” 1938, t. 13, nr 1, s. 82.

ma na celu zbadanie na przykładzie trustu w Luizjanie, w jaki sposób przebiega implementacja rozwiązań obcych dla kontynentalnej tradycji prawnej i czy ma ona szanse powodzenia. W tym celu zostanie ukazany

procesu było – częściej niż rzadziej – powstawanie chaosu prawnego, na który środkiem zaradczym miały okazać się podejmowane wielokrotnie próby konsolidacji czy kodyfikacji prawa prywatnego.



Podczas trwających kilkaset lat procesów społeczno-ekonomicznych ukształtował się specyficzny system prawny Luizjany, łączący dwie wielkie tradycje prawne – *civil law* i *common law*.

zarys porządku prawnego Luizjany, a także zostanie przedstawiona pokrótce konstrukcja prawna trustu. Następnie nakreślę historię „przyjęcia” przeszczepu trustu w Luizjanie. Rozważania zamknę, formułując wnioski płynące z doświadczeń tej części federacji Stanów Zjednoczonych, która dzięki zachowanej tradycji *civil law* jest nam bliższa, niż mogłoby się to wydawać¹¹.

2. System prawny Luizjany

Podczas trwających kilkaset lat procesów społeczno-ekonomicznych ukształtował się specyficzny system prawny Luizjany, łączący dwie wielkie tradycje prawne – *civil law* i *common law*. Mieszanie się w rozwoju historycznym (z różnym nasileniem) wpływów hiszpańskich, francuskich i amerykańskich poskutkowało powstaniem oryginalnej na tle pozostałych stanów mieszanki prawnej, będącej ważnym aspektem tożsamości Luizjańczyków¹². Skutkiem ubocznym tego

W tym miejscu warto zwrócić uwagę w szczególności na kodeksy cywilne, których zadaniem było porządkowanie prawa prywatnego obowiązującego na terytorium Luizjany¹³. Ich pojawienie się – pomijając niebagatelny wpływ na zachowanie dziedzictwa *civil law*¹⁴ – ukształtowało w Luizjanie otoczenie prawne przynajmniej częściowo zbieżne z porządkami prawnymi z kontynentu europejskiego. Do tej pory obowiązuje zresztą Kodeks cywilny z 1870 r., od lat 40. XX w. poddawany sukcesywnej rewizji przez utworzone

Civil Code in Louisiana and in the Legal Universe, „Journal of Civil Law Studies” 2012, t. 5, nr 1; J.H. Jr. Tucker, *Code and Common Law in Louisiana*, „Tulane Law Review” 1955, t. 29, nr 4; J.T. Hood Jr., *The History and Development of the Louisiana Civil Code*, „Louisiana Law Review” 1958, t. 19, nr 1; H.P. Dart, *Place of the Civil Law in Louisiana*, „Tulane Law Review” 1930, t. 4, nr 2.

11 J. Rudnicki, *Wymiar praktyczny tradycji prawnej: ewolucja rezerwy w prawie Luizjany w kontekście pytań o przyszłość zachowku w Polsce*, „Transformacje Prawa Prywatnego” 2020, nr 4, s. 200.

12 Szczegółowe omówienie historii luizjańskiego *mixed jurisdiction* wykracza jednak poza ramy niniejszego opracowania. W tym zakresie zob. m.in. J. Zekoll, *The Louisiana Private-Law System: The Best of Both Worlds*, „Tulane European & Civil Law Forum” 1995, t. 10; R. McKenna, *A Historical Account of Louisiana’s Civil Law. A Civil Law Island in the United States*, „Common Law Review” 2001, t. 2, nr 1; O. Moreteau, *De Revolutionibus: The Place of the*

13 Można tu wskazać trzy akty prawne o zasadniczym znaczeniu – *Digeste des lois civiles actuellement en force dans le territoire d’Orléans, avec les changements et améliorations adaptés à son present système de gouvernement* (ang. *A Digest of the Civil Laws now in force in the Territory of Orleans, with Alterations and Amendments Adapted to its Present System of Government*), nazywany popularnie Kodeksem cywilnym z 1808 r., *Civil Code of the State Louisiana* z 1825 r. oraz obowiązujący do dziś *The Revised Civil Code of the State of Louisiana* z 1870 r.

14 O starciach w zakresie utrzymania *civil law* w Luizjanie pisze np. J.T. Hood Jr., *The History...*, s. 23 i n.

dekadę wcześniej ciało doradcze – Instytut Prawa Stanowego Luizjany (*Louisiana State Law Institute*)¹⁵.

Choć w XIX w. Luizjana uważana była za system prawny *civil law*¹⁶, z początkiem kolejnego stulecia coraz bardziej dawały się jednak zauważyć odstępstwa w stosowaniu prawa na rzecz *common law*, objawiające się przykładowo w przywiązaniu do doktryny *stare decisis* i cytowania w uzasadnieniach wyroków poszczególnych rozstrzygnięć spraw, a nie przepisów prawa stanowionego, obecności przypominających kontynentalne delikty *torts* czy w ukierunkowaniu edukacji prawniczej na naukę przedmiotów powiązanych z *common law*. Powyższe argumenty podniósł w 1937 r. w swoim kontrowersyjnym esejem Gordon Ireland, profesor prawa na Uniwersytecie Stanowym Luizjany, konkludując, że Luizjana musi pożegnać się z tradycją przeszłości i pokornie pogodzić z losem jednego ze stanów, w których panuje *common law*¹⁷. Zreferowanie naukowego ożywienia i wielkiej prawniczej debaty, jaką wywołała wypowiedź Irelanda, wykracza poza ramy niniejszego opracowania. Dość powiedzieć, że rzesza luizjańskich prawników zaczęła gorąco negocjować tezy profesora, udowadniając nie tylko fakt obowiązywania prawa cywilnego w Luizjanie, ale przede wszystkim prezentując zalety, jakie można czerpać z łączenia tradycji prawnych *common law* i *civil law*¹⁸.

Chociaż porządek prawny Luizjany po jej zakupie w 1803 r. nigdy nie był „aranżowany” wyłącznie jako system *civil law* (choćaby ze względu na uczestnictwo

Luizjany w Unii, system sądownictwa czy model kształcenia prawników¹⁹), to nie ulega jednak wątpliwości, że w stanie tym wykształciło się rozumiane w sposób kontynentalny prawo prywatne, a dowodem na jego obecność nie jest wyłącznie formalne istnienie kodeksu cywilnego, notabene tracącemu swoją centralną pozycję ze względu na proces dekodyfikacji²⁰. Istotna jest raczej obserwacja, że ów kodeks porządkował i dalej porządkuje życie obywateli w ich codziennych relacjach majątkowych²¹.

3. Wprowadzenie trustu do prawa Luizjany

3.1. Stan do momentu przyjęcia *Trust Estate Act* z 1920 r.

Kodeksy cywilne (czerpiące w dużej mierze z Kodeksu Napoleona z 1804 r.) okazały się być na wspólnym z Konstytucją Luizjany opornym gruntem dla koncepcji trustu – stanowiącej dla *common law* i podsystemu *equity* instytucję kluczową, będącą bodaj najważniejszym wytworem tej kultury prawnej²². Paradoksalnie, pomimo znaczenia tej instytucji, trudno jest przedstawić jej jedną, wyczerpującą definicję. Z uwagi na fakt, że problematyka ta była wielokrotnie podnoszona w polskiej literaturze²³, dla celów niniejszego opracowania można ograniczyć się do definicji zawartej w art. 2 Konwencji haskiej o prawie własności

19 Tamże, s. 836 i n.

20 O. Moreteau, *De Revolutionibus...*, s. 55.

21 A.N. Yiannopoulos, *Louisiana...*, s. 840.

22 G. Moffat, G. Bean, J. Dewar, *Trusts Law. Texts and Materials*, Cambridge 2005, s. 1. Wybitny angielski historyk i prawnik F.W. Maitland określił nawet rozwój idei trustu jako „najbardziej wyróżniające się osiągnięcie angielskich prawników” w dziedzinie jureksprudenckiej. Zob. F.W. Maitland, A.H. Chaytor, W.J. Whittaker, J. Brunyate, *Equity. A Course of Lectures*, Cambridge 1969, s. 23.

23 Zob. np. P. Stec, *Powiernictwo w prawie polskim na tle porównawczym*, Kraków 2005; M. Zachariasiewicz, *Trust i inne stosunki powiernicze w prawie porównawczym i prawie prywatnym międzynarodowym*, Katowice 2016, s. 26, przypis 15; R. Rykowski, *Pojęcie powiernictwa – konstrukcja prawna zarządu powierniczego*, Kraków 2005. Z nowszych opracowań zob. np. K. Górniak, *Trust w prawie kontynentalnym*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2022, z. 2, 279 i n.

15 Zgodnie z § 21, rozdziału 4 tytułu 24 *Revised Statutes* (RS 24:201), „Instytut Prawa Stanowego Luizjany (*Louisiana State Law Institute*), zorganizowany pod nadzorem Rady Nadzorczej Uniwersytetu Stanowego Luizjany oraz College'u Rolniczego i Technicznego (*Board of Supervisors of the Louisiana State University and Agricultural and Mechanical College*), z siedzibą w Szkole Prawa Uniwersytetu Stanowego Luizjany (*Law School of the Louisiana State University*) jest powołany, utworzony i zorganizowany jako oficjalna komisja doradcza do spraw rewizji prawa, agencja reform prawa oraz agencja badań prawnych stanu Luizjana”. Zob. też O. Moreteau, *De Revolutionibus...*, s. 43–45.

16 A.N. Yiannopoulos, *Louisiana Civil Law: A Lost Cause?*, „Tulane Law Review” 1980, t. 54, nr 4, s. 834.

17 Tamże.

18 Tamże, s. 835.

wym dla trustów i ich uznawaniu z 1985 r.²⁴, zgodnie z którą „termin *trust* odnosi się do relacji prawnej stworzonej – *inter vivos* lub na wypadek śmierci – przez osobę [zwaną] założycielem (*settlor*), kiedy to majątek zostaje przekazany pod kontrolę powiernika (*trustee*), na rzecz beneficjenta trustu (*beneficiary*) albo na określony cel”²⁵.

Trust, z uwagi na swoją niebywałą elastyczność, może pełnić rozmaite funkcje – jest chociażby znakiem narzędziem do gromadzenia majątku i zarządzania nim, dzięki czemu ułatwia sukcesję międzypokoleniową. Może też chronić interesy beneficjentów (np. małoletnich, marnotrawców), a nawet „zastępować” tradycyjny testament. Trust znajduje zastosowanie w obrocie finansowym i handlowym (np. w zakresie inwestycji zbiorowych), jest wykorzystywany w obszarze racjonalizacji podatkowej przedsiębiorstw czy też stanowi dogodny instrument dla prowadzenia działalności charytatywnej²⁶. Wszystkie te obszary zastosowań trustu świadczą o tym, że nie jest to instytucja pozbawiona znaczenia praktycznego i może być wykorzystywana w istotnych kontekstach społecznych.

24 *Convention of 1 July 1985 on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition* (ang.), tekst Konwencji dostępny na stronie: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=59> (dostęp: 18.07.2023). Z uwagi na kolizyjnoprawne cele Konwencji trust definiowany jest tam dość szeroko. Zob. także P. Matthews, Ch. Mitchell, J. Harris, S. Agnew, *Underhill and Hayton. Law Relating to Trusts and Trustees*, London 2022, s. 10–11 oraz L. Tucker, N. Le Poidevin, J. Brightwell, *Lewin on Trusts*, London 2020, s. 3, gdzie autorzy omawiają wskazaną definicję i jej niedostatki.

25 W dalszej części art. 2 Konwencji wymienione są cechy charakterystyczne trustu: „[t]rust posiada następujące cechy – a) majątek powierniczy tworzy odrębną masę majątkową i nie jest częścią majątku własnego powiernika; b) tytuł do majątku powierniczego przysługuje powiernikowi albo innej osobie działającej w jego imieniu; c) powiernik ma prawo i obowiązek, za które odpowiada, do zarządzania, użytkowania lub dysponowania majątkiem powierniczym, zgodnie z postanowieniami trustu i specjalnymi obowiązkami nałożonymi na powiernika przez prawo”.

26 G. Moffat, G. Bean, J. Dewar, *Trusts...*, s. 31–32; E.F. Martin, *Louisiana's Law of Trusts 25 Years after Adoption of the Trust Code*, Louisiana Law Review 1990, t. 50, nr 3, 505–508.

Jak jednak wspomniałam, Luizjana napotkała trudności w implementacji trustu do swojego porządku prawnego. W literaturze wskazuje się w tym zakresie na zasadnicze dwa problemy natury prawnej. Po pierwsze, nieznamość koncepcji własności podzielonej w takim rozumieniu, w jakim zna ją tradycja *common law*. Własność w anglosaskim trustcie dzieli się bowiem między powiernika (któremu w świetle *common law* przysługuje do majątku trustu *legal title*) oraz beneficjenta trustu (którego uprawnienia wywodzą się z podsystemu *equity* i wyposażają go w *beneficiary [equitable] title*)²⁷. Po drugie, istniejąca w kontynentalnej tradycji prawnej reguła polegająca na natychmiastowym przejściu uprawnień (widoczna w przypadku np. dziedziczenia), wykluczająca między innymi wskazywanie jako beneficjentów trustu osób nieistniejących w chwili śmierci powierzającego czy zarządzanie przez jedną osobę majątkiem, który później ma ostatecznie trafić do innego beneficjenta²⁸.

Owe bariery prawne wyrażał każdy ze wspomnianych wyżej aktów prawnych, przede wszystkim poprzez zacerpnięty wprost z Kodeksu Napoleona zakaz substytucji i fideikomisów²⁹. Pierwsze z tych pojęć odnosiło się wyłącznie do podstawienia powierniczego, a więc zakaz obejmował dyspozycje, w których dana osoba miała otrzymać rzecz na czas swojego życia (bez możliwości alienacji), a potem wydać ją substytutowi³⁰. Dyspozycja tego przepisu nie obejmowała tzw. substytucji zwykłej (wulgarnej), w której własność miała przejść na substytuta wtedy, gdy pierwsza osoba nie będzie mogła lub chciała tej rzeczy przyjąć³¹. Fideikomis, opierający się w końcu na konstrukcji prawnej substytucji, polegał na przekazaniu własności jednej osobie wraz z poleceniem, aby rzecz tę wydać kolejnej osobie, dla której była

27 Zob. np. R.J. Jr. Scalise, *Some Fundamentals of Trusts: Ownership or Equity in Louisiana?*, „Tulane Law Review” 2017, t. 92, nr 1, s. 60–61; K. Górniak, *Trust...*, 292 i n.

28 Zob. np. E.F. Martin, *Louisiana's Law...*, s. 509–510; E.F. Martin, *Adopting a Trust Law Adapted to Civil Law Principles – The Example of Louisiana*, „International Legal Practitioner” 1986, t. 11, nr 1, s. 10. Por. R.S. 9:1891.

29 J. Dainow, *The Introduction of the Trust in Louisiana*, „Canadian Bar Review” 1961, t. 39, nr 3, s. 397, 399.

30 E.F. Martin, *Louisiana's Law...*, s. 509.

31 J. Dainow, *The Introduction...*, s. 397.

w rzeczywistości przeznaczona. Judykatura pokazywała jednak, że definicja ta nie była do końca jasna³².

Takie dyspozycje, w których obdarowany, dziedzic lub legatariusz otrzymywałby rzecz, którą następnie musiałby zachować dla osoby trzeciej lub ją jej wydać, były wówczas w Luizjanie z mocy prawa nieważne³³. Omawiane regulacje na poziomie Kodeksu cywilnego stanowiły jeden z argumentów używanych w debacie nad luizjańskim trustem; nie można było wykreować trustu w systemie prawnym, który tak zaciekle

stującego dalsze zmiany. Polegał on na wprowadzeniu wyjątku od obowiązującego zakazu podstawień w przypadku darowizn dla powierników (*trustees*) na cele edukacyjne, charytatywne i kulturalne oraz dla instytucji o takich celach – niezależnie od tego, czy już istnieją, czy mają dopiero powstać³⁶. Interesującym zbiegiem okoliczności jest, że w tym czasie Paul Tulane dokonywał (lub miał właśnie zamiar dokonywać) darowizn na rzecz nazwanego na jego cześć Tulane University w Nowym Orleanie³⁷.



Daje się zaobserwować silny antagonizm emocjonalny – strach przed nieznaną instytucją prawną, „koniem trojańskim” mogącym bezpowrotnie rozbić porządek prawny Luizjany.

manifestuje swój brak akceptacji dla dualistycznej koncepcji własności³⁴. Podkreśla się jednak, że zaważył tutaj też silny antagonizm emocjonalny – strach przed nieznaną instytucją prawną, „koniem trojańskim” mogącym bezpowrotnie rozbić porządek prawny Luizjany. Z bardziej praktycznego punktu widzenia silnie podkreślano, że trust stwarza ryzyko wyjęcia ziemi z obrotu na długi czas. Negatywny stosunek do trustu przejawiał się również w orzecznictwie. Sądy stanowe w zasadzie bez zastanowienia kwalifikowały trusty jako niedozwolone podstawienia czy fideikomisy i odmawiały ich uznawania³⁵.

Wrogość dla koncepcji trustu utrzymywała się do 1882 r., a więc małego przełomu legislacyjnego, zwi-

Kolejne niewielkie kroki w kierunku wprowadzenia trustu zostały wykonane wraz z przyjęciem ustaw z lat 1902, 1910 i 1914, kiedy to m.in. przyznano bankom możliwość działania w pewnych obszarach związanych z powiernictwem – przykładowo mogły one być powiernikami³⁸ czy posługiwać się terminem „trust” w tytułach korporacyjnych³⁹. Jednak w żadnym z tych aktów prawnych nie zdefiniowano jasno trustu – co więcej, wręcz unikano użycia tego terminu. Faktem jednak pozostaje, że pierwotna niechęć do omawianej instytucji zostawała powoli przełamywana, a dobrym tego znakiem było powolne przyjmowanie trustu do hermetycznego języka prawnego Luizjany⁴⁰.

3.2. *Trust Estate Act z 1920 r.*

Początek lat 20. XX w. zapisał się w historii prawa Luizjany jako zwiastun korzystnych dla idei trustu,

32 Tamże. Zob. *Succession of McCan* (1895), 48 La. Ann. 145.

33 Zob. art. 40 Kodeksu z 1808 r., art. 1507 Kodeksu z 1825 r. i art. 1520 Kodeksu z 1870 r. (w brzmieniu przed nowelizacją). Tekst najpóźniejszego z wymienionych kodeksów w brzmieniu na rok 1940 wraz z odnośnikami do odpowiadających mu przepisów z wcześniejszych aktów prawnych jest dostępny na stronie: http://digitalcommons.law.lsu.edu/la_civilcode_book_iii/3 (dostęp: 18 lipca 2023).

34 J. Dainow, *The Introduction...*, s. 397.

35 Tamże.

36 *Act 124* z 1882 r.. Tamże, s. 397–398.

37 Tamże.

38 R.G. Patton, *Trust Systems in the Western Hemisphere*, „Tulane Law Review” 1945, t. 19, nr 3, s. 412.

39 J. Dainow, *The Introduction...*, s. 398.

40 Tamże.

choć krótkotrwałych, zmian. Ustawą z 1920 r.⁴¹ umożliwiono tworzenie trustów prywatnych na okres maksymalnie dziesięciu lat od śmierci założyciela, a jeżeli beneficjent był nieletni w chwili śmierci donatora – na okres dziesięciu lat od osiągnięcia przez beneficjenta pełnoletniości. Co jednak ważne, dopuszczono – tak jak w klasycznym angloamerykańskim trustie – własność podzieloną w relacji powiernika i beneficjenta⁴². Tak czy inaczej, omawiana ustawa była wyjątkowo lakoniczna i nie odnosiła się do większości kwestii dotyczących funkcjonowania trustu, np. pomijała problematykę praw i obowiązków założyciela trustu, powiernika i beneficjentów⁴³. Oczywiście wprowadzenie trustu nie byłoby możliwe bez zmiany Konstytucji stanowej – stosowną poprawkę umożliwiającą tworzenie trustów wprowadzono w 1921 r.⁴⁴

Omawiana ustawa została uchylona w 1935 r., co przekreśliło chwilowo szanse na rozwój stosunków powierniczych w Luizjanie. Po tej dacie nie tylko uniemożliwiono tworzenie nowych trustów, ale także zamierzano rozciągnąć ten skutek na już funkcjonujące trusty, unieważniając je. Co do tej ostatniej kwestii wypowiedział się Sąd Najwyższy Luizjany w sprawie *Succession of Manning* (1936)⁴⁵, uznając retroaktywny skutek ustawy uchylającej za sprzeczny z Konstytucją stanową. Dotychczas utworzone trusty mogły więc dalej funkcjonować, jednakże ich działanie było faktycznie pozbawione jakiegokolwiek podstawy prawnej⁴⁶.

Wskazuje się, że uchylenie Trust Estate Act z 1920 r. było podyktowane bardziej względami politycznymi aniżeli wymogami prawnymi. Należy odnotować za Josephem Dainowem, że – ku zdziwieniu wielu osób – w latach obowiązywania Trust Estate Act trusty funkcjonowały bez wstrząsania systemem *civil law*; ponadto ich obecność w zasadzie nie indukowała sporów sądowych⁴⁷. Pierwszy okres obowiązywania trustów w Luizjanie, pomimo niechęci legislatury,

był więc stosunkowo stabilny i świadczył o dobrze przyjętej wśród obywateli Luizjany recepcji instytucji trustu. Ponadto podkreśla się, że pomimo swojej krótkotrwałości Trust Estate Act z 1920 r. wywarł istotny wpływ na późniejszą legislację stanową w dwóch aspektach – umożliwił obywatelom Luizjany zapoznanie się z obcą im koncepcją trustu, a także utorował drogę do dopuszczenia obejmowania trustem *legitime*, a więc części nierozrządzałnej majątku spadkowego, wynikającej z istniejącego w Luizjanie systemu rezerwy spadkowej⁴⁸.

3.3. Nowy akt prawny – *Trust Estates Law z 1938 r.*

Luka prawna po uchyleniu pierwszej ustawy regulującej trusty dała się odczuć w Luizjanie w trzech aspektach. Po pierwsze, obywatele stali się świadomi istnienia instytucji prawnej trustu, która była przecież wszechobecna i szeroko wykorzystywana w całych Stanach Zjednoczonych. Po drugie, część Luizjańczyków posiadających znaczne majątki zaczęła wyprowadzać swoje mienie za granice stanu i tam tworzyć trusty. Wreszcie po trzecie – wzrost federalnego podatku dochodowego wywołał zainteresowanie racjonalizacją podatkową, polegającą na m.in. umiędzytym lokowaniu swoich aktywów⁴⁹.

Chęć korzystania z licznych zalet trustu zaczęła więc dawać o sobie znać z coraz większą siłą. W 1937 r. Louisiana Bankers Association zwróciło się do ówczesnego gubernatora z żądaniem nowej regulacji prawnej dotyczącej trustów. Zdaniem stowarzyszenia taka ustawa miała zaradzić odpływowi kapitału do innych stanów, a także zagwarantować obywatelom Luizjany takie prawa, jakimi cieszy się cała reszta Stanów Zjednoczonych. Rosnącą potrzebę społeczną trustu w systemie *civil law* można było zrealizować dwojako – albo próbując dostosować istniejące prawo cywilne tak, aby znane instytucje prawne mogły spełniać funkcje trustu, albo implementując trust w jego klasycznej postaci. Luizjana wybrała to ostatnie rozwiązanie, przyjmując

41 Act 107 z 1920 r. Tamże, s. 398–399.

42 E.F. Martin, *Louisiana's Law...*, s. 510.

43 J. Dainow, *The Introduction...*, s. 398–399.

44 Tamże.

45 185 La. 894.

46 F.F. Stone, *Trusts in Louisiana*, „The International and Comparative Law Quarterly” 1952, t. 1, nr 3, s. 371.

47 J. Dainow, *The Introduction...*, s. 399.

48 H.S. Daggett, *Progress Report on Louisiana's Trust Estates Act*, „Louisiana Law Review” 1949, t. 10, nr 1, s. 47. Zob. też R.J. Jr. Scalise, *Some...*, s. 54, gdzie autor powołuje się na przytoczone wnioski H.S. Daggett.

49 J. Dainow, *The Introduction...*, s. 399.

w 1938 r. nową ustawę, nazwaną Trust Estate Act⁵⁰. Co ciekawe, ustawa ta była pierwszym kompletnym *trust code* przyjętym przez północnoamerykański stan⁵¹.

Prace nad tą ustawą, będącą w istocie zlepkiem różnych dostępnych w tym czasie aktów prawnych, były szeroko komentowane i krytykowane – głównym zarzutem była rzekoma stronniczość regulacji ze względu na fakt, że projektodawcą było stowarzyszenie bankierów⁵². Pomimo tych zarzutów oraz licznych źródeł⁵³ Trust Estates Law z 1938 r. był jednak uznawany za całkiem logiczną, spójną i stabilną ustawę, a na pewno był taką w porównaniu z Trust Estate Act z 1920 r. Ta ostatnia bowiem była raczej eksperymentem, mającym za zadanie „przetestować” trust w porządku prawnym nieprzyjmującym *common law*⁵⁴.

Trust Estates Act z 1938 r. starał się oddawać swego rodzaju asymilację konceptu charakterystycznego dla *common law* z najważniejszymi założeniami doktryny kontynentalnego prawa cywilnego. Tak jak w poprzedniej ustawie, również i teraz zezwolono na wyłom w jednolitej koncepcji własności i – w zgodzie z restrykcją wynikającą z Konstytucji – ograniczono czas trwania trustu na okres dziesięciu lat⁵⁵. Początkowo ustawa nie wprowadzała wielu innowacji w porównaniu do Trust Estate Act z 1920 r., a co za tym idzie – nie rozwiązywała problemów wynikających z niesatysfakcjonującego dopasowania Trust Estate Law do obowiązującego Kodeksu cywilnego. Przełom nastąpił w 1952 r., kiedy prawo Luizjany po raz pierwszy w historii zezwoliło na utworzenie trustu na czas życia beneficjenta. Z kolei w 1962 r., torując już powoli

drogę nowej ustawie, legislatura stanowa uchyliła zakaz fideikomisów z art. 1520 Kodeksu cywilnego z 1870 r., a także – za zgodą obywateli – uchwaliła analogiczną poprawkę Konstytucji stanowej, dopuszczając przy tym w specyficzny sposób substytucję w trustach⁵⁶. Było to po części spowodowane wystąpieniem problemów orzeczniczych związanych z substytucjami w sprawach *Succession of Guillory* (1957)⁵⁷ oraz *Succession of Meadors* (1961)⁵⁸. Nie wdając się w szczegóły obu tych przypadków, w każdym z nich dochodziło do stworzenia konstrukcji *mortis causa*, w której spadkodawca ustanawiał trust i zawierał w nim podstawienie, które stanowiło – zdaniem sądów – niedozwoloną substytucję⁵⁹. W tym samym roku wprowadzono do Trust Estate Act jeszcze kilka innych zmian, m.in. doprecyzowujących czas trwania trustu czy potwierdzających możliwość tworzenia trustu, w którym można ustanowić oddzielnych beneficjentów do majątku powierniczego i dochodów, które ten majątek przynosi⁶⁰.

3.4. Przyjęcie Louisiana Trust Code z 1964 r.

Wielokrotnie poprawiana ustawa, pomimo przyjmowania zdawałoby się coraz bardziej pożądanego kształtu, posiadała wiele niedoskonałości. W związku z tym Luizjana podjęła decyzję o rewizji obowiązującego aktu prawnego⁶¹. W 1959 r. Louisiana Law Institute wyznaczył na referenta przygotowywanej ustawy Leonarda Oppenheima, który na czele specjalnie powołanej Trust Advisory Committee opracował nowy akt prawny. Uchwalony w 1964 r. Louisiana Trust Code był wyrazem pewnego kompromisu legislacyjnego, mającego na celu zachowanie dziedzictwa *civil law* wraz z zapewnieniem sprawnie funkcjonującej ustawy trustowej⁶². Warto odnotować, że postanowienia dotyczące trustów nie zostały włączone do Kodeksu cywil-

50 Tamże. Stało się tak m.in. z uwagi na pożądaną uniformizację prawa międzystanowego.

51 R.G. Patton, *Trust...*, s. 412.

52 F.F. Stone, *Trusts...*, s. 372.

53 Autorzy korzystali w dużym zakresie z Restatement of the Law of Trust z 1935 r., przyjętego przez Instytut Prawa Amerykańskiego (American Law Institute). Ponadto inspirowali się trzema projektami przedstawionymi przez komisarzy Uniform State Laws (Uniform Trust Act, Uniform Principal and Income Act, Uniform Trustee's Accounting Act) oraz Model Spendthrift Trust Statute przygotowanym przez Dean'a Griswolda z Harvard Law School. Zob. J. Dainow, *The Introduction...*, s. 400 i powołana tam literatura.

54 Tamże.

55 Tamże, s. 401.

56 E.F. Martin, *Louisiana's Law...*, s. 510–511.

57 232 La. 213.

58 135 So.2d 679.

59 L. Oppenheim, *A New Trust Code for Louisiana: Some Basic Policy Considerations*, „Louisiana Law Review” 1963, t. 23, nr 4, s. 622; K.V. Lorio, *Louisiana Trusts: The Experience of a Civil Law Jurisdiction with the Trust*, „Louisiana Law Review” 1982, t. 42, nr 5, s. 1729–1730.

60 K.V. Lorio, *Louisiana...*, s. 1730.

61 L. Oppenheim, *A New Trust Code...*, s. 621.

62 Tamże.

nego, a stały się odrębną ustawą zamieszczoną w *Revised Statutes*, w tytule 9 (*Civil Code – Ancillaries*)⁶³.

Droga, którą obrali projektodawcy, nie była oczywista. Założeniem nowej ustawy było bowiem przejście

na poziomie akademickim, okazały się zwłaszcza dwie kwestie – przyjęcie tzw. „teorii tytułu” (odnoszącej się do zasadności odnoszenia się w konstrukcji prawnej trustu do anglosaskiej siatki pojęciowej) oraz nieod-



Uchwalony w 1964 roku *Louisiana Trust Code* był wyrazem pewnego kompromisu legislacyjnego, mającego na celu zachowanie dziedzictwa *civil law* wraz z zapewnieniem sprawnie funkcjonującej ustawy trustowej.

modelu trustu angloamerykańskiego w całości oraz wprowadzenie niezbędnych zmian, które pozwoliłyby na lepsze dopasowanie tej instytucji do siatki pojęciowej i zasad prawa Luizjany⁶⁴. Ustawa miała umożliwić „jasność i pewność” używania terminu prawnego „trust” poprzez dokładne wskazanie zakresu zastosowania omawianego pojęcia w luizjańskim języku prawnym, a także wprowadzić ułatwienia w kwestiach podatkowych i planowaniu rodzinnej sukcesji majątkowej⁶⁵. Naśladując *Trust Estate Law* z 1938 r., *Louisiana Trust Code* miał zawierać wszystkie koncepcje ujęte w ramach poprzedniej ustawy, a ponadto wprowadzać rozwiązania mające na celu uatrakcyjnienie omawianej instytucji wśród luizjańskich prawników – wszak dość zachowawcze korzystanie z możliwości dawanych przez trust było jedną z bolączek ówczesnego prawa⁶⁶.

Kształt owych zmian w *Louisiana Trust Code* był poddawany szerokim dyskusjom, zarówno w *Advisory Committee*, jak i *Council of the Louisiana Law Institute*. Pośród różnych kwestii podnoszonych podczas prac tych organów szczególnie krytykowane, przynajmniej

wołałność trustu (w projekcie trust miał być nienaruszalny, tzn. nie mógł być rozwiązany przez żadną ze stron, nawet jeśli wyraziły one taką wolę)⁶⁷.

4. Angloamerykańska koncepcja trustu z *Louisiana Trust Code* z 1964 r. a dziedzictwo prawne Luizjany

Wyżej wskazane problemy nie były jednak jedynymi, przed jakimi stanęli twórcy nowej ustawy regulującej trusty. Jak się okazuje, przeszkody napotkano szczególnie przy konstrukcjach prawnoprywatnych wywodzących się z tradycji kontynentalnej, które Luizjańczycy uważają za kluczowe elementy ich dziedzictwa prawnego.

4.1. Zakaz substytucji

Od samych początków zmagania z wprowadzeniem trustu do prawa Luizjany wyrażony w Konstytucji Luizjany oraz Kodeksie cywilnym zakaz substytucji i fideikomisów był dla trustu wielką przeszkodą o charakterze instytucjonalnym. Sytuacja ta zmieniła

63 Na temat *Revised Statutes* i dekodyfikacji prawa cywilnego w Luizjanie zob. O. Moreteau, *De Revolutionibus...*, s. 53 i n.

64 L. Oppenheim, *New Trust Code for Louisiana – Act 338 of 1964*, „*Tulane Law Review*” 1965, t. 39, nr 2, s. 188–189.

65 Tenże, *A New Trust Code...*, s. 621–622.

66 Tenże, *New Trust Code...*, s. 187.

67 Szerzej w tym zakresie: zob. R.A. Pascal, *Of Trusts, Human Dignity, Legal Science, and Taxes – Suggested Principles for a Louisiana Trust Estates Law*, „*Louisiana Law Review*” 1963, t. 23, nr 4; D.W. Robertson, *Some Interesting Features of the Proposed Trust Code*, „*Louisiana Law Review*” 1964, t. 24, nr 4; L. Oppenheim, *New Trust Code...*, s. 188–189.

się dopiero w 1962 r., kiedy to w związku tzw. *remedial legislation*⁶⁸, w drodze odpowiednich poprawek w stanowej ustawie zasadniczej oraz Kodeksie cywilnym, dopuszczono stosowanie podstawień w trustach. Jednak nawet po przyjęciu Louisiana Trust Code nie od razu zaakceptowano możliwość ustanawiania substytutów w truście⁶⁹. Znakomitym tego przykładem jest sprawa Crichton p. Succession of Gredler (1970)⁷⁰, w której Sąd Najwyższy Luizjany uznał, że ustanowiony tam w testamentie trust jest nieważny ze względu na fakt, że zawierał substytucje – zdaniem Sądu – wywierające swój skutek już po zakończeniu trustu⁷¹. Z biegiem czasu orzecznictwo zaczęło być nieco bardziej przychylnie dla luizjańskich trustów, np. w sprawie *Succession of Materiste* (1973)⁷², gdzie za pomocą zabiegów wykładni sąd zinterpretował substytucję jako podstawienie zwykłe⁷³. Później dozwolono na umieszczanie w trustach postanowień, co do których wcześniej pojawiały się wątpliwości orzecznicze, stosując bardziej liberalną wykładnię prawa⁷⁴.

4.2. Tytuł prawny a własność majątku trustowego

Zasygnalizowanym już wcześniej ważnym problemem jest kwestia, czy ten, komu przysługuje tytuł prawny (*legal title*) do majątku powierniczego – a więc powiernik – jest również właścicielem powierzonego majątku. Jeśli tak, to czy przysługuje mu prawo własności w tradycyjnym, kontynentalnym ujęciu? Ze względu na ogólne założenie twórców Louisiana Trust Code polegające na recepcji angloamerykańskiego modelu trustu w możliwie najpełniejszym zakresie postanowiono zachować zasadę, że to *trustee* jest posiadaczem tytułu prawnego do majątku trustowego⁷⁵.

Tak czy inaczej, konflikt pomiędzy jednolitą koncepcją własności a przejściem tytułu prawnego do majątku trustu na powiernika objawia się w praktyce i zdaje się, że nie został ostatecznie rozwiązany⁷⁶. Trudności w operowaniu tymi pojęciami i ich rozumieniu są doskonale uwidocznione w znanej sprawie Reynolds p. Reynolds (1979), w której problem prawny dotyczył wskazania, czy dochód wygenerowany przez majątek trustowy należy do majątku osobistego beneficjentki (pani Reynolds), czy może został objęty wspólnością małżeńską z jej byłym małżonkiem; to z kolei sprowadzało się do ustalenia, kto jest właścicielem majątku powierniczego (beneficjentka czy może powiernik). Sprawa trafiła ostatecznie do stanowego Sądu Najwyższego, któremu trudno było zająć jednolite stanowisko⁷⁷. Zdaniem większości sędziów uprawnienia pani Reynolds jako *principal beneficiary* to „wyraźnie mniej niż pełna własność”⁷⁸. Zdanie odrębne w tej sprawie wyraził sędzia Dixon, który stwierdził, że dochód z majątku trustowego można bardziej niż za korzyści (znane *civil law* jako chociażby w przypadku użytkowania) uznać za rodzaj renty czy świadczeń alimentacyjnych, wchodzących w skład majątku odrębnego z uwagi na fakt „niepełnej własności” przysługującej pani Reynolds⁷⁹.

Doktryna zgodnie wskazuje, że sprawa Reynolds v. Reynolds obnaża niedoskonałości funkcjonowania angloamerykańskiego modelu trustu w Luizjanie⁸⁰. Kathryn Venturatos Lorio stwierdza, że dokonana przez Sąd Najwyższy charakterystyka uprawnień powiernika i beneficjenta jest „raczej słabo określona”⁸¹.

title to the trust property is transferred to be administered by him as a fiduciary. (RS 9:1781).

68 L. Oppenheim, *New Trust Code for Louisiana – Some Steps toward Its Achievement*, „Tulane Law Review” 1963, t. 37, nr 2, s. 171 i n.

69 K.V. Lorio, *Louisiana...*, s. 1731.

70 256 La. 156.

71 K.V. Lorio, *Louisiana...*, s. 1731.

72 273 So.2d 617.

73 K.V. Lorio, *Louisiana...*, s. 1731–1732.

74 Szerzej na ten temat zob. także oraz E.F. Martin, *Louisiana's Law...*, 526–530.

75 K.V. Lorio, *Louisiana...*, s. 1733. Zgodnie z definicją ustawową, powiernik jest osobą, na którą przenoszony jest tytuł do majątku powierniczego: *A trustee is a person to whom*

76 R.J. Jr. Scalise, *Some...*, s. 98, rozdział E. Chase, § 1:3. *Divided ownership of trust property in Louisiana*, w: E. Chase, *11 La. Civ. L. Treatise. Trusts*, Westlaw.

77 388 So.2d 1135. Zob. D.W. Gruning, *Reception of the Trust in Louisiana: the Case of 'Reynolds v. Reynolds'*, „Tulane Law Review” 1982, t. 57, nr 1, s. 102 i n., gdzie autor szczegółowo przedstawia omawianą sprawę i różnorodność zajmowanych w niej stanowisk. Zob. także K.V. Lorio, *Louisiana Trusts...*, s. 1734.

78 R.J. Jr. Scalise, *Some...*, s. 98.

79 K.V. Lorio, *Louisiana...*, s. 1735.

80 Zob. np. R.J. Jr. Scalise, *Some...*, s. 98.

81 K.V. Lorio, *Louisiana...*, s. 1735.

Z kolei David William Gruning pisze, że omawiana sprawa pokazuje niekompletność procesu recepcji trustu w Luizjanie i podkreśla przy tym, że dopóki luizjański trust nie będzie „prawdziwie cywilistyczną instytucją, pozostającą w harmonii z całością prawa Luizjany”, dopóty korzystanie z tej instytucji może powodować niestabilność i nieprzewidywalność orzecznictwa, a przez to zniechęcać do korzystania z powiernictwa⁸². Zdaniem tego autora poszukiwanie właściciela w konstrukcji prawnej zaczerpniętej z *common law* jest o tyle niewłaściwe, że Anglosasi mają diametralnie różne podejście do rozumienia tego pojęcia, przez co nie przypisują prawa własności (tak jak jest ono rozumiane w *civil law*) ani powiernikowi, ani beneficjentowi trustu. Natomiast w tradycji kontynentalnej w każdym przypadku dąży się do określenia właściciela, bo założeniem tej tradycji jest, że – niezależnie od istniejącego trustu – komuś własność musi przysługiwać⁸³.

Próbę definitywnego rozstrzygnięcia omawianego problemu (przynajmniej na poziomie orzeczniczym) podjęto w sprawie *Bridges v. Autozone Properties, Inc.* (2005)⁸⁴, w której prawo własności zostało ostatecznie przypisane powiernikowi. Trust na gruncie tego orzeczenia byłby rozumiany jako rodzaj umowy na rzecz osoby trzeciej, w której beneficjent trustu miałby jedynie prawa obligacyjne wobec *trustee*. Zaznacza się, że takie rozstrzygnięcie jest o tyle nieszczęśliwe, że Louisiana Trust Code z 1964 r., tak samo jak jego poprzednik z 1938 r., nie przesądza kwestii własności, a na pewno nie zrównuje „tytułu” do majątku z prawem własności majątku trustowego. Co więcej, trudno uznać, że powiernikowi przysługuje pełna własności w sensie cywilistycznym, ponieważ ważny jej atrybut (tj. możliwość czerpania korzyści z owego majątku) jest zarezerwowany jedynie dla beneficjenta⁸⁵.

W nowszej literaturze przedmiotu podsuwane są różne rozwiązania omawianego konfliktu. Zdaniem Michaela McAuley’a wymagana jest rekoncyliacja zastanych pojęć i uznanie, że „trust ma swój własny świat” i nie można go wtłoczyć w ramy własności rozu-

mianej tak, jak w *civil law*. Z tego powodu w prawie rzeczowym Luizjany powinny istnieć dwa oddzielne podsystemy, „schematy” (*schemes*) – jeden dla tradycyjnej własności (*ownership*), drugi dla trustów, gdzie funkcjonowałoby pojęcie „zarządzania” (*management*)⁸⁶. Natomiast zdaniem RONALDA J. SCALISE’a (*notabene* krytykującego m.in. wyrok *Bridges v. Autozone Properties, Inc.*) zarówno powiernikowi, jak i beneficjentowi trustu przysługują specyficzne prawa rzeczowe (*real rights*), co również wymykałoby się cywilnoprawnej klasyfikacji opartej na jednolicie rozumianej własności⁸⁷.

4.3. Dziedzice konieczni

Kolejnym ważnym zagadnieniem, z którym musieli zmierzyć się twórcy Louisiana Trust Code, była występująca w tradycji prawnej Luizjany kwestia dziedziców koniecznych, powiązanych ze specyficznym zachowanym w tym stanie systemem rezerwy. Mając na uwadze fakt, że trust często wkracza w obszar prawa spadkowego, należało uregulować wzajemną relację między powiernictwem a tzw. *forced heirship*⁸⁸.

System luizjańskiej rezerwy od dekad był chroniony na poziomie konstytucyjnym i w regulacji kodeksu cywilnego, co wyrażało przywiązanie obywateli tego stanu do instytucji rodziny i ochrony potrzebujących ekonomicznego wsparcia jej członków⁸⁹. Do połowy lat 90. należało pozostawić dla zstępnych nawet połowę masy spadkowej, jednak wraz z sukcesywnymi reformami, uwieńczonymi silnie lobbowaną poprawką Konstytucji stanowej w 1995 r.⁹⁰, regulacja dotycząca dziedziczenia koniecznego stała się atroficzna i obejmuje swoim zakresem tylko zstępnych, którzy w chwili śmierci spadkodawcy mają mniej niż 24 lata lub – niezależnie od wieku – osoby, które ze względu na swoją

86 Zob. McAuley M., *Trust and reconciliation. Notions of property in Louisiana's Civil and Trust Codes*, w: *Re-imagining the Trust. Trusts in Civil Law*, red. L. Smith, New York 2012, s. 124–126, 178–182.

87 R.J. Jr. Scalise, *Some...*, s. 86–96, 100 i n.

88 K.V. Lorio, *Louisiana...*, s. 1735.

89 C. Samuel, *Letter from Louisiana: An Obituary for Forced Heirship and a Birth Announcement for Covenant Marriage*, „Tulane European and Civil Law Forum” 1997, t. 12, s. 183. Zob. też Konstytucje stanowe z 1921 i 1974 r., gdzie istniał wyraźny zakaz zniesienia rezerwy w Luizjanie.

90 Tamże, s. 185.

82 D.W. Gruning, *Reception...*, s. 121–122.

83 Tamże, s. 120–121.

84 900 So. 2d 784 (La. 2005).

85 E. Chase, § 1:3. *Divided ownership...*

niepełnosprawność fizyczną lub umysłową są trwałe niezdołne do zajmowania się samymi sobą i swoimi majątkami⁹¹. Niemniej w chwili uchwalenia Louisiana Trust Code w 1964 r., kwestia tzw. *legitime* (czyli części nierozrzadzalnej przypadającej na dziedzica) nie była bynajmniej pomijana⁹².

Wydaje się, że główna trudność w pogodzeniu postanowień chroniących dziedziców koniecznych z istotą trustu polegała na tym, że długotrwałe wyjęcie z obrotu części majątku, do którego jest uprawniona dana osoba na mocy przepisów o dziedziczeniu koniecznym, w mniejszym lub większym stopniu godzi w jej prawo do uzyskania zabezpieczenia ekonomicznego, które rezerwa ma gwarantować. W związku z tym Louisiana Trust Code wskazuje w art. 1841, że *legitime* może być umieszczona w truście pod kilkoma warunkami – m.in. corocznej wypłaty zysku na rzecz dziedzica koniecznego⁹³ czy też ustalenia czasu trwania trustu maksymalnie do śmierci dziedzica koniecznego⁹⁴.

Przyznana ze względu na specyfikę systemu rezerwy ochrona dziedziców koniecznych ewidentnie nie koresponduje ze znaną *common law* elastycznością trustu, będącego niejednokrotnie instrumentem planowania sukcesji międzypokoleniowej⁹⁵. F. du Toit wskazuje, że fakt istnienia reguł kodeksowych zabezpieczających ekonomicznie najbliższą rodzinę mógł skutecznie

zniechęcać do tworzenia trustów, w których beneficjentami byłiby dziedzice konieczni⁹⁶.

4.4. Inne cechy charakterystyczne

Przesycony tradycją kontynentalną Luizjański trust przejawia swoją wyjątkowość na tle pozostałych amerykańskich stanów także w innych, specyficznych cechach. Ustawa trustowa z 1964 r. odrzuca znaną w *common law* regułę: *rule against perpetuities*, wprowadza jednak rozwiązanie funkcjonalnie podobne, polegające na ograniczeniu czasu trwania trustu maksymalnie na czas długości życia ostatniego z beneficjentów, nie dłużej jednak niż dwadzieścia lat od śmierci założyciela trustu (względnie od powstania trustu, gdy *settlor* nie jest osobą fizyczną)⁹⁷. Ponadto dochodzą do tego wyżej zaznaczona, w zasadzie bezwzględna niezniszczalność trustu czy też wymóg istnienia i możliwości określenia każdego z beneficjentów trustu, poza wyjątkami wskazanymi w ustawie⁹⁸. Wszystkie wymienione powyżej cechy charakterystyczne sprawiają, że trust w Luizjanie – pomimo recepcji modelu angloamerykańskiego – poprzez liczne modyfikacje i dostosowania do instytucji prawnych właściwych dla kontynentalnej tradycji prawnej, stał się narzędziem zdecydowanie unikatowym.

5. Wnioski

Sięgająca drugiej połowy XIX w. historia wprowadzenia trustu do prawa Luizjany pokazuje zarówno istotne różnice systemowe między tradycjami prawnymi kontynentalną i *common law*, jak i pewną rezerwę, z jaką obywatele Luizjany podchodzili do nieznanego im instytucji prawnej. Będąc pod silnym wpływem pozostałych stanów, Luizjana zmuszona była jednak do otwarcia się na korzyści dawane przez trust. Warto też podkreślić, że owa recepcja nie była bezkrytyczna –

91 Zob. art. 1493 Kodeksu cywilnego z 1870 r..

92 Zob. np. L. Oppenheim, *New Trust Code...*, s. 204 i n.

93 Warto zauważyć, że po nowelizacji z 1999 r. dochód ten jest wypłacany w wysokości koniecznej na zabezpieczenie utrzymania i edukacji dziedzica koniecznego, po uwzględnieniu wszystkich innych dochodów i wsparcia, jakie dziedzic ten otrzyma w danym roku. Zob. § 1841 Louisiana Trust Code (RS 9:1841) w aktualnym brzmieniu: <https://www.legis.la.gov/legis/Law.aspx?d=106798> (dostęp: 18 lipca 2023).

94 Jest to okres krótszy niż w innych stanach. E.F. Martin, *Louisiana's Law...*, s. 525.

95 F. du Toit, *Trusts in Mixed Jurisdictions – Aspects of the Louisiana and South African Trusts Compared*, „The Tulane European and Civil Law Forum” 2018, t. 33, s. 24 i cytowany przez niego E.A. Nabors, *The Shortcomings of the Louisiana Trust Estates Act and Some Problems of Drafting Trust Instruments Thereunder*, „Tulane Law Review” 1939, t. 13, nr 2, s. 179–181, który wskazuje dziedziczenie konieczne jako jeden z czynników ograniczających możliwości trustu.

96 F. du Toit, *Trusts...*, s. 24–25.

97 W przypadku trustu, w którym ani założyciele, ani beneficjenci nie są osobami fizycznymi, trust może trwać maksymalnie 50 lat od jego utworzenia. Zob. § 1831 *Louisiana Trust Code* (RS 9:1831); K.V. Lorio, *Louisiana...*, s. 1738.

98 Zob. § 1803 *Louisiana Trust Code* (RS 9:1803). Do wyjątków tych zalicza się np. możliwość tworzenia *class trusts*, w których wystarcza, że tylko jedna z osób należących do tworzonej klasy istnieje w momencie tworzenia trustu. Zob. K.V. Lorio, *Louisiana...*, s. 1739.

dzięki temu Luizjana nie naruszyła całkowicie centralnych zasad swojego systemu prawnego⁹⁹. Ponadto, pomimo oparcia luizjańskiego trustu na modelu anglo-amerykańskim, wskazuje się, że omawiana instytucja prawna została zaakceptowana i znajduje zastosowanie w większości obszarów, w których zazwyczaj wykorzystywany jest trust¹⁰⁰. Luizjana może służyć zatem za przykład porządku prawnego, w którym powiodła się implementacja rozwiązania prawnego obcego dla zastanej tam tradycji prawnej.

civil, będącego zresztą źródłem niechęci do instytucji powierniczych w kontynentalnej tradycji prawnej¹⁰¹.

Nietrudno tu dostrzec pewne podobieństwa z przypadkiem polskiej fundacji rodzinnej. Argument historyczno-porównawczy może dostarczyć odpowiedzi na niektóre zarzuty względem tej nowej w polskim systemie prawnym instytucji – czy te istniejące, czy te mogące się z biegiem czasu pojawić¹⁰². Ostatecznie nie można przecież zapominać, że mieszanie się systemów prawnych i wzajemne przenikanie występu-



Będąc pod silnym wpływem pozostałych stanów, Luizjana zmuszona była do otwarcia się na korzyści dawane przez trust.

Omówiony proces legislacyjny nie był w przypadku trustu pozbawiony często sprzeczności. Z jednej strony kurczowe przywiązanie do własnej tożsamości prawnej powodowało sprzeciw wobec nieznanego w luizjańskiej praktyce powiernictwa, z drugiej zaś potencjalne korzyści podatkowe i możliwość elastycznej sukcesji były wymogiem ówczesnego obrotu prawnego. Luizjana musiała więc wyważyć powyższe wartości i zrationalizować własne obawy przed „feudalnym” trustem. Jak słusznie wskazywano już w 1938 r., przeciętny trust nie obejmuje przecież ogromnego majątku i w codziennym użytku nie służy wyłącznie do wieloletniego utrzymywania rodzinnych fortun. Cel trustu w gruncie rzeczy zasadza się w ochronie rodziny, a więc wartości bardzo bliskiej obywatelom Luizjany, mającej swój wyraz chociażby w poziomie ochrony zapewnianym aktualnie przez instytucję *forced heirship*. Co więcej, majątek powierniczy stanowią coraz częściej aktywa niematerialne (przykładowo udziały w spółce), w związku z czym groźba długotrwałego wyjęcia z obrotu ziemi nie wydaje się być tak realna jak w chwili powstawania francuskiego Code

ających w nich rozwiązań i koncepcji jest nieustannie obserwowanym procesem we współczesnym świecie¹⁰³. Świadomość istnienia tego rodzaju ruchów między porządkami prawnymi i obserwacja zachodzących w nich zmian może być szczególnie cenna przy dokonywaniu dużych reform prawa prywatnego. Okazać się bowiem może, że ostateczne ulegnięcie rozwiązaniom oferowanym przez inne tradycje prawne świata nie musi być jednoznaczne z klęską na polu zachowania spójności systemu prawnego.

Bibliografia

Adamus R., *Czy nazwa „fundacja rodzinna” powinna zostać?*, <https://www.rp.pl/opinie-prawne/art37741001-rafal-adamus-czy-nazwa-fundacja-rodzinna-powinna-zostac> (dostęp: 18.07.2023).

Chase E.E. Jr., *11 La. Civ. L. Treatise. Trusts*, Westlaw.

101 J.M. Wisdom, *Trust Code...*, s. 98.

102 Co do zarzutów, również na tle prawnoporównawczym zob. P.M. Wiórek, „Ciemna strona” fundacji rodzinnej? Uwagi z perspektywy prawa niemieckiego, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2021, nr 11, s. 8 i n.

103 Zob. np. E. Örüçü, *A theoretical framework for transfrontier mobility of law*, w: *Transfrontier Mobility of Law*, red. R. Jagtenberg, E. Örüçü, A.J. de Roo, Hague 1995, s. 5 i n.

99 J. Zekoll, *The Louisiana...*, s. 25.

100 Edward F. Martin, *Adopting...*, s. 12–13. Zob. również E.E. Chase Jr., *11 La. Civ. L. Treatise. Trusts*, Westlaw.

- Daggett H.S., *Progress Report on Louisiana's Trust Estates Act*, „Louisiana Law Review” 1949, t. 10, nr 1, s. 44–53.
- Dainow J., *The Introduction of the Trust in Louisiana*, „Canadian Bar Review” 1961, t. 39, nr 3, s. 396–408.
- Dart H.P., *Place of the Civil Law in Louisiana*, „Tulane Law Review” 1930, t. 4, nr 2, s. 165, s. 163–177.
- Górnjak K., *Trust w prawie kontynentalnym*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2022, z. 2, s. 275–347.
- Grebieniow A., *On the Boundaries of the Property Law – Trust in a Civil Law System*, w: *Possessio ac iura in re. Z dziejów prawa rzeczowego*, red. M. Mikula, W. Pęksa, K. Stolarski, Kraków 2012, s. 221–229.
- Gruning D.W., *Reception of the Trust in Louisiana: the Case of 'Reynolds v. Reynolds'*, „Tulane Law Review” 1982, t. 57, nr 1, s. 89–150.
- Herman S., Combe D., Carbonneau T.E., *The Louisiana Civil Code: A Humanistic Appraisal*, New Orleans 1981.
- Hood J.T. Jr., *The History and Development of the Louisiana Civil Code*, „Louisiana Law Review” 1958, t. 19, nr 1, s. 18–33.
- Longchamps de Bérier F., *Z uwag do metodologii nauki prawa prywatnego: argumenty historyczny, dogmatyczny i porównawczy na przykładzie darowizny na wypadek śmierci oraz zapisu windykacyjnego*, w: *Polska Komparatyka Prawa. Prawo obce w doktrynie prawa polskiego*, red. A. Wudarski, Warszawa 2016, s. 285–329.
- Lorio K.V., *Louisiana Trusts: The Experience of a Civil Law Jurisdiction with the Trust*, „Louisiana Law Review” 1982, t. 42, nr 5, s. 1721–1740.
- Maitland F.W., Chaytor A.H., Whittaker W.J., Brunyate J., *Equity. A Course of Lectures*, Cambridge 1969.
- Martin E.F., *Adopting a Trust Law Adapted to Civil Law Principles – The Example of Louisiana*, „International Legal Practitioner” 1986, t. 11, nr 1, s. 6–14.
- Martin E.F., *Louisiana's Law of Trusts 25 Years after Adoption of the Trust Code*, „Louisiana Law Review” 1990, t. 50, nr 3, s. 501–530.
- Mathews P., Mitchell Ch., Harris J., Agnew S., *Underhill and Hayton. Law Relating to Trusts and Trustees*, London 2022.
- McAuley M., *Trust and reconciliation. Notions of property in Louisiana's Civil and Trust Codes*, w: *Re-imagining the Trust. Trusts in Civil Law*, red. L. Smith, New York 2012, s. 119–182.
- McKenna R., *A Historical Account of Louisiana's Civil Law. A Civil Law Island in the United States*, „Common Law Review” 2001, t. 2, nr 1, s. 14–18.
- Moffat G., Bean G., Dewar J., *Trusts Law. Texts and Materials*, Cambridge 2005.
- Moreteau O., *De Revolutionibus: The Place of the Civil Code in Louisiana and in the Legal Universe*, „Journal of Civil Law Studies” 2012, t. 5, nr 1, s. 31–66.
- Nabors E.A., *The Shortcomings of the Louisiana Trust Estates Act and Some Problems of Drafting Trust Instruments Thereunder*, „Tulane Law Review” 1939, t. 13, nr 2, s. 178–213.
- Oppenheim L., *A New Trust Code for Louisiana: Some Basic Policy Considerations*, „Louisiana Law Review” 1963, t. 23, nr 4, s. 621–638.
- Oppenheim L., *New Trust Code for Louisiana – Act 338 of 1964*, „Tulane Law Review” 1965, t. 39, nr 2, s. 187–226.
- Oppenheim L., *New Trust Code for Louisiana – Some Steps toward Its Achievement*, „Tulane Law Review” 1963, t. 37, nr 2, s. 169–186.
- Örücü E., *A theoretical framework for transfrontier mobility of law*, w: *Transfrontier Mobility of Law*, red. R. Jagtenberg, E. Örücü, A.J. de Roo, Hague 1995, s. 5–18.
- Palmer V.V., *Mixed Jurisdictions Worldwide: The Third Legal Family*, New York 2001.
- Pascal R.A., *Of Trusts, Human Dignity, Legal Science, and Taxes – Suggested Principles for a Louisiana Trust Estates Law*, „Louisiana Law Review” 1963, t. 23, nr 4, s. 639–661.
- Patton R.G., *Trust Systems in the Western Hemisphere*, „Tulane Law Review” 1945, t. 19, nr 3, s. 398–435.
- Robertson D.W., *Some Interesting Features of the Proposed Trust Code*, „Louisiana Law Review” 1964, t. 24, nr 4, s. 712–727.
- Rudnicki J., *Wymiar praktyczny tradycji prawnej: ewolucja rezerwy w prawie Luizjany w kontekście pytań o przyszłość zachowku w Polsce*, „Transformacje Prawa Prywatnego” 2020, nr 4, s. 199–218.
- Rykowski R., *Pojęcie powiernictwa – konstrukcja prawna zarządu powierniczego*, Kraków 2005.
- Samuel C., *Letter from Louisiana: An Obituary for Forced Heirship and a Birth Announcement for Covenant Marriage*, „Tulane European and Civil Law Forum” 1997, t. 12, s. 183–194.
- Scalise R.J. Jr., *Some Fundamentals of Trusts: Ownership or Equity in Louisiana?*, „Tulane Law Review” 2017, t. 92, nr 1, s. 53–126.
- Stec P., *Powiernictwo w prawie polskim na tle porównawczym*, Kraków 2005.
- Stone F.F., *Trusts in Louisiana*, „The International and Comparative Law Quarterly” 1952, t. 1, nr 3, s. 368–378.
- du Toit F., *Trusts in Mixed Jurisdictions – Aspects of the Louisiana and South African Trusts Compared*, „The Tulane European and Civil Law Forum” 2018, t. 33, s. 1–40.
- Tucker J.H. Jr., *Code and Common Law in Louisiana*, „Tulane Law Review” 1955, t. 29, nr 4, s. 739–764.

- Tucker L., Le Poidevin N., Brightwell J., *Lewin on Trusts*, London 2020.
- Wiórek P.M., „Ciemna strona” fundacji rodzinnej? Uwagi z perspektywy prawa niemieckiego, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2021, nr 11, s. 8–15.
- Wisdom J.M., *Trust Code in the Civil Law, Based on the Restatement and Uniform Acts: The Louisiana Trust Estates Act*, „Tulane Law Review” 1938, t. 13, nr 1, s. 70–98.
- Yiannopoulos A.N., *Louisiana Civil Law: A Lost Cause?*, „Tulane Law Review” 1980, t. 54, nr 4, s. 830–848.
- Zachariasiewicz M., *Trust i inne stosunki powiernicze w prawie porównawczym i prawie prywatnym międzynarodowym*, Katowice 2016.
- Zekoll J., *The Louisiana Private-Law System: The Best of Both Worlds*, „Tulane European & Civil Law Forum” 1995, t. 10, s. 1–30.

Niewspółmierność kary jako podstawa kasacyjna



Bartosz Łukowiak

Doktorant w Katedrze Postępowania Karnego Uniwersytetu Wrocławskiego, aplikant adwokacki w Izbie Adwokackiej we Wrocławiu.

✉ bartosz.lukowiak@uwr.edu.pl

<https://orcid.org/0000-0003-3993-2182>

Disproportionality of the Penalty as Grounds for a Cassation Appeal

This article examines grounds for a cassation appeal in the form of a plea that the penalty is disproportionate (incommensurate) to the offence. It was introduced to the Polish criminal proceedings in 2016 and can only be raised by the Public Prosecutor General in the case of indictable offences. The article focuses on the genesis of this regulation and the course of work on it, as well as the issue of the subjective scope of Art. 523 § 1a of the Polish Code of Criminal Procedure, and on a detailed interpretation of the various terms used in this provision. In the final part of the article, the author makes his own, unambiguously critical assessment of the current regulation as well as formulates 'de lege ferenda' conclusions in this respect.

Słowa kluczowe: niewspółmierność kary, podstawy kasacyjne, kasacja nadzwyczajna, nadzwyczajne środki zaskarżenia

Key words: disproportionality of the penalty, grounds for a cassation appeal, extraordinary cassation, extraordinary measures of appeal

[https://doi.org/10.32082/fp.3\(77\).2023.1203](https://doi.org/10.32082/fp.3(77).2023.1203)

1. Wstęp

Wraz z wejściem w życie ustawy z 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw¹ ustawodawca wprowadził do polskiego prawa karnego procesowego art. 523 § 1a k.p.k. W pierwotnym brzmieniu stanowił on, że „[w] sprawach o zbrodnie Minister Sprawiedliwości – Pro-

kurator Generalny może wnieść kasację wyłącznie z powodu niewspółmierności kary”.

Przedmiotem tego artykułu jest normatywna zawartość przywołanego przepisu, jak również celowość i skutki jego wprowadzenia. W pierwszej części tekstu skupiono się na trybie prac nad komentowanym unormowaniem. Dalsze uwagi poświęcono zakresowi podmiotowemu wyrażonej w nim normy, jak również przeanalizowaniu znaczenia pojęć

¹ Dz.U. poz. 437 i 2103 oraz z 2017 r. poz. 1139 i 1452.

sprawy o zbrodnię i niewspółmierności kary, a następnie omówiono wpływ tej regulacji na rolę pełnioną przez Sąd Najwyższy. Rozważania te doprowadziły do wyciągnięcia wniosków – zawartych w końcowej części pracy – dotyczących interpretacji art. 523 § 1a k.p.k. w jego obecnym kształcie, jak również sformułowania postulatów *de lege ferenda*. Zamieszczone w tekście wywody w przeważającej mierze zostały oparte na formalno-dogmatycznej metodzie analizy.

2. Tryb pracy nad nowelizacją

Odnosząc się do genezy komentowanej regulacji, należy zauważyć, że nie stanowiła ona elementu pierwotnego projektu nowelizacji procedury karnej², w związku z czym na próżno szukać powodów jej uchwalenia w przygotowanym przez Radę Ministrów uzasadnieniu do przedłożonego Sejmowi projektu ustawy. Rozszerzenie zakresu projektowanej zmiany w obrębie art. 523 k.p.k. dopiero na etapie prac parlamentarnych poskutkowało również tym, że do celowości wprowadzenia analizowanego przepisu nie miały okazji ustosunkować się instytucje, do których Kancelaria Sejmu zwróciła się z prośbą o zaopiniowanie wstępnego projektu ustawy (m.in. Sąd Najwyższy, Krajowa Rada Sądownictwa i Krajowa Izba Radców Prawnych), jak również Biuro Analiz Sejmowych czy Rada Legislacyjna, stąd też trzeba – choćby pokrótce – odnieść się także do trybu przyjęcia opisywanej zmiany.

Warto przywołać fragment uzasadnienia wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 16 kwietnia 2009 r. w sprawie P 11/08³, w którym wskazano, że: »[w]noszenie poprawek – tak »sejmowych«, jak i »senackich« – jest możliwe wyłącznie w przypadku uprzedniego skorzystania przez uprawniony podmiot z prawa inicjatywy ustawodawczej [...]. Realizacja inicjatywy ustawodawczej polega na przedłożeniu tekstu projektowanej ustawy w takiej postaci, aby nadawał się on do uchwalenia bez konieczności dokonywania w nim jakichkolwiek zmian [...]. Poprawki, polegające ze

swej istoty na uzupełnieniu tekstu ustawy o nowe elementy, powinny zatem pozostawać w związku z projektem złożonym w Sejmie przez wnioskodawcę, przy czym więź ta winna mieć wymiar nie tylko formalny, ale i merytoryczny, polegający na tym, że konkretne poprawki odnoszące się do projektu powinny pozostawać w odpowiedniej relacji z jego treścią, zmierzając do modyfikacji pierwotnej treści projektu, a nie do stworzenia nowego projektu”. Orzeczenie to dotyczyło wprawdzie sytuacji, w której poprawka została wniesiona dopiero na etapie drugiego czytania w Sejmie, niemniej wydaje się, że przytoczone stanowisko *mutatis mutandis* mogłoby znaleźć zastosowanie również do oceny prac nad analizowanym unormowaniem.

Warto podkreślić, że to wyłącznie Rada Ministrów – a zatem nie np. grupa posłów – była inicjatorem uchwalenia nowelizacji z 2016 r., podczas gdy art. 523 § 1a k.p.k. nie sposób uznać za jedynie doprecyzowanie czy uszczegółowienie propozycji zawartych w projekcie rządowym. Wręcz przeciwnie, zestawienie ze sobą § 1 z § 1a pokazuje, że oba przepisy pozostają względem siebie w ewidentnej sprzeczności. Pierwszy z nich (zapropozowany przez rząd) uniemożliwia komukolwiek wnoszenie kasacji wyłącznie z powodu niewspółmierności wymierzonej kary, gdy tymczasem drugi (przyjęty przez Sejm) w określonych sytuacjach przyzwala na takie zachowanie, tym samym przecząc oryginalnym intencjom wnioskodawcy.

Za uzasadnioną należy zatem uznać tezę, że w odniesieniu do kwestii podstaw kasacyjnych Sejm stworzył „nowy projekt” w rozumieniu nadanym temu pojęciu w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego.

W toku prac parlamentarnych w nieuzasadniony sposób wyszedł poza granice wyznaczone treścią nadesłanego projektu, mimo że mógł przecież skorzystać z własnego prawa do zainicjowania procedury ustawodawczej. Warto jednak od razu zastrzec, że celem tej części artykułu nie jest wykazywanie niekonstytucyjności trybu pracy nad omawianym przepisem, a jedynie zakwestionowanie słuszności wyboru takiego sposobu procedowania nad ustawą nowelizującą. Rozstrzygnięcie tego pierwszego problemu należy pozostawić nauce prawa konstytucyjnego.

O wadliwości analizowanego procesu legislacyjnego świadczy również to, że zastosowanie pośpiesznego trybu prac nad redakcją art. 523 § 1a k.p.k. doprowa-

2 Por. art. 1 pkt 107 projektu ustawy nowelizującej w jego pierwotnym brzmieniu, druk sejmowy nr 207, dotyczący wyłącznie zmiany art. 523 § 1 k.p.k.

3 KZS 2009, nr 3, poz. 1 z glosami W. Wróbla i S. Zabłockiego, „Palestra” 2009, nr 7–8, s. 290–308 oraz J. Błaszczyka, „Prokuratura i Prawo” 2010, nr 5, s. 152–168.

dziło do sytuacji absurdalnej i ewidentnie sprzecznej z intencją samych projektodawców. Kierując się wyłącznie wskazaniami wykładni językowej oraz regułą kolizyjną *lex specialis derogat lex generali*, należało bowiem przyjmować, że pierwotnie użyte w tym przepisie wyrażenie „wyłącznie” oznaczało, że kwe-

Praw Pacjenta⁵ otrzymał następujące brzmienie: „[o]graniczenia, o którym mowa w § 1 zdanie drugie, nie stosuje się do kasacji wniesionej przez Ministra Sprawiedliwości – Prokuratora Generalnego w sprawach o zbrodnie”. Nie powinno budzić wątpliwości, że celem tej zmiany było wyraźne przesądzenie, że nowe uprawnienie ma przy-

Za uzasadnioną należy uznać tezę, że w odniesieniu do kwestii podstaw kasacyjnych Sejm stworzył „nowy projekt” w rozumieniu nadanym temu pojęciu w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego.

stię podstaw kasacyjnych możliwych do podniesienia przez Ministra Sprawiedliwości – Prokuratora Generalnego w sprawach o występki normował wyłącznie art. 523 § 1 k.p.k., w odniesieniu do spraw o zbrodnie zaś wyłącznie nowowprowadzony § 1a. Tym samym w sprawach o największym ciężarze gatunkowym podmiot ten nie mógł, w przeciwieństwie do samych stron (w tym podległych mu prokuratorów występujących w charakterze oskarżycieli publicznych), podnosić zarzutów związanych z nawet najbardziej rażącymi naruszeniami prawa⁴.

Opisane wątpliwości doprowadziły do znowelizowania art. 523 § 1a k.p.k., który na mocy ustawy z 10 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentystry oraz ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku

sługiwać wskazanemu w tym przepisie organowi obok, a nie zamiast uprawnień posiadanych w tym zakresie już wcześniej. Następnie, za sprawą ustawy z 19 lipca 2019 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw⁶, wyrażenie „Minister Sprawiedliwości – Prokurator Generalny” zastąpiono zwrotem „Prokurator Generalny” (PG).

3. Podmiot uprawniony

Przechodząc do kwestii zasadności wprowadzenia do polskiego procesu karnego nowej podstawy kasacyjnej, należy zacząć od rozważań na temat słuszności przyznania prawa do podniesienia zarzutu niewspółmierności kary wyłącznie PG. Z uwagi na przyjęcie przez komisję sejmową tego elementu nowelizacji bez jakiegokolwiek dyskusji⁷, nie sposób poznać *ratio legis* rozwiązania kwestii podmiotowego zakresu zastosowania art. 523 § 1a k.p.k. w ten właśnie sposób.

Uzasadnione wątpliwości budzi przede wszystkim pominięcie innych niż PG podmiotów działających

4 Szerzej P. Kardas, *Model postępowania kasacyjnego w świetle najnowszych zmian w polskiej procedurze karnej*, w: *Verba volant, scripta manent. Proces karny, prawo karne skarbowe i prawo wykroczeń po zmianach z lat 2015–2016. Księga pamiątkowa poświęcona Profesor Monice Zbrojewskiej*, red. T. Grzegorzczak, R. Olszewski, Warszawa 2017, s. 153, którego zdaniem „[p]aradoks ten [...] obrazuje jednak, jak szkodliwe jest pospieszne przygotowywanie zmian normatywnych i uchwalanie ich w nadzwyczajnym, częstokroć nocnym trybie”; por. J. Matras, *Art. 523 [Podstawy kasacyjne, ograniczenia we wnoszeniu kasacji]*, w: *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. K. Dudka, Warszawa 2020, s. 1158.

5 Dz.U. z 2016 r., poz. 1070 i 2103.

6 Dz.U. z 2019 r., poz. 1694.

7 Zob. zapis przebiegu posiedzenia Komisji Nadzwyczajnej do spraw zmian w kodyfikacjach (nr 9) z 25 lutego 2016 r., VIII kadencja, s. 15, [http://orka.sejm.gov.pl/Zapisy8.nsf/0/EB13BF85BCB82EE6C1257F6F004E4940/\\$file/0035408.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/Zapisy8.nsf/0/EB13BF85BCB82EE6C1257F6F004E4940/$file/0035408.pdf) (dostęp 05.07.2019 r.).

w interesie publicznym, w tym zwłaszcza Rzecznika Praw Obywatelskich.

W doktrynie trafnie dostrzeżono, że poszerzenie zakresu podstaw kasacyjnych, jeśli nawet uznać je za uzasadnione, powinno nastąpić w sposób konsekwentny i objąć wszystkie podmioty uprawnione do wniesienia kasacji nadzwyczajnej⁸. Rozwiązanie to wydaje się o tyle zaskakujące, że mniej więcej w tym samym czasie ustawodawca dał wyraz tendencji do poszerzania kręgu tzw. podmiotów kwalifikowanych, upoważniając do wnoszenia skarg nadzwyczajnych, obok „tradycyjnych” podmiotów tego typu (tj. wymienionych w art. 521 k.p.k.), szereg innych organów państwa, takich jak Prezes Prokuraturii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej, Przewodniczący Komisji Nadzoru Finansowego czy Rzecznik Finansowy⁹. Nie jest zatem jasne, skąd wzięło się takie uprzywilejowanie PG w procesie karnym. Zwłaszcza że analiza

zgodnie z którą wniesienie skargi nadzwyczajnej jest możliwe wyłącznie wtedy, gdy zaskarżonego orzeczenia nie można wzruszyć w trybie jakichkolwiek innych nadzwyczajnych środków zaskarżenia, zarzut niewspółmierności kary może być w tym trybie podniesiony wyłącznie w sprawach o występki.

W literaturze wyrażono pogląd, zgodny z którym rozwiązanie z art. 523 § 1a k.p.k. wpisuje się w tendencję do przydawania PG szczególnych kompetencji i wyraźnego wzmocnienia pozycji prokuratury (ściślej: prokuratora) w procesie karnym¹⁰. Przyłączając się do tego stanowiska, warto zauważyć, że tendencja ta jest jedynie częścią składową idei polegającej na obserwowanym w ostatnich latach znaczącym rozszerzeniu kompetencji rządu oraz podległych mu organów, połączonym z procesem stopniowego ograniczania wpływu wszelkich organów pozarządowym, w tym także *ombudsmanów*.



Uzasadnione wątpliwości budzi przede wszystkim pominięcie innych niż Prokurator Generalny podmiotów działających w interesie publicznym, w tym zwłaszcza Rzecznika Praw Obywatelskich.

uregulowanych w art. 89 § 1 ustawy o Sądzie Najwyższym (u.s.n.) podstaw wniesienia skargi nadzwyczajnej wskazuje, że również w tym trybie możliwe jest podniesienie zarzutu niewspółmierności kary. Trzeba jednak zastrzec, że z uwagi na wyrażoną w ostatnim z przywołanych przepisów regułę subsydiarności,

Na tle komentowanego przepisu wyrażono zapatrywanie, że może on wywoływać wątpliwości również z punktu widzenia zgodności z zasadą równości, a to z uwagi na fakt, że możliwości kwestionowania orzeczenia sądu odwoławczego wyłącznie z powodu niewspółmierności kary nie mają same strony postępowania¹¹. Wydaje się, że zarzut naruszenia tej zasady, bez względu na ocenę zasadności wprowadzenia takiego unormowania, należy jednak uznać za nieuzasadniony.

Postępowanie kasacyjne wykracza poza konstytucyjny standard (swoiste minimum) dwuinstan-

8 Tak P. Kardas, *Model...*, s. 154–155, przy czym autor ten zwraca uwagę na różnicę w pozycji procesowej Rzecznika Praw Obywatelskich oraz Rzecznika Praw Dziecka, uznając za uzasadnione objęcie zakresem omawianej regulacji pierwszego z tych organów, w odniesieniu do drugiego zaś jedynie „nie wykluczając zasadności” objęcia nim również jego.

9 Zob. art. 89 § 2 ustawy z 8 grudnia 2017 r. o Sądzie Najwyższym (Dz.U. z 2019 r., poz. 825 oraz z 2020 r., poz. 190).

10 P. Kardas, *Model...*, s. 155, którego zdaniem innymi jej przejawami są m.in. wprowadzenie art. 168b k.p.k. i aktualna treść art. 360 § 2 k.p.k.

11 Tamże, s. 155.

cyjnego postępowania sądowego, którego gwarancję wyrażono w art. 176 ust. 1 Konstytucji RP. Oczywiście nie oznacza to, że w odniesieniu do takiego „naddatku” ustawodawcy zwykłemu wolno regulować przebieg postępowania w sposób dowolny i zupełnie nieskrępowany, niemniej korzysta on w tym zakresie

do których możliwe jest wnoszenie tego środka, ma w polskim procesie karnym wieloletnią tradycję¹³. Co więcej, Trybunał Konstytucyjny, badając konstytucyjność rozwiązania uzależniającego możliwe do podniesienia przez oskarżonego zarzuty od surowości orzeczonej wobec niego sankcji ze wzorcem kontroli



Postępowanie kasacyjne wykracza poza konstytucyjny standard – swoiste minimum – dwuinstancyjnego postępowania sądowego, którego gwarancję wyrażono w Konstytucji RP. Oczywiście nie oznacza to, że w odniesieniu do takiego „naddatku” ustawodawcy zwykłemu wolno regulować przebieg postępowania w sposób dowolny i zupełnie nieskrępowany, niemniej korzysta on w tym zakresie ze zdecydowanie większej swobody w kształtowaniu kryteriów wyznaczających dostępność danego środka zaskarżenia o charakterze nadzwyczajnym, w tym również w zakresie decydowania o możliwych podstawach kasacyjnych.

ze zdecydowanie większej swobody w kształtowaniu kryteriów wyznaczających dostępność danego środka zaskarżenia o charakterze nadzwyczajnym, w tym również w zakresie decydowania o możliwych podstawach kasacyjnych¹².

Rozwiązanie zawarte w art. 523 § 1a k.p.k. nie jest zresztą w tym względzie żadną rewolucją legislacyjną. Różnicowanie zasad wnoszenia kasacji przez strony oraz podmioty kwalifikowane w zakresie podstaw, terminów, forum orzekania czy zakresu orzeczeń, co

wyrażonym w art. 32 ust. 1 Konstytucji RP (a zatem właśnie z zasadą równości wobec prawa), przyjął, że ograniczenia tego typu nie blokują całkowicie ścieżki kasacyjnej, ponieważ strona może jeszcze wystąpić do

12 Zob. wyrok TK z 17 maja 2004 r., SK 32/03, OTK-A 2004, poz. 44, s. 14.

13 Por. chociażby art. 524 § 2 k.p.k. z jego § 1 czy art. 535 § 1 k.p.k. z jego § 4. W kwestii różnicowania uczestników procesu karnego pod względem możliwości do poniesienia zarzutów zob. również art. 523 § 1 k.p.k. w brzmieniu obowiązującym od 1 lipca 2015 r. do 14 kwietnia 2016. r., z którego wynikało, że to jedynie strona nie mogła wnosić kasacji na podstawie zarzutu naruszenia przez sąd odwoławczy art. 440 k.p.k.

jednego z podmiotów kwalifikowanych z wnioskiem o wniesienie kasacji nadzwyczajnej¹⁴. Argumenty te mogłyby się okazać pomocne również w dyskusji na temat konstytucyjności art. 523 § 1a k.p.k.

4. Podniesienie zarzutu niewspółmierności kary przez podmioty inne niż Prokurator Generalny

Dotychczasowy model postępowania kasacyjnego co do zasady nie różnicował uczestników procesu karnego ze względu na zarzuty, które mogli oni podnieść w treści wnoszonej kasacji¹⁵. Zakładał, że przedmiotem rozpoznania przez Sąd Najwyższy powinny być jedynie określone, starannie wyselekcjonowane (*verba legis* rażące) naruszenia prawa. Co prawda w judykaturze już dawno wyrażono pogląd o możliwości kwestionowa-

W praktyce może chodzić np. o sytuację, w której sąd ocenił stopień społecznej szkodliwości czynu przez pryzmat okoliczności niewymienionych w art. 115 § 2 k.k. Fakt ten mógł mieć wpływ na wymierzoną konkretnemu sprawcy karę, co jednak nie zmienia faktu, że jest przykładem obrazu przepisów prawa materialnego¹⁸.

Tym samym przyjęcie opisanego wyżej modelu nie oznaczało bynajmniej, że do 15 kwietnia 2016 r. formułowanie w treści kasacji zarzutów dotyczących niewspółmierności kary było bezwzględnie niedopuszczalne bądź też, że należało je uznać za bezskuteczne. W literaturze wskazywano, że art. 523 § 1 k.p.k. tym różnił się od swojego poprzednika, czyli art. 463a § 1 zdanie 2 k.p.k. z 1969 r., że ten ostatni wyłączał możliwość wnoszenia kasacji z powodu niewspółmierności



Skutkiem zarzutu naruszenia prawa jest zastosowanie przez sąd niewłaściwej reakcji karnej.

nia kary przy pomocy podniesienia zarzutu rażącego naruszenia prawa materialnego lub procesowego, jeżeli to uchybienie mogło mieć istotny wpływ na wymierzenie kary rażąco niewspółmiernej¹⁶, jednakże użyte w tym kontekście sformułowanie „kwestionowanie kary” stanowi pewien skrót myślowy.

Chodzi tu nadal wyłącznie o zarzut naruszenia prawa, którego jedynie skutkiem jest zastosowanie przez sąd niewłaściwej reakcji karnej¹⁷.

kary *in genere*, podczas gdy pierwszy wyraża jedynie zakaz wnoszenia kasacji wyłącznie z tego powodu¹⁹. Różnica ta nie może być jednak rozumiana w ten sposób, że od dnia wejścia w życie obowiązującej kodyfikacji karnej możliwe jest stawianie opisywanych zarzutów nie tylko w sposób pośredni (tj. wyłącznie w charakterze skutków naruszeń prawa), ale również w sposób bezpośredni, (tzn. niezależny od jakichkolwiek innych naruszeń prawa), o ile tylko zarzut ten został podniesiony obok innego (co najmniej jednego) zarzutu dotyczącego naruszenia prawa materialnego lub procesowego²⁰. Przyjęcie tego poglądu oznacza-

14 Wyrok TK z 17 maja 2004 r., SK 32/03, s. 13, cyt. wyżej.

15 Por. postanowienie SN z 13 lutego 2014 r., V KK 238/13, OSNKW 2014, nr 7, poz. 55, s. 41; zob. jednak przyp. 15.

16 Postanowienie SN z 28 listopada 2008 r., V KK 218/08, OSNwSK 2008, nr 1, poz. 2452.

17 D. Świecki trafnie nazwał tę sytuację „pośrednim kwestionowaniem kary”, w związku z czym terminologią tą posłużono się w toku dalszych wywodów; tenże, Art. 523 [Podstawy kasacji], w: *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. J. Skorupka, Warszawa 2018, s. 1226; podobnie A. Sakowicz, M. Warchoł, Art. 523 [Podstawy kasacji], w: *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. A. Sakowicz, Warszawa 2018, s. 1239; Ł. Chojniak, w: K.T. Boratyńska, Ł. Chojniak,

W. Jasiński, *Postępowanie karne*, Warszawa 2018, s. 635; zob. również wyrok SN z 31 maja 2001 r., IV KKN 67/01, LEX nr 51838.

18 Postanowienie SN z 23 maja 2007 r., II KK 28/07, KZS 2007, nr 10, poz. 36.

19 P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, Art. 523 [Podstawy], w: *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. 3, red. P. Hofmański, Warszawa 2012, s. 230–231.

20 Tak jednak S. Waltoś, P. Hofmański, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2013, s. 547.

łoby właściwie zachęte do podnoszenia w treści kasacji jakichkolwiek, choćby nawet najbardziej absurdalnych zarzutów dotyczących naruszenia prawa, wyłącznie w celu otwarcia Sądowi Najwyższemu drogi do zbadania zarzutu niewspółmierności kary²¹, w związku z czym za dozwolone należy uznać jedynie pośrednie kwestionowanie kary²². W odniesieniu do podmiotów innych aniżeli PG sytuacja ta nie uległa jakiegokolwiek zmianie po wejściu w życie nowelizacji z 2016 r.

Poczynione wyżej ustalenia należy w całej rozciągłości odnieść również do kasacji wnoszonych przez PG w sprawach o występki (pomijając opisaną już kwestię niezamierzonego ograniczenia kompetencji tego organu na tle pierwotnego brzmienia art. 523 § 1a k.p.k. w okresie od 15 kwietnia 2016 r. do 4 sierpnia 2016 r.), a następnie przejść do szczegółowej analizy kwestii związanych z postępowaniem kasacyjnym inicjowanym przez wskazany podmiot w sprawach o zbrodnie.

5. Pojęcie sprawy o zbrodnię

5.1. Uwagi ogólne

Zagadnienie zakresu treściowego pojęcia „sprawa o zbrodnię” wydaje się na pozór oczywiste, jednakże pogłębiona analiza tej materii pozwala na dostrzeżenie co najmniej kilku wątpliwości. Oczywiście nie dotyczą one samego pojęcia zbrodni, które w sposób dość jednoznaczny zostało zdefiniowane w art. 7 § 2 k.k. Brak jest z kolei definicji legalnej „sprawy” czy też „sprawy karnej”. Nie wdając się w głębsze rozważania na temat istoty sprawy karnej w ogólności – które siłą rzeczy prowadziłyby do równie kontrowersyjnego zagadnienia przedmiotu procesu karnego kształtującego ową

sprawę – należy zasygnalizować dwa możliwe sposoby rozumienia pojęcia sprawy o zbrodnię na gruncie art. 523 § 1a k.p.k., a mianowicie ujęcie materialno- i formalnoprawne.

5.2. Ujęcie materialnoprawne

W myśl ujęcia materialnoprawnego o charakterze sprawy powinien decydować charakter badanego czynu, który obiektywnie (a zatem niezależnie od faktu toczenia się w jego przedmiocie jakiegokolwiek procesu) albo jest, albo nie jest zbrodnią, bez względu na traktowanie go jako taką przez sąd rozpoznający sprawę. Przyjęcie tego poglądu oznaczałoby, że jeżeli w opinii uprawnionego podmiotu konkretny czyn stanowi zbrodnię, to dyspozycja komentowanej normy uaktualni się choćby nawet sądy obu instancji nie uznały go za taką. Ocena zasadności przyjęcia przez PG tezy o zbrodniczym charakterze czynu powinna się w tym ujęciu dokonywać nie na etapie wstępnej kontroli kasacji w trybie art. 530 i 531 k.p.k.²³, ale dopiero na etapie orzekania przez Sąd Najwyższy w przedmiocie zasadności kasacji. Ujęcie to zakłada, że w wielu sprawach zarzut niewspółmierności kary nie będzie stanowił samodzielnej ani nawet głównej podstawy kasacyjnej (skoro skarżący uważa, że sąd błędnie zakwalifikował rozpatrywany czyn jako występki, skarga powinna się opierać przede wszystkim na zarzucie obrazu przepisów prawa materialnego; praktyczna wartość omawianego unormowania w przypadku tej kategorii spraw ujawniałaby się przede wszystkim w przypadku skorzystania przez skarżącego z tzw. zarzutów ewentualnych, sformułowanych na wypadek niepodzielenia przez sąd zarzutu głównego, dotyczącego błędnego zakwalifikowania czynu

21 P. Hofmański, S. Zablocki, *Wybrane zagadnienia postępowania kasacyjnego w świetle nowego kodeksu postępowania karnego*, „Palestra” 1997, nr 11–12, s. 32; por. P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Art. 523...*, s. 242–243 oraz cytowana tam literatura i orzecznictwo.

22 Pogląd ten został zaaprobowany również w orzecznictwie samego Sądu Najwyższego; zob. wyrok SN z 3 listopada 1999 r., IV KKN 206/99, OSNKW 2000, nr 1–2, poz. 15; postanowienia SN z: 26 listopada 2009 r., V KK 206/09, OSNwSK 2009, nr 1, poz. 2417, z 26 lutego 2019 r., II KK 25/19, LEX nr 2642391 oraz z 13 marca 2019 r., IV KK 93/19, LEX nr 2633627.

23 Pomimo wskazania w art. 525 § 2 k.p.k., że kasację nadzyczajną wnosi się bezpośrednio do Sądu Najwyższego, tzn. z pominięciem sądu, który wydał zaskarżone orzeczenie, należy przyjąć, że dokonywana przez prezesa sądu kontrola formalna, o której mowa w art. 530 k.p.k., dotyczy również tego rodzaju kasacji; tak też D. Świecki, *Art. 523 [Podstawy kasacji]*, w: *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. J. Skorupka, Warszawa 2018, s. 1235. Odmiennego wniosku nie powinno się wyciągać z samego faktu pominięcia w § 2 tego przepisu odesłania również do art. 523 § 1a k.p.k., co można traktować raczej w kategoriach uchybienia legislacyjnego.

jako występku). Mimo to PG i tak byłby znacząco uprzywilejowany w stosunku do stron i innych podmiotów kwalifikowanych, niemogących kwestionować współmierności kary w sposób bezpośredni choćby nawet obok zarzutów dotyczących naruszenia prawa.

5.3. Ujęcie formalnoprawne

Z kolei w ujęciu formalnoprawnym o charakterze sprawy powinna decydować kwalifikacja prawna przyjęta przez sąd, który wydał prawomocny wyrok skazujący²⁴. Oznaczałoby to, że sprawą o zbrodnię byłyby również sprawa, w której sądy obu instancji uznały oskarżonego za winnego zbrodni, pomimo że czyn ten stanowił w rzeczywistości (tzn. w świetle późniejszej oceny sądu kasacyjnego) występku. Ten sposób rozumienia pojęcia sprawy o zbrodnię zakłada, że w kontekście art. 523 § 1a k.p.k. żadnego znaczenia

wyroku i przekazania sprawy sądowi II albo I instancji do ponownego rozpoznania, ta sama sprawa mogłaby na przemian być i nie być sprawą o zbrodnię w rozumieniu art. 523 § 1a k.p.k.

5.4. Podsumowanie

Należy opowiedzieć się za formalnoprawnym ujęciem sprawy o zbrodnię, zwłaszcza że alternatywy sposób wykładni tego pojęcia opiera się na czysto naukowym i dość idealistycznym przeświadczeniu o istnieniu – w kategoriach ontologicznych – obiektywnego charakteru bądź też natury danego czynu.

Dość powiedzieć, że w doktrynie prawa karnego materialnego nadal toczy się zażarty spór o istnienie w świecie zewnętrznym czynu jako takiego. Trzeba zatem przyjąć, że zbrodnią czy występkiem jest każdy czyn uznany za taki przez organ uprawniony do jego



Należy opowiedzieć się za formalnoprawnym ujęciem sprawy o zbrodnię, zwłaszcza że alternatywy sposób wykładni tego pojęcia opiera się na czysto naukowym i dość idealistycznym przeświadczeniu o istnieniu – w kategoriach ontologicznych – obiektywnego charakteru bądź też natury danego czynu.

nie mają oceny prawne poszczególnych skarżących czy nawet ostateczne przesądzenie przez najwyższą instancję sądową o takim czy innym charakterze badanego czynu. Zaakceptowanie tego ujęcia oznaczałoby to, że w przypadku skorzystania przez Sąd Najwyższy z kompetencji do uchylenia zaskarżonego

oceny, chociażby ocena ta wzbudzała nawet najbardziej uzasadnione wątpliwości. Stanowisko takie, pomimo wynikającej z niego akceptacji dla dynamicznego i przez to niestabilnego charakteru konkretnej sprawy, wydaje się w sposób pełniejszy odpowiadać potrzebom praktyki wymiaru sprawiedliwości.

Dodatkowego argumentu w tym zakresie może dostarczać stanowisko najwyższej instancji sądowej wyrażone przed laty w stosunku do użytego w art. 110 § 1 kodeksu postępowania w sprawach o wykroczenia²⁵ (również zresztą w odniesieniu do kasacji wno-

24 Podobnie D. Świecki, *Art. 523 [Podstawy kasacyjne, ograniczenia wnoszenia kasacji]*, w: *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. 2, red. D. Świecki, Warszawa 2018, s. 543–544, którego zdaniem „kasacja nie przysługuje, gdy sąd [II instancji – przyp. B.L.] zmienił kwalifikację prawną czynu jako przestępstwa zbrodni i skazał za występku”; aprobująco A. Sakowicz, M. Warchoń, *Art. 523...*, s. 1243.

25 Ustawa z 24 sierpnia 2001 r. – Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia (Dz.U. z 2020 r., poz. 729).

szonej przez PG) pojęcia „sprawy o wykroczenie”. Jak trafnie przyjął Sąd Najwyższy, określenie to należy odnosić wyłącznie do ostatecznego rozstrzygnięcia, od którego wnoszona jest kasacja, w związku z czym nie ma znaczenia ani początkowe prowadzenie procesu w trybie przepisów postępowania karnego, ani też treść aktu oskarżenia²⁶.

5.5. Łączność spraw

Na zakończenie tej części rozważań należy zastanowić się nad relacją analizowanego pojęcia do spraw prowadzonych w warunkach tzw. kumulacji przedmiotowej, podmiotowej i przedmiotowo-podmiotowej (mieszanej), kiedy to w konkretnym układzie procesowym dochodzi do łącznego rozpoznania spraw co najmniej dwóch oskarżonych lub o co najmniej dwa przestępstwa tego samego oskarżonego, a tylko jeden czyn (ewentualnie tylko kilka z nich) stanowi zbrodnię we wskazanym wyżej znaczeniu. Należy przyjąć, że w przypadku łączności spraw dochodzi do rozpoznania wielu spraw w rozumieniu art. 523 § 1a k.p.k., a zatem każdy czyn każdego oskarżonego powinno się w tym kontekście oceniać odrębnie. Co prawda językowa analiza tego przepisu nie pozwala na jednoznaczne rozstrzygnięcie tego problemu (mylące może być w tym kontekście również brzmienie art. 33 § 2 k.p.k., w którym ustawodawca posłużył się pojęciem sprawy raz w liczbie mnogiej, a raz pojedynczej), niemniej odwołanie się do jego funkcji nie pozostawia żadnych wątpliwości. Przyjęcie odmiennego poglądu oznaczałoby, że sytuacja procesowa oskarżonego kształtowałaby się w sposób odmienny w zależności od tego, z kim lub o jakie inne czyny jest on oskarżany, co umożliwiałoby używanie przepisów o właściwości z łączności spraw w sposób czysto instrumentalny, wyłącznie w celu umożliwienia zastosowania art. 523 § 1a k.p.k. na korzyść albo niekorzyść oskarżonego także w sprawach o występki. Co więcej, konkretny sprawca występkę mógłby się znaleźć w sytuacji uprzywilejowanej wyłącznie z tego powodu, że wcześniej

dopuścił się również zbrodni, a oba czyny zostały rozpoznane w jednym postępowaniu. Należy zatem uznać, że w przypadku spraw prowadzonych przeciwko co najmniej dwóm oskarżonym lub o co najmniej dwa czyny tego samego oskarżonego, PG przysługuje uprawnienie do podniesienia zarzutu niewspółmierności kary wyłącznie w odniesieniu do tego wycinka postępowania, który dotyczy zbrodni, w odniesieniu do pozostałej części tego postępowania przysługują mu zaś te same kompetencje, co Rzecznikowi Praw Obywatelskich.

6. Niewspółmierność kary

W piśmiennictwie trafnie dostrzeżono, że opisana w art. 523 § 1a k.p.k. niewspółmierność kary *prima facie* nie musi być rażąca, mimo że wymóg taki przewidziano w odniesieniu do niewątpliwie mniej skomplikowanego i bardziej powszechnego środka zaskarżenia w postaci apelacji (art. 438 pkt 4 k.p.k.)²⁷. To oczywiste niedopatrzenie ze strony ustawodawcy zostało jednak dość szybko skorygowane w orzecznictwie sądowym, w którym uznano – odwołując się do uwarunkowań o charakterze systemowym i celowościowym – że z samej istoty nadzwyczajnych środków zaskarżenia wynika, że w odniesieniu do kasacji ustawodawca „podniósł poprzeczkę znacząco wyżej niż w wypadku wzruszenia orzeczenia w wyniku wniesienia zwykłego środka odwoławczego”²⁸. Jak zresztą wskazał Sąd Najwyższy: „[g]dyby podstawy kasacji nie zostały określone w sposób bardziej rygorystyczny niż podstawy apelacji [...], mielibyśmy, w istocie, do czynienia z systemem trójinstancyjnym, opartym na tzw. zdublowanej apelacji [...]”²⁹.

Tym samym, pomimo nierozstrzygnięcia tej kwestii przez samego prawodawcę, który – na wzór relacji pomiędzy innymi podstawami apelacyjnymi i kasacyjnymi – mógł się posłużyć kwantyfikatorem „szczególnie rażącej niewspółmierności” (lub innym

27 D. Świecki, *Art. 523 [Podstawy kasacji]*, s. 1226.

28 Postanowienie SN z 30 marca 2017 r., III KK 395/16, OSNKW 2017, nr 6, poz. 36; tak też SN wyrokach z 8 listopada 2016 r., V KK 274/16, LEX nr 2147291 oraz z 30 listopada 2016 r., IV KK 225/16, LEX nr 2169500.

29 Postanowienie SN z 30 marca 2017 r., III KK 395/16, cyt. wyżej.

26 Postanowienie SN z 23 października 2003 r., IV KK 94/03, OSNKW 2004, nr 2, poz. 16 z aprobującą glosą D. Świeckiego i M. Kurowskiego, „Palestra” 2005, nr 1–2, s. 273–276; zob. D. Świecki, *Art. 523 [Podstawy kasacyjne, ograniczenia wnoszenia kasacji]*, s. 544.

sformułowaniem o zbliżonej treści), należy przyjąć, że niewspółmierność, o której mowa w art. 523 § 1a k.p.k., musi być nie tylko rażąca, ale też zdecydowanie większa aniżeli niewspółmierność uzasadniająca zmianę orzeczenia pierwszoinstancyjnego przez sąd odwoławczy³⁰. Nie ma wątpliwości, że interpretacja taka nie może zostać uznana za zawężającą ustawowe prawa oskarżonego. Po pierwsze, prawo do podniesienia zarzutu niewspółmierności kary nie zostało przyznane samemu oskarżonemu, ale wyłącznie organowi reprezentującemu interes publiczny. Po drugie, korzystanie z tego uprawnienia – przynajmniej teoretycznie – może mieć miejsce zarówno na korzyść, jak i na niekorzyść oskarżonego, w związku z czym nie sposób *in abstracto* rozstrzygnąć, czy zawężająca wykładnia tego unormowania leży w jego interesie.

Kolejną różnicą pomiędzy komentowaną regulacją a art. 438 pkt 4 k.p.k. jest pominięcie w redakcji pierwszego z tych przepisów innych aniżeli kara środków reakcji karnej, takich jak choćby środek karny, nawiązka czy przepadek. Rozwiązanie to wynika najprawdopodobniej z faktu ograniczenia zakresu zastosowania normy z art. 523 § 1a k.p.k. do spraw o zbrodnie, w związku z czym w przeważającej części spraw chodzić będzie głównie o niewspółmierność kary pozbawienia wolności, a jedynie pośrednio – za sprawą reguły wyrażonej w art. 447 § 2 k.p.k. – o rozstrzygnięcia w przedmiocie innych konsekwencji prawnych czynu³¹. Z uwagi na podkreślony już wielokrotnie nadzwyczajny charakter kasacji w ogólności, a kasacji wnoszonej przez podmioty kwalifikowane w szczególności, nie można posłużyć się w tym przypadku tą samą metodą interpretacyjną, co w odniesieniu do ustalenia wymaganego natężenia niewspółmierności kary. Metoda ta, polegająca w istocie na doszukiwaniu się w treści ustawy słów nieużytych w niej przez prawodawcę *expressis verbis*, może służyć co najwyżej ograniczaniu zakresu zastosowania art. 523 § 1a k.p.k., ale już nie jego poszerzaniu. Świadczą o tym w pierwszym rzędzie wskazania wykładni systemowej, związane właśnie z wyjątkowością instytucji nadzwyczaj-

nych środków zaskarżenia (tym bardziej znajdują one zastosowanie w odniesieniu do „nadzwyczajnej kasacji nadzwyczajnej”, stanowiącej wręcz swoistą kasację nadzwyczajną II stopnia). W dalszej kolejności przemawia za tym dyrektywa interpretacyjna *exceptiones non sunt extendendae*, jako że norma wywodzona z art. 523 § 1a k.p.k. jest bez wątpienia wyjątkiem od normy wyrażonej w § 1 tego przepisu, w związku z czym nie należy jej nadawać znaczenia szerszego aniżeli wynika to z literalnego brzmienia przepisu. Oznacza to, że komentowane unormowanie nie może zatem służyć do kwestionowania niewspółmierności lub niesłusznego zastosowania albo niezastosowania innych niż kara środków reakcji karnej.

Oczywistym jest, że *lege non distinguente* niewspółmierność kary może dotyczyć zarówno sytuacji, w której orzeczona kara jest zdaniem wnoszącego skargę niewspółmiernie surowa, jak i niewspółmiernie łagodna. W doktrynie prawa karnego procesowego przyjęto jednak, że opisywany zarzut może dotyczyć również sytuacji, w których niewspółmierność wynika z zaniechania wymierzenia konkretnego rodzaju kary³². Pogląd ten należy uznać za trafny. Jeżeli bowiem ustawodawca przyznaje konkretnemu podmiotowi uprawnienie do kwestionowania mniejszej dysproporcji pomiędzy karą słuszną a karą orzeczoną³³, a *minori ad maius* przyznaje mu równocześnie uprawnienie do kwestionowania większej dysproporcji, jaka zachodzi pomiędzy karą słuszną a brakiem jakiegokolwiek kary (ewentualnie brakiem kary danego rodzaju).

7. Nowa rola Sądu Najwyższego

Jedną z najważniejszych konsekwencji wprowadzenia do porządku prawnego omawianego unormowania jest bez wątpienia przemodelowanie zastanego charakteru ustrojowego Sądu Najwyższego, który w dotychczasowych warunkach polskich, podobnie

30 Tak też Ł. Chojniak, w: K.T. Boratyńska, Ł. Chojniak, W. Jasiński, *Postępowanie...*, s. 653.

31 D. Świecki, *Art. 523 [Podstawy kasacyjne, ograniczenia wnoszenia kasacji]*, s. 545.

32 Tak D. Świecki (tamże, s. 545–546), który posługuje się przykładem postawienia zarzutu rażącej niewspółmierności kary polegającej na nieorzeczeniu kary dożywotniego pozbawienia wolności w razie nieuwzględnienia apelacji prokuratora, w której domagano się wymierzenia takiej kary.

33 Por. wyrok SA we Wrocławiu z 16 maja 2019 r., II AKa 120/19, LEX nr 2689220.

zresztą jak w większości krajów europejskich, pełnił funkcję sądu prawa³⁴, a który obecnie w szerokim zakresie odgrywa również rolę sądu faktów³⁵. Co prawda już przed 15 kwietnia 2016 r. istniała kategoria spraw, w odniesieniu do których najwyższą instancją sądowną wypełniała zadania tradycyjnie zastrzeżone dla sądu faktów, do których należało m.in.:

- 1) rozpoznawanie protestów wyborczych oraz stwierdzanie ważności różnego rodzaju wyborów i referendów ogólnokrajowych (art. 1 pkt 3 u.s.n.³⁶);
- 2) rozpoznawanie niektórych spraw dyscyplinarnych, w tym niekiedy nawet jako sąd I instancji³⁷ (art. 1 pkt 2 u.s.n.);
- 3) rozpoznawanie środków odwoławczych po ich przejściu do własnego rozpoznania (art. 441 § 5 k.p.k.);
- 4) rozpoznawanie środków odwoławczych, jak również orzekanie w niektórych innych kwestiach w sprawach podlegających orzecznictwu sądów wojskowych (art. 655 § 1 pkt 1 i 3 k.p.k.);
- 5) rozpoznawanie wniosków o wznowienie postępowania zakończonego orzeczeniem sądu apelacyjnego albo Sądu Najwyższego (art. 544 § 2 k.p.k.)³⁸;

34 Zob. wyrok SN z 24 lutego 2006 r., II CSK 136/05, LEX nr 200973; postanowienie SN z 21 maja 2008 r., I UK 17/08, LEX nr 491454.

35 Podkreśla to P. Kardas, *Model...*, s. 156 i 160–161; tak też D. Świecki, *Art. 523 [Podstawy kasacyjne, ograniczenia wnoszenia kasacji]*, s. 543.

36 Co prawda przywołana ustawa została uchwalona dopiero po wejściu w życie art. 523 § 1a k.p.k., jednakże obecne unormowanie zasadniczo nie różni się od poprzednio obowiązującej ustawy z 23 listopada 2002 r. o Sądzie Najwyższym (Dz.U. z 2016 r., poz. 1254 z późn. zm.), w związku z czym za zbędne należy uznać wskazywanie w tym miejscu również derogowanych przepisów.

37 Zob. np. art. 110 § 1 pkt 1 lit. b ustawy z 27 lipca 2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych (Dz.U. z 2020 r., poz. 365 i 875).

38 Należy przyjąć, że skoro uwzględnienie wniosku o wznowienie postępowania złożonego np. na podstawie art. 540 § 1 pkt 2 k.p.k. (*propter nova*) wymaga ustalenia, że ujawnione fakty lub dowody wskazują na określone w tym przepisie zdarzenia, a ustalenie tej okoliczności może nastąpić jedynie po dokonaniu oceny nowych faktów lub dowodów na tle dotychczasowego materiału sprawy (zob. M. Wąsek-

6) rozpoznawanie apelacji od uniewinniających lub umarzających wyroków sądu apelacyjnego wydanych na skutek uwzględnienia wniosku o wznowienie postępowania (*arg. a contrario ex art. 547 § 4 w zw. z § 3 zdanie 2 k.p.k.*).

Wszystkie te sprawy należały jednak do sytuacji wyjątkowych, a ich objęcie kompetencją Sądu Najwyższego wynikało często nie tylko z ich powagi czy stopnia skomplikowania, ale również z wzięcia pod uwagę szeregu innych czynników, takich jak choćby możliwa częstotliwość ich zaistnienia (np. stwierdzanie ważności wyboru Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej co do zasady może się odbywać jedynie co pięć lat) czy aktualne uwarunkowania ustrojowe (np. dwuszczeblowa struktura sądownictwa wojskowego i niski odsetek spraw rozpoznawanych w I instancji przez wojskowy sąd okręgowy w czasie pokoju, a w odniesieniu do postępowania wznowieniowego brak innego sądu nadrzędnego nad sądem apelacyjnym) albo też uzależnione było od wyrażenia zgody na ich rozpoznanie przez sam Sąd Najwyższy (tak w odniesieniu do przejścia sprawy do własnego rozpoznania w trybie art. 441 § 5 k.p.k.), a pośrednio także przez sąd odwoławczy, który wszak musi najpierw samodzielnie podjąć decyzję o skierowaniu pytania prawnego.

Mimo że badanie zarzutu niewspółmierności kary nie jest tym samym co badanie zarzutu dotyczącego błędu w ustaleniach faktycznych (*arg. a contrario ex art. 438 pkt 3 i 4 k.p.k.*), to jednak w doktrynie trafnie wskazuje się, że istota pierwszego z tych zarzutów wiąże się przecież z kwestionowaniem oceny okoliczności stanowiących podstawę wymiaru kary, której to oceny „nie da się oderwać od faktów, gdyż stanowią one jej przedmiot”³⁹. Sąd Najwyższy przyjmuje wprawdzie, że „[k]asacja nadzwyczajna, opierająca się na zarzucie rażącej niewspółmierności kary, nie może służyć kwestionowaniu w postępowaniu kasacyjnym

-Wiaderek, *Samodzielność jurysdykcyjna sądu karnego wobec kompetencji Trybunału Konstytucyjnego i trybunałów europejskich*, Lublin 2012, s. 340; wyrok SN z 9 grudnia 2009 r., IV KO 103/09, OSNwSK 2009, nr 1, poz. 2502), to nie powinno budzić wątpliwości, że również w tym przypadku Sąd Najwyższy pełni rolę sądu faktów.

39 Podkreśla to D. Świecki, *Art. 523 [Podstawy kasacyjne, ograniczenia wnoszenia kasacji]*, s. 543.

ustaleń faktycznych sądu pierwszej instancji, których trafność nie została skutecznie podważona w postępowaniu odwoławczym⁴⁰, jednak nie ma żadnych wątpliwości, że ocena zasadności takiego zarzutu każdorazowo wymaga odniesienia się również do okoliczności faktycznych konkretnego przypadku, ponieważ tylko na bazie stosownych ustaleń faktycznych możliwa jest ocena poprawności rozstrzygnięcia co do wymiaru kary⁴¹.

Choć oczywiście nie jest tak, że rozstrzygnięcie w przedmiocie zasadności zarzutu rażącego naruszenia prawa wymaga jedynie lektury przepisów prawa, przez co nigdy nie wiąże się z koniecznością sięgnięcia do akt konkretnej sprawy, to jednak z uwagi na specyfikę orzekania w przedmiocie kary, w tym zwłaszcza na wyrażone *expressis verbis* dyrektywy jej wymiaru (przykładowo: uwzględnienie stopnia spo-

Warto również odnotować, że sprawy o zbrodnie rozpoznawane są w I instancji przez sądy okręgowy orzekający z udziałem ławników, reprezentujących tzw. czynnik społeczny (art. 30 § 2–4 k.p.k.), a w II instancji przez sąd apelacyjny, w którego składzie zasiadają sędziowie na co dzień mierzący się z koniecznością oceny najpoważniejszych przestępstw pod kątem właściwej reakcji karnej. Biorąc pod uwagę specyfikę postępowania kasacyjnego i ustrojową rolę Sądu Najwyższego, wydaje się, że jego sędziowie – nawet przy dołożeniu nadzwyczajnej staranności – nie mają nawet możliwości równie wnikliwej oceny kwestii współmierności kary, a przynajmniej nic nie wskazuje, aby dokonywana przez nich ocena tej kwestii miała być z założenia właściwsza od oceny sędziów rozstrzygających sprawę na wcześniejszych etapach procesu karnego.



Należy optować za usunięciem z ustawy procesowej niewspółmierności kary jako podstawy kasacyjnej.

łecznej szkodliwości czynu wymaga wzięcia pod uwagę okoliczności wskazanych w art. 115 § 2 k.k., których ustalenie wymaga często skontrolowania poczynionych przez sąd I lub II instancji ustaleń faktycznych dotyczących m.in. rozmiaru wyrządzonej szkody czy sposobu i okoliczności popełnienia czynu), należy przyjąć, że poprzez art. 523 § 1a k.p.k. ustawodawca nałożył na najwyższą instancję sądową obowiązek niepozostający w całkowitej zgodności z rolą wyznaczoną temu organowi w art. 183 ust. 1 Konstytucji RP. Zgodnie z tym przepisem Sąd Najwyższy obowiązany jest wszak do sprawowania nadzoru nad działalnością sądów powszechnych i wojskowych w zakresie orzekania, nie zaś do ich zastępowania⁴².

Komentowane uregulowanie niepotrzebnie zakłóca obowiązujący od wielu lat system sądownictwa, czyniąc z postępowań kasacyjnych – w których podniesiono zarzut niewspółmierności kary – *de facto* postępowanie przed sądem III instancji, w dodatku w sposób kompletnie nieuzasadniony ograniczając prawo do tej instancji na rzecz jednego tylko podmiotu⁴³. We wcześniejszej części pracy wyrażono pogląd, że różnicowanie stron i podmiotów kwalifikowanych w odniesieniu do podstaw kasacyjnych samo przez się nie narusza jeszcze zasady równości w procesie karnym. Jednocześnie jednak wydaje się, że już konsekwencje płynące z tego konkretnego zróżnicowania, a mianowicie przyznanie trójinstancyjnego postępowania wyłącznie PG, należy zakwalifikować jako rozwiązanie niezgodne z tą zasadą.

40 Wyrok SN z 23 listopada 2017 r., III KK 131/17, „Prokuratura i Prawo” 2018, nr 1, poz. 11.

41 Tak trafnie P. Kardas, *Model...*, s. 156.

42 Por. P. Wiliński, P. Karlik, *Art. 183 [Nadzór nad działalnością sądów]*, w: *Konstytucja RP. Komentarz*, t. 2, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016, s. 1079, gdzie wskazano, że: „[z]

akres przedmiotowy nadzoru Sądu Najwyższego ograniczony jest tylko do orzekania. Oznacza to jednoznaczne określenie funkcji Sądu Najwyższego jako sądu prawa”.

43 P. Kardas, *Model...*, s. 157.

Jedynie na marginesie warto w tym miejscu zauważyć, że komentowana regulacja nie jest jedynym unormowaniem czyniącym z Sądu Najwyższego w istocie kolejny sąd faktów, wprowadzonym w życie po 15 kwietnia 2016 r. Jak wskazano już wcześniej, niesłuchanie szeroki zakres zarzutów możliwych do podniesienia w drodze skargi nadzwyczajnej również pozwala na zobligowanie najwyżej instancji sądowej do rozstrzygnięcia o kwestiach natury czysto faktycznej, skoro w art. 89 § 1 pkt 3 u.s.n. za przesłankę wzruszenia prawomocnego orzeczenia kończącego postępowanie uznano także „oczywistą sprzeczność istotnych ustaleń sądu z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego”. Dodatkowo, ustawą wprowadzającą w życie art. 523 § 1a k.p.k. wyeliminowano również unormowanie uniemożliwiające stronom wnoszenie kasacji na podstawie zarzutu naruszenia przez sąd odwoławczy art. 440 k.p.k., automatycznie przywracając tym samym możliwość podnoszenia zarzutu zignorowania przez sąd II instancji okoliczności, że utrzymanie zaskarżonego orzeczenia w mocy było rażąco niesprawiedliwe⁴⁴. Nie powinno budzić wątpliwości, że do spełnienia tej przesłanki dojdzie również w razie niewłaściwego ustalenia podstawy faktycznej wyroku czy też wymierzenia ewidentnie niewspółmiernej kary⁴⁵. Można wręcz domniemywać,

że z uwagi na możliwość podniesienia przez stronę zarzutu rażącego naruszenia prawa bez konieczności odwoływania się do art. 440 k.p.k., przepis ten będzie stosowany w postępowaniu kasacyjnym w przeważającej mierze właśnie w kontekście błędów dotyczących ustaleń faktycznych oraz wymiaru środków reakcji prawnokarnej.

8. Wnioski

Wskazane wyżej wątpliwości uzasadniają ocenę opisywanej regulacji w sposób jednoznacznie krytyczny, w konsekwencji skłaniając do optowania za jej usunięciem z ustawy procesowej. Za ewidentnie chybioną i burzącą wewnętrzną spójność systemową należy uznać już samą ideę przerwania na Sąd Najwyższy obowiązku rozpoznawania zarzutów związanych bezpośrednio z surowością kary⁴⁶, a zatem pośrednio również zarzutów związanych z poczynionymi przez sądy obu instancji ustaleniami faktycznymi, niemniej szereg zastrzeżeń budzi także kwestia praktycznego wdrożenia tej idei w życie.

Pomijając zasygnalizowane już wcześniej uchybienia poczynione na etapie legislacyjnym, za błędne należy uznać przede wszystkim rozwiązanie ograniczające uprawnienie do podnoszenia opisywanego zarzutu wyłącznie do PG. Nie budzi wątpliwości, że jeżeli art. 523 § 1a k.p.k. ma w dalszym ciągu pozostać elementem postępowania kasacyjnego (choć nie powinien), możliwość korzystania z tego uprawnienia powinna zostać w pełnym zakresie rozciągnięta na Rzecznika Praw Obywatelskich, a także – w zakresie spraw, w których wydanie orzeczenia doprowadziło do naruszenia praw dziecka – Rzecznika Praw Dziecka.

44 Postanowienia SN z 11 maja 2017 r., II KZ 11/17, LEX nr 2284184 oraz z 21 czerwca 2016 r., V KK 126/16, KZS 2016, nr 10, poz. 29. W kwestii wątpliwości wyrażanych w orzecznictwie co do dopuszczalności wnoszenia kasacji na podstawie zarzutu naruszenia tego przepisu przed 1 lipca 2015 r. por. w szczególności postanowienia SN z 24 stycznia 2008 r., II KK 290/07, OSNwSK 2008, nr 1, poz. 202 i z 5 lutego 2013 r., II KK 93/12, LEX nr 1294449, w których zarzut taki uznano za niedopuszczalny oraz wyroki SN z 28 kwietnia 2010 r., II KK 47/10, OSNwSK 2010, nr 1, poz. 918 i z 3 czerwca 2014 r., IV KK 437/13, LEX nr 1478714, w których z kolei dopuszczono taką możliwość. *De lege lata* ustawodawca znów nie rozstrzyga tego problemu w sposób wyraźny, jednak wydaje się, że kontekst interpretacyjny (historyczny) wynikający z faktu uchylecia przepisu, który tego zabraniał, wskazuje na możliwość podnoszenia zarzutu naruszenia art. 440 k.p.k. po 14 kwietnia 2016 r.; inaczej P. Kardas, *Model...*, s. 159.

45 Por. wyrok SN z 28 stycznia 2005 r., V KK 364/04, OSNwSK 2005, nr 1, poz. 230.

46 Uwaga to nie dotyczy postępowań dyscyplinarnych, w których spotykane niekiedy przyznanie stronom uprawnienia do podnoszenia zarzutu rażącej niewspółmierności kary wynika z konieczności zagwarantowania ich uczestnikom standardu prawa do sądu, jako że sądy dyscyplinarne I i II instancji składają się zwykle z osób, którym nie przysługują przymiot niezawisłości; zob. S. Steinborn, *Kasacja Prokuratora Generalnego z powodu niewspółmierności kary – powrót rewizji nadzwyczajnej?*, w: *Istota i zasady procesu karnego 25 lat później. Księga poświęcona pamięci Profesora Andrzeja Murzynowskiego*, red. M. Rogacka-Rzewnicka, H. Gajewska-Kraczkowska, Warszawa 2020, s. 437-438, przyp. 10; wyrok TK z 25 czerwca 2012 r., K 9/10, OTK-A 2012, nr 6, poz. 66.

Co zaś tyczy się zastosowanego przez prawodawcę kryterium decydującego o możliwości bezpośredniego kwestionowania rozstrzygnięcia o karze, warto zwrócić uwagę, że przyjęcie formalnoprawnego ujęcia sprawy o zbrodnię nakazuje powątpiewać w trafność doboru tego kryterium. Skoro ujęcie to ze swej istoty zakorzenione jest głęboko w realiach konkretnej sprawy i nie odwołuje się do obiektywnie istniejących i abstrakcyjnych cech danego czynu, za optymalne należałoby uznać zastosowanie kryterium, które również wzięłoby pod uwagę konkretny stan faktyczny. Truizmem jest stwierdzenie, że w sprawach o zbrodnie możliwe jest wymierzenie np. kary trzech lat pozbawienia wolności, podczas gdy w sprawach o występki, z założenia bardziej bagatelnych, kary dwunastu lat pozbawienia wolności. Różnica ta może być jeszcze większa przy uwzględnieniu mechanizmów znanych z części ogólnej ustawy karnej, w tym zwłaszcza instytucji nadzwyczajnego złagodzenia i obostrzenia kary, w związku z czym należałoby rozważyć odwołanie się nie do abstrakcyjnego kryterium minimalnego ustawowego zagrożenia karą za dany czyn, o którym mowa w art. 7 § 2 k.k., ale do wysokości kary orzeczonej *in concreto*. W ten sposób uprawnienie do kwestionowania jej wysokości w postępowaniu kasacyjnym zostałyby zarezerwowane dla rzeczywiście najpoważniejszych spraw (z uwzględnieniem specyfiki konkretnego stanu faktycznego), nie zaś jedynie dla spraw, które przy okazji penalizowania danego zachowania za najpoważniejsze *in abstracto* uznał sam ustawodawca. Wyjątek od reguły nakazującej stosować takie kryterium dopuszczalności podnoszenia w kasacji zarzutu niewspółmierności kary mógłby dotyczyć co najwyżej kasacji wnoszonych na niekorzyść oskarżonego od wyroków niewinniających lub umarzających postępowanie, w których rzecz jasna w ogóle nie rozstrzygano o karze (por. art. 523 § 3 k.p.k.).

Przyjęcie takiego rozwiązania oznaczałoby z konieczności ograniczenie możliwości podnoszenia, w tym również w sprawach o zbrodnie w przyjętym w tej pracy rozumieniu, zarzutu niewspółmierności kary polegającej na jej nieorzeczeniu albo orzeczeniu poniżej wyznaczonego w ustawie pułapu, które byłoby możliwe jedynie w razie wymierzenia przez sąd II instancji kary terminowego pozbawienia wolności powyżej ustawowego progu. Należy zatem zastano-

wić się nad koniecznością zachowania tej dodatkowej podstawy kasacyjnej dla spraw, w których odstąpiono od wymierzenia kary (w pewnym sensie poważnych wyłącznie z uwagi na przyjętą przez sąd kwalifikację prawną czynu), a następnie – w przypadku uznania za celowe pozostawienia możliwości zarzucania również tego rodzaju zaniechań – spróbować znaleźć rozwiązanie pośrednie. Pomocne może się w tym zakresie okazać skorzystanie z rozwiązań istniejących już *de lege lata*, w odniesieniu do których prawodawca nie posłużył się – przynajmniej nie wyłącznie – kryterium opartym na art. 7 k.k. Przykładowo, w art. 338a i 387 § 1 k.p.k. ustawodawca odwołał się do pojęcia „przestępstwa zagrożonego karą nieprzekraczającą 15 lat pozbawienia wolności”, do której to grupy należą przecież zarówno wszystkie występki, jak i szereg zbrodni (stypizowanych m.in. w art. 124 § 1, art. 156 § 1, art. 197 § 3, art. 252 § 1 i art. 280 § 2 k.k.). Uwzględniono w ten sposób fakt, że okoliczności konkretnego stanu faktycznego, decydujące o możliwości skorzystania w danym przypadku z trybu konsensualnego, są co do zasady niezależne od ustawowego zagrożenia karą, przewidując swoiste domniemanie powagi sprawy skutkujące koniecznością przeprowadzenia postępowania dowodowego jedynie wobec przestępstw zagrożonych karą dwudziestu pięciu lat pozbawienia wolności lub karą dożywotniego pozbawienia wolności. Jeszcze inne rozwiązanie, w sposób pełniejszy uwzględniające realia konkretnej sprawy, przewidziano z kolei w odniesieniu do szczególnych przesłanek stosowania tymczasowego aresztowania, odwołując się w treści art. 258 § 2 k.p.k. alternatywnie do aż dwóch niezależnych od siebie kryteriów, tj. do wysokości ustawowego zagrożenia karą (kryterium abstrakcyjne) oraz do wysokości kary faktycznie wymierzonej przez sąd I instancji (kryterium konkretne).

Opowiadając się już wcześniej za uchynieniem art. 523 § 1a k.p.k., konsekwentnie nie proponuje się w tym artykule jednoznacznego i właściwszego aniżeli obecne kryterium decydującego o możliwości zastosowania omawianego przepisu. Mimo to warto zasygnalizować, że wskazane wyżej regulacje mogłyby, przynajmniej w jakimś zakresie, stanowić punkt odniesienia dla adekwatnego sformułowania w języku prawnym zakresu spraw, w których możliwe będzie opieranie kasacji na zarzucie niewspółmierności kary, wpływając

tym samym na ograniczenie możliwości korzystania z tej wyjątkowej podstawy do spraw o rzeczywiście największym ciężarze gatunkowym. W ten sposób norma z art. 523 § 1a k.p.k. zaczęłaby w zdecydowanie większym niż obecnie zakresie spełniać rolę wynikającą z *ratio legis* jego uchwalenia, opartego przecież w głównej mierze (jeżeli nie wyłącznie) na względach natury kryminalnopolitycznej⁴⁷.

Bibliografia

- Błaszczak J., *Glosa do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 16 kwietnia 2009 r., sygn. P 11/08*, „Prokuratura i Prawo” 2010, nr 5.
- Chojniak Ł., w: K.T. Boratyńska, Ł. Chojniak, W. Jasiński, *Postępowanie karne*, Warszawa 2018.
- Hofmański P., Sadzik E., Zgryzek K., *Art. 523 [Podstawy]*, w: *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. 3, red. P. Hofmański, Warszawa 2012, s. 230–257.
- Hofmański P., Zabłocki S., *Wybrane zagadnienia postępowania kasacyjnego w świetle nowego kodeksu postępowania karnego*, „Palestra” 1997, nr 11–12, s. 19–34.
- Kardas P., *Model postępowania kasacyjnego w świetle najnowszych zmian w polskiej procedurze karnej*, w: *Verba volant, scripta manent. Proces karny, prawo karne skarbowe i prawo wykroczeń po zmianach z lat 2015–2016. Księga pamiątkowa poświęcona Profesor Monice Zbrojewskiej*, red. T. Grzegorzczak, R. Olszewski, Warszawa 2017, s. 144–161.
- Matras J., *Art. 523 [Podstawy kasacyjne, ograniczenia we wnoszeniu kasacji]*, w: *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. K. Dudka, Warszawa 2020, s. 1157–1165.
- Sakowicz A., Warchoła M., *Art. 523 [Podstawy kasacji]*, w: *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. A. Sakowicz, Warszawa 2018, s. 1232–1245.
- Steinborn S., *Kasacja Prokuratora Generalnego z powodu niewspółmierności kary – powrót rewizji nadzwyczajnej?*, w: *Istota i zasady procesu karnego 25 lat później. Księga poświęcona pamięci Profesora Andrzeja Murzynowskiego*, red. M. Rogacka-Rzewnicka, H. Gajewska-Kraczkowska, Warszawa 2020, s. 435–448.
- Świecki D., *Art. 523 [Podstawy kasacyjne, ograniczenia wnoszenia kasacji]*, w: *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. 2, red. D. Świecki, Warszawa 2018, s. 527–548.
- Świecki D., *Art. 523 [Podstawy kasacji]*, w: *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. J. Skorupka, Warszawa 2018, s. 1224–1227.
- Świecki D., Kurowski M., *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z 23 października 2003 r. IV KK 94/03*, „Palestra” 2005, nr 1–2, s. 273–276.
- Waltoś S., Hofmański P., *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2013.
- Wąsek-Wiaderek M., *Samodzielność jurysdykcyjna sądu karnego wobec kompetencji Trybunału Konstytucyjnego i trybunałów europejskich*, Lublin 2012.
- Wiliński P., Karlik P., *Art. 183 [Nadzór nad działalnością sądów]*, w: *Konstytucja RP. Komentarz*, t. 2, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016, s. 1076–1084.
- Wróbel W., Zabłocki S., *Glosa do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 16 kwietnia 2009 r. P 11/08*, „Palestra” 2009, nr 7–8, s. 290–308.
- Zagrodnik J., *Metodyka pracy obrońcy i pełnomocnika w sprawach karnych i karnych skarbowych*, Warszawa 2016.

47 Słusznie zwraca na to uwagę J. Zagrodnik, *Metodyka pracy obrońcy i pełnomocnika w sprawach karnych i karnych skarbowych*, Warszawa 2016, s. 388.

