



*Folia Iuridica
Universitatis
Wratislaviensis*

Vol. 4, No. 2/2015



Dostęp online: <http://www.bibliotekacyfrowa.pl/publication/79853>

Folia Iuridica
Universitatis
Wratislaviensis

pod redakcją Leonarda Górnickiego

Vol. 4, No. 2

Wrocław 2015

Kolegium Redakcyjne

prof. dr hab. Leonard Górnicki – przewodniczący

mgr Bożena Górna – członek

dr Julian Jezioro – członek

mgr Aleksandra Dorywała – sekretarz

Redaktorzy tematyczni

Prawo publiczne: dr Ryszard Balicki, dr Dagmara Gruszecka, dr Rajnhardt Kokot

Prawo prywatne: dr hab. Krzysztof Zagrobelny

Historia oraz teoria i filozofia prawa: dr hab. prof. nadzw. UWwr Rafał Wojciechowski, dr hab. Przemysław Kaczmarek

Prawo europejskie i międzynarodowe: dr hab. prof. nadzw. UWwr Barbara Mielnik

Prawo pracy: dr hab. Monika Lewandowicz-Machnikowska

Prawo administracyjne: dr hab. Piotr Lisowski

Prawo finansowe: dr hab. Patrycja Zawadzka

Prawo konstytucyjne: dr Anna Śledzińska-Simon

Redaktor językowy (język polski)

mgr Aleksandra Dorywała

Rada Naukowa

dr. h. c. prof. JUDr. Peter Blaho, CSc. Právnická fakulta, Trnavská univerzita v Trnave

doctor în drept, conferențiar universitar Oleg A. Halabudenco, Universitatea Liberă Internațională din Moldova,

Chișinău, Moldova

prof. dr hab. Mariusz Jabłoński, Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii, Uniwersytet Wrocławski

dr hab. prof. UWwr Lidia Klat-Wertelecka, Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii, Uniwersytet Wrocławski

dr hab. prof. nadzw. UWwr Artur Kozłowski, Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii, Uniwersytet Wrocławski

prof. dr hab. Witold Kwaśnicki, Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii, Uniwersytet Wrocławski

к.ю.н., доц. Володимир Євгенович Макода, Київський Національний Університет ім. Тараса Шевченка, Україна

prof. dr hab. Elwira Marszałkowska-Krześ, Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii, Uniwersytet Wrocławski

prof. dr hab. Piotr Machnikowski, Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii, Uniwersytet Wrocławski

prof. Henryk Malevski, Mykolo Romerio universitetas, Teisės fakultetas, Vilnius, Lithuania

dr hab. prof. nadzw. UWwr Mirosław Sadowski, Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii, Uniwersytet Wrocławski

prof. dr hab. Zofia Sienkiewicz, Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii, Uniwersytet Wrocławski

проф. д-р Татьяна Станиславовна Волчещкая, Балтийский федеральный университет имени Иммануила Канта,

Российская Федерация

проф. д-р. Олег Александрович Зайцев, Московская академия экономики и права, Российская Федерация

© Copyright by Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego

Korekta abstraktów w jęz. angielskim: Bartłomiej Madejski

Projekt i wykonanie okładki: Marta Pawlak

Skład i opracowanie techniczne: Bartłomiej Siedlarz, Tomasz Kalota eBooki.com.pl

Wydawca

E-Wydawnictwo. Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa.

Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego

Do vol. 3 no. 2 (2014) czasopismo ukazywało się pod nazwą „Folia Iuridica Wratislaviensis”
i z numerem ISSN 2299-8322.

ISSN 2450-3932

Wersją pierwotną (referencyjną) czasopisma jest wydanie elektroniczne

Spis treści

HISTORIA PRAWA. TEORIA I FILOZOFIA PRAWA

Maria Górnicka

Wersja systemowa metody historyczno-prawnej na przykładzie
prawa dowodowego w polskiej procedurze karnej.....9

PRAWO PORÓWNAWCZE. ZAGADNIENIA PRAWA EUROPEJSKIEGO

Michał A. Piegzik

Zdolność prawna i zdolność do czynności prawnych
w japońskim prawie cywilnym.....37

Katarzyna Barbara Szczudlik

Forum prorogatum in the Corfu Channel case and
in subsequent ICJ jurisprudence57

Hanna Banaś

Sprzeciw sumienia w orzecznictwie ETPCz. Problematyka
odmowy podjęcia służby wojskowej71

Michał Pindel

Głosa do wyroku Sądu z dnia 16 grudnia 2013 r. w sprawie *Animal Trading
Company i inni przeciwko Komisji Europejskiej*91

PRAWO PUBLICZNE: ZAGADNIENIA PRAWA ADMINISTRACYJNEGO I KARNEGO

Jakub Artemiuk

Geneza pojęcia zabytku archeologicznego w prawie polskim105

Bartosz Szymkow

Alokacja ryzyka w umowach o partnerstwie publiczno-prywatnym.....121

Maciej Błażewski

E-administracja jako narzędzie komunikacji w procesie budowlanym.....133

Bartłomiej Jaworski

Specyfika statusu inżyniera kontraktu jako *sui generis* uczestnika
procesu budowlanego145

Dariusz Wasiak

Bezpieczeństwo na drogach jako swoista *ultima ratio* czy jedynie argument
dla ograniczania kompetencji organów wykonawczych gminy?.....163

Dorota Czerwińska

Głosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 9 lipca 2015 r.,
III KK 375/14.....175

Historia prawa.
Teoria i filozofia prawa

Maria Górnicka
Uniwersytet Wrocławski

Wersja systemowa metody historyczno-prawnej na przykładzie prawa dowodowego w polskiej procedurze karnej

Historical-legal method the systemic version exemplified
by the law of evidence in the Polish criminal procedure

Streszczenie

Artykuł ma za zadanie pokazać działanie i zastosowanie metody historyczno-prawnej w wersji systemowej do badań nad prawem dowodowym w polskiej procedurze karnej, szczególnie w dobie jej zmian. Celem opracowania jest stwierdzenie, że metoda historyczno-prawna w wersji systemowej pozwala na analizę funkcjonowania elementów prawa w systemie prawa zarówno obecnie, jak i w przeszłości. Artykuł zawiera obszerny opis metody historyczno-prawnej, metody systemowej w badaniach historyczno-prawnych i próbę zastosowania metody historyczno-prawnej w wersji systemowej do analizy prawa dowodowego w postępowaniu karnym. Analiza metodą historyczno-prawną w wersji systemowej uświadamia, że przedmiot badań jest tylko wycinkiem złożonego systemu, który kształtował się przez lata. Opisywana w artykule metoda historyczno-prawna w wersji systemowej jest jedną z metod racjonalnego działania, podejmowanego w badaniach naukowych.

Słowa kluczowe

Metoda historyczno-prawna, metoda prawna, metoda historyczna, metoda systemowa, metoda historyczno-prawna w wersji systemowej, prawo dowodowe, postępowanie karne.

Abstract

The article was intended to show the operation and use of historical-legal method – the systemic version for the study of law of evidence in the Polish criminal procedure, especially in the era of the changes. The aim of the study was to determine that the historical-legal method – the systemic version enables the analysis of the functioning elements of the law in the system of law now and in the past. The article contains a comprehensive description of the historical-legal method, the systemic method in the historical-legal research and attempts to apply the historical-legal method – the systemic version in the analysis of law of evidence in criminal proceedings. The analysis by the historical-legal method – the systemic version proves that the object of the research is only a segment of a complex system that has stood for years. The historical-legal method – the systemic version described in the article is one of the methods of rational action, undertaken in research.

Keywords

Historical-legal method, legal method, historical method, systemic method, historical-legal method – the systemic version, evidence law, criminal proceedings.

Kto kęsem nie gardzi, więcej się spodziewa.

przysłowie polskie¹

Wstęp

Sprawne wykonywanie badań naukowych wymaga od naukowców używania odpowiednich metod, które powinny nadawać się do wielokrotnego zastosowania, ale jednocześnie prowadzić do nowej jakości wyników. Jedną z takich metod jest metoda systemowa.

Systemowa metoda badawcza pozwala na spostrzeżenie, że elementy są częściami pewnych całości. Już motto artykułu sygnalizuje, że na przykład kęsy są elementami całego posiłku. Podobnie jest z normami prawnymi, uznawanymi za elementy systemu prawa. Pomiędzy tymi elementami, jak i między elementami a całością występują pewne związki, na które również zwraca uwagę metoda systemowa. Powiązania te należy rozpatrywać, łącząc metodę systemową z płaszczyzną cybernetyczną. Można tego dokonywać także względem przepisów historycznych i zmieniającego się historycznie systemu prawa, co powoduje, że metoda systemowa staje się jednocześnie metodą historyczno-prawną.

Choć na razie niedoceniana, metoda systemowa może stać się w przyszłości jedną z głównych metod badawczych, także w postępowaniu karnym. Postępowanie karne zostało wybrane, ponieważ jest to interesująca dziedzina prawa, ewoluująca przez lata, która i obecnie przechodzi duże przeobrażenia. Przekształcanie postępowania karnego to przede wszystkim zmiana prawa dowodowego². Jeśli modyfikowane są elementy systemu prawa, to zmienia się cały system prawa. Zmiana elementów postępowania karnego powoduje przeobrażenia systemu postępowania karnego. Stąd warto rozpatrzeć elementy postępowania karnego również w kontekście historycznym, co rozszerza pojmowanie systemu prawa ze statycznego (określanego w danym momencie dziejowym) na dynamiczny (zmienia się na przestrzeni dziejów).

Artykuł ma więc na celu wykazanie, że metoda systemowa pozwala na analizę funkcjonowania elementów prawa w systemie prawa zarówno obecnie, jak i w przeszłości. Zostanie to dokonane poprzez opisanie metody historyczno-prawnej w ogólności, metody systemowej w badaniach historyczno-prawnych, a potem przedstawienie próby przykładowego zastosowania metody historyczno-prawnej w wersji systemowej do ogólnych regulacji o dowodach w polskiej procedurze karnej. Na koniec zostaną przedstawione wnioski.

¹ D.W. Masłowski, *Przysłowia polskie i obce*, Warszawa 2003, s. 149.

² M. Cieślak, *Zagadnienia dowodowe w procesie karnym*, Warszawa 1955, s. 17.

1. Ogólne uwagi o metodzie historyczno-prawnej

Określenie „metoda” oznacza ogół zabiegów, wynikający z przyjętych technik badawczych³. Techniki badawcze natomiast są sposobami działania. Metoda więc stanowi określony zbiór sposobów działania.

Wśród metod należy wyróżnić metodę historyczno-prawną jako jedną z metod badania prawa. Metoda historyczno-prawna obejmuje metodę prawną i metodę historyczną. Metoda prawna jest metodą badawczą, której przedmiot badania stanowi prawo, metoda historyczna natomiast to metoda badawcza eksponująca „wyznacznik czasowy”⁴. Zwraca ona uwagę na przeszłość i zmiany, dzieląc je lub łącząc ze sobą i konkretyzując. Istotą metody historycznej w odniesieniu do prawoznawstwa stanowi postawa badawcza, rozumiejąca potrzebę historycznego ujmowania przedmiotu badań i przyjmująca poniższe założenia⁵:

- 1) instytucje i normy prawne to coś dynamicznego, produkt dziejowego rozwoju,
- 2) istnieje nieodzowność pytań o przeszłość badanej instytucji,
- 3) system norm reguluje i opisuje różne sfery rzeczywistości gospodarczej, społecznej czy polityczno-ustrojowej,
- 4) spór o prawo przybierał formy najbardziej ostre w chwilach dziejowych przełomów.

Tylko połączenie metod historycznych i metod badania prawa pozwala na dogłębne i właściwe pokazanie treści normy prawnej, ponieważ wskazuje również na dynamikę zmian społecznych i politycznych⁶. Prawo jako zjawisko społeczne jest wszak tworem historii⁷.

Każda metoda historyczno-prawna jest jednym z elementów podejścia historycznego w prawoznawstwie, za którym opowiada się J. Bardach⁸ i H. Olszewski⁹. Podejście historyczne jest „kierunkiem metodologicznym”, czyli niezbyt sztywno zorganizowanym zespołem zasad i pojęć metodologicznych¹⁰. Obejmuje ono możliwość zastosowania różnych metod badawczych stosowanych w naukach historycznych¹¹. Podejście historyczne w prawoznawstwie polega więc na badaniu prawa z wykorzystaniem aparatu naukowego, jakim dysponują dyscypliny historyczno-prawne, z zaznaczeniem, że musi on być odpowiednio dobrany do badanego przypadku¹².

³ J. Bardach, *Themis a Clio, czyli prawo a historia*, Warszawa 2001, s. 12.

⁴ *Ibidem*.

⁵ H. Olszewski, *Podejście historyczne w prawoznawstwie*, [w:] A. Łopata (red.), *Metody badania prawa*, Wrocław 1973, s. 16 i 17.

⁶ *Ibidem*, s. 26.

⁷ J. Bardach, *Themis a Clio, czyli prawo...*, s. 15.

⁸ Por. *ibidem*, s. 11–33; J. Bardach, *Themis a Klio, czyli o potrzebie podejścia historycznego w prawoznawstwie*, [w:] J. Wróblewski (red.), *Zagadnienia metodologiczne prawoznawstwa*, Warszawa 1982, s. 21–48.

⁹ Por. H. Olszewski, *op. cit.*, s. 11–27.

¹⁰ J. Bardach, *Themis a Clio, czyli prawo...*, s. 13.

¹¹ *Ibidem*, s. 13.

¹² *Ibidem*, s. 14.

Podłoże podejścia historycznego stanowi fakt, że prawo jest częścią kultury społecznej¹³. Dzięki podejściu historycznemu możliwe jest poznanie oddziaływania kultury danego państwa i kultury państw sąsiednich na prawo¹⁴. „Podejście historyczne pozwala również właściwie ocenić fakt, że każda społeczność narodowa występuje w charakterze odrębnej całości, integrując się jednocześnie w proces powszechnodziejowy. Uwzględnia ono kwestę środowiska historycznego obejmującego zarówno środowisko geograficzne, jak i układy politycznego sąsiedztwa, struktury ekonomiczne, społeczne i kulturowe, wymianę dóbr zarówno materialnych, jak duchowych, wpływających w niemałym stopniu na charakter oraz formy społeczno-politycznego bytu”¹⁵. Podejście historyczne jest więc szczególnie owocne, gdy chodzi o badanie w makroskali. Poprzez ukazanie makrostruktur daje prawnikowi ogólny obraz danego systemu politycznego i prawnego¹⁶. „Dynamiczne ujmowanie makrostruktur pozwala na ukazanie zmienności całych systemów polityczno-prawnych oraz głębszych uwarunkowań ich przeobrażeń”¹⁷. Nie sposób przecenić roli podejścia historycznego dla dorobku naukowo-prawnego. Pomaga ono prawidłowo wyjaśnić współczesność i rolę władzy politycznej, wyodrębnić elementy wiodące i ustalić związki między zjawiskami¹⁸. Podejście historyczne pozwala ponadto na ustalenie znaczenia terminów występujących w prawie, źródeł wieloznaczności, a ostatecznie na doprecyzowanie słownictwa prawniczego. Pełne zrozumienie danej instytucji wymaga wszak zapoznania się z procesem jej powstawania¹⁹. „Wielu instytucji nie da się po prostu wyjaśnić bez poznania ich historycznej genealogii”²⁰. Badanie historyczne pokazuje również kształtowanie się instytucji prawnych w świadomości społecznej²¹. J. Bardach zwraca uwagę dodatkowo na to, że „Retrospekcja pozwala dojrzeć w przeszłości to, co weszło z niej do teraźniejszości, co wpływa na jej obecne kształty społeczne i prawne. Dzięki dynamicznemu sposobowi ujmowania zjawisk społecznych historyzm umożliwia też prognozowanie”²². Przy tym należy zaznaczyć, że kolejny powstający etap rozwoju prawa nie jest uwarunkowany jedynie poprzednim etapem, ale całokształtem procesu historycznego²³. Powyższe można skonstruować słowami H. Olshewskiego, że „Zrozumienie każdego systemu prawa wymaga zatem podejścia historycznego. Bez znajomości praw historycznego rozwoju, bez znajomości przeszłości in-

¹³ J. Bardach, *Themis a Klio, czyli o potrzebie...*, s. 24.

¹⁴ *Ibidem*, s. 25.

¹⁵ *Ibidem*, s. 44.

¹⁶ J. Bardach, *Themis a Clio, czyli prawo...*, s. 17.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ *Ibidem*, s. 29.

¹⁹ *Ibidem*, s. 19.

²⁰ J. Bardach, *Themis a Klio, czyli o potrzebie...*, s. 30.

²¹ *Ibidem*, s. 39.

²² J. Bardach, *Themis a Clio, czyli prawo...*, s. 21.

²³ *Ibidem*, s. 14.

stytucji politycznych i starych systemów prawnych, a także bez stosowania retrospekcji prawidłowe zrozumienie współczesnego nam ustroju i prawa jest absolutnie niemożliwe, m. in. dlatego że właściwa charakterystyka ustroju społeczno-politycznego, ustroju i prawa dziś obowiązującego może być dokonana jedynie przez konfrontację i weryfikację z ustrojem i prawem epok minionych, z doświadczeniami przeszłości”²⁴.

Podejście historyczne w prawoznawstwie nie może być wyizolowane od innych metod i technik badawczych. Konieczna staje się integracja perspektywy historyczno-prawnej z innymi perspektywami, na przykład systemową²⁵. „Podejście systemowe pozwala na badanie wzajemnych zależności i wpływów, łączy analizę logiczno-językową z badaniem systemu jako całości oraz z jego funkcjonowaniem w praktyce”²⁶. W taki sposób z podejścia historycznego, metody historyczno-prawnej i metody systemowej tworzy się metoda historyczno-prawna w wersji systemowej.

2. Metoda systemowa w badaniach historyczno-prawnych

2.1. Ogólne uwagi o metodzie systemowej

Opis metody systemowej w ogólności należy rozpocząć od przyjrzenia się terminowi „system” jako kluczowemu dla tej metody. Jako pierwszy posłużył się nim biolog L. von Bertalanffy w latach 30. XIX w.²⁷ Definicja słowa „system” zależy od jego ujęcia w nauce. W ujęciu strukturalnym „system można określić jako zorganizowaną lub złożoną całość, jako zbiór lub kombinację rzeczy lub części tworzących złożoną lub jednostkową całość”²⁸. Powyższą definicję podają R.A. Johnson, F.E. Kast i J.E. Rosenzweig²⁹. Ujęcie strukturalne także reprezentuje B. Langeforse, który rozumie system jako „zbiór obiektów, zwanych częściami, połączonych wzajemnie w określony sposób”³⁰. W ujęciu metodologicznym natomiast, wyrażanym przez I. Aleksandra, system to „sposób podziału złożonych światów”³¹.

Wbrew nazwom ujęć metoda systemowa opiera się na definicji strukturalnej systemu. Dzieje się tak, ponieważ ujęcie strukturalne kładzie główny akcent na strukturę systemu, czyli na to, z jakich elementów się on składa i powiązań między nimi. Elementy te, co ważne, nie muszą być jednorodne. System w ujęciu strukturalnym jest więc

²⁴ H. Olszewski, *op. cit.*, s. 13 i 14.

²⁵ *Ibidem*, s. 26.

²⁶ J. Bardach, *Themis a Clio, czyli prawo...*, s. 17.

²⁷ B. Stefanowicz, [w:] B. Stefanowicz (red.), *Informacyjne systemy zarządzania. Przewodnik*, Warszawa 2007, s. 107.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ R.A. Johnson, F.E. Kast, I.E. Rosenzweig, *Systems theory and management*, „Management Science” 1964, Vol. 10, No. 2, s. 367.

³⁰ B. Stefanowicz, *op. cit.*, s. 107.

³¹ *Ibidem*.

przede wszystkim układem rzeczy, w którym zachodzą określone procesy. Istnienie tych procesów jest możliwe tylko wtedy, kiedy istnieje mechanizm sterujący, zaopatrujący system w energię³².

Każdy system posiada określone założenia. Najważniejszym z nich jest to, że system cechuje synergia³³. Systemy nie są więc prostą sumą właściwości poszczególnych części³⁴. Powoduje to, że system jako całość nabiera dodatkowych właściwości, których nie mają poszczególne części³⁵. Przykładowo rodzina, społeczeństwo czy las nie są tylko sumą organizmów, które składają się na te systemy, ale mają jeszcze inne cechy, jakich nie posiadają części składowe³⁶. Tak samo jest z prawem, które jako całość ma dodatkowe właściwości ponad cechy norm prawnych je tworzących.

Oprócz posiadania cechy synergii każdy system działa w otoczeniu, które na niego oddziałuje³⁷. To znaczy, że każdy system jest częścią rzeczywistości lub – nazywając to inaczej – kolejnego szerszego systemu. W każdym z tych systemów, zgodnie z założeniem W.R. Ashby’ego, to prawa natury są nadrzędne. Natura tworzy więc uwarunkowania całej rzeczywistości i mniejszych systemów³⁸. Z powyższego wynika, że otoczeniem systemu można nazwać rzeczywistość, w której on funkcjonuje, czyli warunki (otoczenie ogólne) oraz inne systemy i ich elementy, z którymi rozpatrywany system może wchodzić w interakcje (otoczenie szczegółowe)³⁹. Otoczenie systemu można podzielić na otoczenie⁴⁰:

- 1) bliższe, bezpośrednio oddziałujące na system,
- 2) dalsze, wywierające wpływ na system za pośrednictwem elementów otoczenia bliższego.

Otoczenie wpływa na system z różnym natężeniem, w zależności od stopnia odizolowania systemu. Na przykład mechanizm zegarowy jest względnie odizolowanym systemem, potrzebującym energii, żeby działać, ale żeby to działanie trwało, zegar nie musi koniecznie współdziałać ze środowiskiem. Zupełnie inaczej funkcjonują organizmy żywe, które będąc systemami otwartymi, aby pozostawać przy życiu, muszą utrzymywać ze środowiskiem ciągłą wymianę energii i materii⁴¹.

³² *Ibidem*.

³³ *Ibidem*, s. 108.

³⁴ F. Capra, *Punkt zwrotny*, Warszawa 1982, s. 365.

³⁵ B. Stefanowicz, *op. cit.*, s. 108.

³⁶ F. Capra, *op. cit.*, s. 365.

³⁷ B. Stefanowicz, *op. cit.*, s. 109.

³⁸ *Ibidem*, s. 9.

³⁹ A. Chrisidu-Budnik, [w:] A. Chrisidu-Budnik, J. Korczak, A. Pakuła, J. Supernat, *Nauka organizacji i zarządzania*, Wrocław 2005, s. 193.

⁴⁰ B. Stefanowicz, *op. cit.*, s. 110.

⁴¹ F. Capra, *op. cit.*, s. 370.

Wszystkie systemy, czy bardziej zamknięte, czy bardziej otwarte, działają według zasady, że do tego samego celu mogą prowadzić różne systemy. Oznacza to, że takie same rezultaty mogą być osiągnięte przez różne systemy, które charakteryzują się różną efektywnością⁴². Koresponduje to z założeniem W. Pogorzelskiego, że „Najogólniejszą, najbardziej powszechną, głęboką i wyrazistą przyczyną wszystkiego jest optymalność. W niej zawiera się cały ogrom wiedzy o świecie”⁴³. Utrzymanie optymalności wymaga jednak wysiłku, przy czym systemy żywe mają zdolność do ciągłego samoodnawiania⁴⁴, a systemy sztuczne muszą być wciąż napędzane, ponieważ naturalnie zmierzają do rozpadu⁴⁵. Ponadto, zgodnie z prawem Ashby’ego, „Każda różnorodność może być zrównoważona tylko przez inną różnorodność”⁴⁶. System jest tym bardziej różnorodny, im większy jest stopień różnorodności jego elementów oraz elastyczności elementów w kontakcie z otoczeniem. System ekwiwalentny to system o podobnym stopniu różnorodności do danego systemu⁴⁷.

Oceniając sprawność danego lub ekwiwalentnego systemu, należy wziąć pod uwagę to, że, zgodnie z jednym z założeń systemów, sprawność systemu zależy od sprawności jego najsłabszego elementu. Wynika stąd, że poprawa sprawności systemu dokonuje się poprzez udoskonalanie najsłabszego elementu⁴⁸. Tak tworzy się postęp, a według założenia rozwoju „Nie można zmienić ani zahamować rozwoju cywilizacji i rozwoju technicznego – nie można uciec przed rzeczywistością”⁴⁹. Rzeczywistość i systemy ją tworzące oraz ich rozwój należy więc przyjmować i badać.

Jednym z przykładów systemu jest system prawny. Również do niego odnoszą się powyższe uwagi. Jego definicja brzmi: „System prawny to zbiór norm, które są w określony sposób ze sobą powiązane (co stanowi o jednolitości systemu) oraz które łącznie charakteryzują pewne właściwości, z których najważniejszymi są niesprzeczność oraz – co jest przedmiotem sporu – zupełność”⁵⁰. Z samej definicji wynikają takie cechy systemu prawa jak jednolitość, niesprzeczność i zupełność.

Jednolitość to określony sposób powiązania między normami. Występuje ona w kilku rodzajach. Niezbędna dla prawidłowego systemu jednolitość aksjologiczna polega na istnie-

⁴² B. Stefanowicz, *op. cit.*, s. 110.

⁴³ W. Pogorzelski, *O filozofii badań systemowych*, Warszawa 2002, s. 47.

⁴⁴ F. Capra, *op. cit.*, s. 369.

⁴⁵ B. Stefanowicz, *op. cit.*, s. 11.

⁴⁶ *Ibidem*, s. 12.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ *Ibidem*, s. 111.

⁴⁹ *Ibidem*, s. 11.

⁵⁰ J. Wróblewski, [w:] W. Lang, J. Wróblewski, S. Zawadzki, *Teoria państwa i prawa*, Warszawa 1986, s. 389.

niu wspólnych wartości ustanowionych norm prawa⁵¹. Obok niej istnieje jednolitość socjologiczna wynikająca stąd, że prawo jest wytworem działalności organów danego państwa jako organizacji społeczeństwa globalnego⁵². Ponadto mamy również do czynienia z jednolitością teleologiczną, która oznacza, że cele norm są zbieżne, a przynajmniej niesprzeczne i służą realizacji kierunków działania władzy politycznej⁵³. Dodatkowo istnieje również formalna jednolitość strukturalna, dotycząca budowy systemu prawa oraz powiązań formalnych i treściowych między normami jako jego elementami⁵⁴.

Kolejną cechą systemu prawa, obok jednolitości, jest niesprzeczność. Znaczy to, że wszelkie, występujące w nim, sprzeczności techniczne są traktowane jako sprzeczności pozorne i usuwane za pomocą dyrektyw interpretacyjnych. Stosowanie dyrektyw interpretacyjnych nie jest uważane za zmienianie systemu prawa⁵⁵.

Ostatnią cechą systemu prawa jest zupełność. Istnieje ona w kilku rodzajach. Na początek należy wymienić zupełność obowiązywania. Zgodnie z nią w stosunku do dowolnej reguły zachowania się można stwierdzić, czy należy ona do systemu prawa, czy nie⁵⁶. Powoduje to konieczność wprowadzenia tak zwanej normy zamykającej system, która ustala, że tylko normy spełniające określone warunki należą do systemu prawa⁵⁷. Obok zupełności obowiązywania powinna istnieć także zupełność decyzyjna, która polega na „przyjęciu generalnego nakazu rozstrzygnięcia”⁵⁸. Wynika z niego, że „każda należycie wniesiona sprawa spełniająca określone warunki jest rozstrzygalna przez kompetentny organ państwa na podstawie norm obowiązujących”⁵⁹. Ostatnim rodzajem zupełności jest zupełność kwalifikacyjna, inaczej materialna, która głosi, że dowolne zachowanie posiada kwalifikację prawną w normach systemu, czyli jest obowiązkiem, uprawnieniem lub jest prawnie indyferentne⁶⁰.

Od zupełności systemu prawa należy odróżnić otwartość systemu prawa. Jest to cecha, która była już omawiana względem systemów w ogólności. System prawa jest zamknięty, jeśli naczelna norma systemu wyznacza w całości treść norm podrzędnych należących do systemu. Należy zauważyć, że jeśli naczelna norma nie wyznacza w ogóle treści norm podrzędnych, to taki system jest otwarty, a jeśli naczelna norma wyznacza po części

⁵¹ J. Wróblewski, *Wybrane zagadnienia metodologiczne dogmatyki prawa*, [w:] J. Wróblewski (red.), *Zagadnienia metodologiczne...*, s. 138.

⁵² J. Wróblewski, [w:] W. Lang, J. Wróblewski, S. Zawadzki, *op. cit.*, s. 389.

⁵³ *Ibidem*, s. 391.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ J. Wróblewski, *Wybrane zagadnienia...*, s. 138.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ J. Wróblewski, [w:] W. Lang, J. Wróblewski, S. Zawadzki, *op. cit.*, s. 405.

⁵⁸ J. Wróblewski, *Wybrane zagadnienia...*, s. 138.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ J. Wróblewski, [w:] W. Lang, J. Wróblewski, S. Zawadzki, *op. cit.*, s. 406.

treść norm podrzędnych, to system jest mieszany⁶¹. Otwartość systemu prawa zależy więc od możliwości jego zmiany w procesie stosowania prawa. Im bardziej naczelna norma wyznacza treść norm podrzędnych, w tym większym stopniu system prawa jest zamknięty i istnieje coraz mniej możliwości jego zmiany przy stosowaniu prawa.

Znając pojęcie systemu w ogólności oraz pojęcie systemu prawa, będących istotą metody systemowej badań, należy przejść do opisu samej metody systemowej. Badania nad wszystkimi systemami są przedmiotem tak zwanej teorii systemów. Jest ona dyscypliną ogólniejszą w stosunku do cybernetyki, interesującej się układami posiadającymi pewne właściwości funkcjonalne⁶².

Metoda systemowa według Bertalanffy'ego oznacza możliwość poznania żywego organizmu tylko przy traktowaniu go jako pewnej złożonej całości⁶³. Wynika stąd, że dogłębne poznanie części systemu powinno odbywać się przy analizie jej na tle całego układu. Jest to ważne spostrzeżenie w aspekcie istniejącej obecnie fragmentaryzacji życia⁶⁴. Fragmentaryzację życia szczególnie widzi się we współczesnej medycynie. Jeśli lekarz zajmuje się jedną częścią ciała, to nie widzi już innych części i człowieka jako całości. Zupełnie inaczej jest w medycynie wschodu, gdzie przede wszystkim patrzy się na człowieka jako na całość, a tylko uzupełniająco na chorą część ciała człowieka⁶⁵. Podobna fragmentaryzacja występuje w prawie, ponieważ i tutaj doszło do głębokiej specjalizacji. Stosowanie metody systemowej w prawie może okazać się remedium na fragmentaryzację postrzegania prawa przez ustawodawcę, stosujących je i tych, wobec których jest to prawo stosowane.

Metoda systemowa badania (analizy) prawa może być jednym z członów systemowego podejmowania decyzji, które obok fazy analizy zawiera również fazę projektowania, wdrażania i sprawdzania⁶⁶. Te ostatnie trzy fazy leżą jednak w gestii ustawodawcy, a badacz pozostaje w fazie analizy. Może on także zaprojektować nowe rozwiązania i proponować je w literaturze, ale nie ma pewności, czy ustawodawca je zauważy, a jeśli zauważy, to czy weźmie pod uwagę przy tworzeniu konkretnych projektów. Stąd w dalszych rozważaniach uwaga zostanie skoncentrowana jedynie na analizie prawa opisywaną metodą, także w kontekście historycznym.

Analiza metodą systemową składa się z takich faz jak: sformułowanie problemu, badanie, modelowanie i interpretacja⁶⁷. Procedura analizy została przedstawiona na

⁶¹ *Ibidem*, s. 408.

⁶² *Ibidem*, s. 389.

⁶³ B. Stefanowicz, *op. cit.*, s. 107.

⁶⁴ F. Capra, *op. cit.*, s. 319.

⁶⁵ *Ibidem*, s. 421.

⁶⁶ A.K. Koźmiński i A.M. Zawisłak, [w:] A.K. Koźmiński (red.), *Decyzje. Analiza systemowa organizacji*, Warszawa 1979, s. 82.

⁶⁷ *Ibidem*, s. 86.

rys. 1 na końcu artykułu. W tym miejscu należy rozpocząć opis poszczególnych faz metody systemowej.

Sformułowanie problemu to ogólne określenie, jaki problem naukowy należy opisać. Będzie to cel przeprowadzania badań, który formułujemy poprzez postawienie hipotezy lub pytania. Na tym etapie należy odpowiedzieć na pytania⁶⁸:

- 1) Jak doszło do powstania sytuacji, którą jesteśmy skłonni uważać za problem do rozwiązania?
- 2) Na czym właściwie ten problem polega?
- 3) Kto wygłasza opinię, że problem jest ważny i że należy podjąć kroki do jego rozwiązania?
- 4) Jakie argumenty uzasadniają znaczenie tego problemu?
- 5) Czy problem ten jest przejawem bardziej złożonego zjawiska?
- 6) Czy podjęcie i ewentualne rozwiązanie problemu jest uzasadnione, gdy porówna się koszty tego przedsięwzięcia ze spodziewanymi korzyściami?
- 7) Jaka jest lokalizacja problemu?
- 8) Czy istnieje powtarzalność pojawiania się problemu (zrutynizowanie)?

Pochodnymi celów badania są kryteria badania, pozwalające na ostateczną ocenę zbudowanych później modeli⁶⁹.

Badany problem powinien zostać umiejscowiony w określonym kontekście, co wymaga odpowiedzi na pytania⁷⁰:

- 1) Jaki zestaw zmiennych wchodzi w obszar systemowych uwarunkowań zidentyfikowanego problemu?
- 2) Jakie są podstawowe zależności między tymi zmiennymi?
- 3) Jakie subsystemy można wyróżnić w obrębie interesującego nas systemu?
- 4) Na czym polegają wzajemne interakcje między tymi subsystemami?
- 5) Czy zidentyfikowany problem można sformułować w kategoriach wykorzystanych przy opisywaniu systemu i wchodzących w jego skład subsystemów?

Należy więc na tym etapie określić też cechy rozpatrywanych systemów, zgodnie z wcześniejszym opisem systemów. Konkretny system powinien mieć przede wszystkim zdefiniowane cele, granice, procesy oraz poziom rozpatrywania poszczególnych elementów⁷¹. Ponadto możliwe jest określenie funkcji systemu⁷².

⁶⁸ *Ibidem*, s. 87.

⁶⁹ *Ibidem*, s. 88.

⁷⁰ *Ibidem*, s. 87.

⁷¹ B. Stefanowicz, *op. cit.*, s. 108.

⁷² *Ibidem*, s. 112.

W taki sposób należy przejść do drugiej fazy analizy metodą systemową, czyli badań nad otoczeniem systemu oraz relacją system–nadsystem. W tym celu trzeba odpowiedzieć na następujące pytania⁷³:

- 1) Jakie obszary zewnętrznego środowiska systemu są „wrażliwe” na jego działalność?
- 2) Na czym polegają wzajemne zależności między systemem a środowiskiem zewnętrznym?
- 3) Jakie wpływy zewnętrzne na system mogą mieć charakter krytyczny i w jakich warunkach?
- 4) W jakim stopniu sytuacja problemowa odbija się lub może odbijać się na funkcjonowaniu nadsystemu?
- 5) Czy kryteria działania systemu i nadsystemu są spójne?
- 6) Czy istnieją i jakie są sfery konfliktów we wzajemnych kontaktach system–nadsystem?

W przypadku prawa można zastosować dodatkowo systemowe dyrektywy wykładni, czyli odpowiedzieć na pytanie, jakie jest znaczenie normy ze względu na system, do którego należy, aby dana norma nie była sprzeczna z innymi normami, z zasadami oraz systematyką aktu prawnego, do którego należy, i wszystkich aktów prawnych⁷⁴. Należy w tym miejscu zwrócić także uwagę na integrację wewnętrzną i zewnętrzną prawoznawstwa. Integracja wewnętrzna dotyczy stosunku między poszczególnymi dyscyplinami prawniczymi⁷⁵. Integracja zewnętrzna to interdyscyplinarne związki prawoznawstwa przede wszystkim z psychologią, socjologią, politologią, historią, ekonomią i aksjologią⁷⁶. Jeśli metoda systemowa jest wersją metody historyczno-prawnej to szczególnie ważne jest podejście historyczne. Pozwala ono na pokazanie związków oraz zmienności systemu politycznego i prawnego, a także uwarunkowań tych przeobrażeń⁷⁷.

Zebranie informacji według wszystkich wskazówek przedstawionych powyżej pozwala przejść do fazy modelowania. Możliwościami modelowania zajmuje się cybernetyka. Polega ono na matematycznym przedstawieniu zależności logicznych i funkcjonalnych badanego układu⁷⁸. Najprostszy układ został przedstawiony na rys. 2 na końcu artykułu. Rys. 3 zaś dodaje do tego modelu sprzężenie zwrotne. W przypadku analizy konkretnych elementów systemów często powstają dużo bardziej skomplikowane modele. Modele powinny zawierać wejścia do systemu, czyli bodźce odbierane z otoczenia, oraz wyjścia z systemu, to znaczy sygnały wysyłane przez system do otoczenia, a także procesy transformacyjne z wejść na wyjścia. Struktura systemu w modelu może być

⁷³ A.K. Koźmiński i A.M. Zawiślak, *op. cit.*, s. 88.

⁷⁴ J. Wróblewski, [w:] W. Lang, J. Wróblewski, S. Zawadzki, *op. cit.*, s. 444 i 445.

⁷⁵ *Ibidem*, s. 48.

⁷⁶ K. Opałek, *Interdyscyplinarne związki prawoznawstwa*, „Studia Filozoficzne” 1985, nr 2–3, s. 29.

⁷⁷ J. Bardach, *Themis a Kilo, czyli o potrzebie...*, s. 28

⁷⁸ J. Wróblewski, *Prawo a cybernetyka*, „Państwo i Prawo” 1968, nr 12, s. 906 i 907.

zbudowana według procesów, zbioru obiektów, ogniw funkcjonalnych lub rozwoju⁷⁹. W zależności od celów badawczych ustala się tak zwane czarne skrzynki, czyli części systemu, których struktury już dalej nie są badane⁸⁰. Badanie elementów i procesów systemu zakłada znajdowanie nie tylko związków przyczynowo-skutkowych, ale również innych związków⁸¹. Jeśli istnieją cechy specyficzne systemu, to również należy o nich wspomnieć⁸².

Interpretacja wykonanych modeli to ostatnia faza analizy systemowej. Modele należy skonfrontować z kryteriami ustalonymi w pierwszej fazie i je ocenić. Duże znaczenie tutaj będzie odgrywała ogólna znajomość przedmiotu przez badacza, jego doświadczenie i intuicja⁸³.

Opisana powyżej metoda systemowa zakłada analizę elementów systemu oraz ich powiązań na tle całego systemu, a jej najważniejszym narzędziem jest modelowanie, które najczęściej wykorzystuje. Podejście systemowe, czyli dostrzeganie powiązań systemowych, nie zawsze jednak idzie w parze z modelowaniem. Przykładem takiego podejścia systemowego w nauce są poglądy holistyczne K. Ajdukiewicza, według którego słowa mają znaczenie tylko jako części całości, jaką jest język⁸⁴. Nie budując modeli systemowych, pisał on, że „Mówiąc o «znaczeniu wyrażenia» będziemy mieli na myśli coś intersubiektywnego, co przysługuje jakiemuś dźwiękowi ze względu na język, nie zaś ze względu na jednostkę ludzką”⁸⁵. Ponadto pewnego rodzaju konkretyzacją metody systemowej, z zastosowaniem modelowania lub rezygnacją z niego, jest wykorzystanie metody systemowej w badaniach historyczno-prawnych.

2.2. Wykorzystanie metody systemowej w badaniach historyczno-prawnych

Wykorzystanie metody systemowej w badaniach historyczno-prawnych w zakresie kultury prawnej i związków z otoczeniem przede wszystkim pozwala na⁸⁶:

- poznanie oddziaływania kultury danego państwa i kultury państw sąsiednich na prawo obecnie i w przeszłości,
- uwzględnienie środowiska historycznego, obejmującego: układy politycznego sąsiedztwa i środowisko geograficzne, struktury społeczne, ekonomiczne i kulturowe, wymianę dóbr materialnych i duchowych,

⁷⁹ B. Stefanowicz, *op. cit.*, s. 112 i 113.

⁸⁰ J. Wróblewski, *Prawo...*, s. 907.

⁸¹ B. Stefanowicz, *op. cit.*, s. 108.

⁸² *Ibidem*, s. 113.

⁸³ A.K. Koźmiński i A.M. Zawiślak, *op. cit.*, s. 92.

⁸⁴ J. Maciaszek, *Holizm znaczeniowy Kazimierza Ajdukiewicza*, Łódź 2007, s. 344.

⁸⁵ K. Ajdukiewicz, *Język i poznanie*, Warszawa 2006, s. 145.

⁸⁶ Por. J. Bardach, *Themis a Clio, czyli prawo...*, s. 17, 19, 30; J. Bardach, *Themis a Klio, czyli o potrzebie...*, s. 24, 25, 28, 30, 43, 44.

- ukazanie zmienności całych systemów polityczno-prawnych,
- ukazanie głębszych uwarunkowań przeobrażeń systemów polityczno-prawnych,
- pokazanie oddziaływania prawa innych państw na prawo danego państwa na przestrzeni dziejów,
- pokazanie związków oraz zmienności systemów: politycznego i prawnego, a także uwarunkowań tych przeobrażeń,
- ukazanie dynamiki zmian systemów prawnych,
- konfrontację poszczególnych zjawisk prawnych z warunkami historycznymi,
- zrozumienie systemu prawa na podstawie historycznego rozwoju,
- prawidłowe wyjaśnienie współczesności w kontekście procesu historycznego,
- właściwą ocenę faktu, że każda społeczność narodowa występuje w charakterze odrębnej całości, integrując się ponadto w proces powszechnodziejowy,
- badanie prawa na przestrzeni dziejów w makroskali,
- ukazanie makrostruktur prawa na przestrzeni dziejów.

W ramach wewnętrznej struktury prawa użycie metody systemowej w badaniach historyczno-prawnych przede wszystkim umożliwia⁸⁷:

- ukazanie struktury wewnętrznej systemu prawa na przestrzeni dziejów,
- rozróżnienie kategorii elementów systemu prawa na przestrzeni dziejów,
- ukazanie dziejowego rozwoju instytucji prawnych,
- świadome operowanie stopniami wiedzy i niewiedzy o elementach systemu prawa na przestrzeni dziejów,
- wybór poziomu, na którym nie jest badany już dany element prawa na przestrzeni dziejów, ale tylko jego powiązania zewnętrzne,
- pokazanie związków między płaszczyznami badawczymi prawa na przestrzeni dziejów,
- pokazanie całości wynikającej z połączenia płaszczyzn badania prawa na przestrzeni dziejów,
- pokazanie prawa na przestrzeni dziejów jako złożonego układu,
- myślowe sterowanie układami prawa na przestrzeni dziejów,
- dostrzeżenie sprzężenia zwrotnego dotyczącego elementów systemu prawa na przestrzeni dziejów oraz systemu i otoczenia,

⁸⁷ Por. J. Bardach, *Themis a Clio, czyli prawo...*, s. 17; J. Bardach, *Themis a Klio, czyli o potrzebie...*, s. 28, 39; S. Ehrlich, *Kilka uwag w sprawie metodologii nauk prawnych*, „Państwo i Prawo” 1964, nr 11, s. 642; B. Stefanowicz, *op. cit.*, s. 107, 110; K. Opałek, *op. cit.*, s. 28; A. Peczenik, *Płaszczyzny badania prawa*, „Państwo i Prawo” 1968, nr 2, s. 233, 242 i 243; J. Wróblewski, *Prawo...*, s. 906, 910.

- pokazanie elementów prawa na przestrzeni dziejów jako części określonej całości systemu i ich uporządkowanie,
- porównanie cech elementów prawa na przestrzeni dziejów jako systemu,
- pokazanie związków norm na przestrzeni dziejów, zachowań i przeżyć,
- pokazanie mechanizmów nawet najbardziej złożonych układów dynamicznych związanych z prawem na przestrzeni dziejów,
- ukazanie mechanizmu sterującego systemem prawa na przestrzeni dziejów,
- analiza możliwych zależności funkcjonalnych i przyczynowo-skutkowych dotyczących prawa na przestrzeni dziejów.

W zakresie problemów prawoznawstwa wykorzystanie metody systemowej w badaniach historyczno-prawnych przede wszystkim umożliwia⁸⁸:

- dostrzeżenie wielu problemów działania prawa na przestrzeni dziejów wynikających z analizy budowy systemów i ich połączeń z innymi systemami,
- formułowanie problemów społecznej genezy i uwarunkowań rozwoju prawa,
- bardziej kompetentne traktowanie problemów, którymi prawoznawstwo już się zajmowało,
- nowoczesne rozwiązywanie problemów, które prawoznawstwo stawiało przed sobą już w przeszłości,
- lepsze rozumienie przepisów i norm prawnych na przestrzeni dziejów w stosunku do innych metod,
- poznanie znaczenia normy na przestrzeni dziejów ze względu na system, do którego należy,
- ustalenie prawidłowego znaczenia terminów i instytucji prawnych oraz doprecyzowanie ich poprzez wyjawienie źródeł wieloznaczności,
- poznanie relacji pozaprawnych względem prawa na przestrzeni dziejów,
- poznanie stosunku między prawem a innymi dziedzinami wiedzy, np. socjologią, psychologią, ekonomią, na przestrzeni dziejów,
- większą współpracę między przedstawicielami różnych dyscyplin naukowych,
- możliwość rozpatrywania prawa na przestrzeni dziejów z perspektywy pozaprawnej,
- możliwość powstania nowych dziedzin prawnych,
- badanie wzajemnych zależności i wpływów między elementami całości prawa na przestrzeni dziejów oraz pomiędzy tymi elementami a całością,

⁸⁸ Por. J. Bardach, *Themis a Clio, czyli prawo...*, s. 13, 14, 19, 29; J. Bardach, *Themis a Klio, czyli o potrzebie...*, s. 31; H. Olszewski, *op. cit.*, s. 13; K. Opałek, *op. cit.*, s. 17, 18, 21, 22, 29; B. Stefanowicz, *op. cit.*, s. 107; J. Wróblewski, *Prawo...*, s. 898, 909, 912, 913.

- połączenie analizy logiczno-językowej z badaniem systemu prawa na przestrzeni dziejów jako całości oraz z jego funkcjonowaniem w praktyce,
- połączenie prawa na przestrzeni dziejów z innymi systemami i ich elementami,
- połączenie prawa na przestrzeni dziejów z całą rzeczywistością, w której funkcjonuje,
- defragmentaryzację postrzegania prawa na przestrzeni dziejów przez ustawodawcę, stosujących prawo i tych, wobec których prawo jest stosowane,
- poznanie stosunku między poszczególnymi dyscyplinami prawniczymi na przestrzeni dziejów.

W przedmiocie wykorzystania wyników badań zastosowanie metody systemowej w badaniach historyczno-prawnych przede wszystkim pozwala na⁸⁹:

- kontrolę funkcjonowania systemu prawa na przestrzeni dziejów,
- ocenę celów, do których prowadzą systemy prawa na przestrzeni dziejów,
- ocenę efektywności i sprawności systemu prawa na przestrzeni dziejów z perspektywy konkretnego celu, który ma osiągnąć,
- ocenę efektywności i racjonalności elementów systemu prawa na przestrzeni dziejów ze względu na cel, jaki mają osiągnąć,
- wybór najracjonalniejszych środków prawnych do osiągnięcia konkretnych celów,
- lepsze stosowanie przepisów i norm prawnych w stosunku do innych metod,
- prognozowanie najlepszego ustawienia elementów systemu prawa ze względu na założony cel.

Przykładem wykorzystania metody systemowej w badaniach historyczno-prawnych, czyli metody historyczno-prawnej w wersji systemowej, z wykorzystaniem modelowania, jest poniższa próba prezentacji prawa dowodowego w ogólności w postępowaniu karnym na przestrzeni dziejów.

3. Prawo dowodowe w procedurze karnej rozpatrywane metodą historyczno-prawną w wersji systemowej

Prawo dowodowe to przepisy regulujące zagadnienie dowodów w procesie⁹⁰. Obecnie w polskiej w procedurze karnej zostało uregulowane w ustawie z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego⁹¹, jednakże zmieniało się na przestrzeni dziejów.

⁸⁹ Por. J. Bardach, *Themis a Clio, czyli prawo...*, s. 21; B. Stefanowicz, *op. cit.*, s. 110 i 111; J. Wróblewski, *Prawo...*, s. 902, 905, 909.

⁹⁰ M. Cieślak, *op. cit.*, s. 6.

⁹¹ Dz. U. Nr 89, poz. 555 ze zm.

Truizmem jest twierdzenie, że prawo jako zjawisko społeczne jest wytworem historii⁹². Aktualnie również postępowanie karne jest w trakcie wielkiej zmiany, która następuje na mocy ustawy z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw⁹³. Zmiany dokonujące się w konkretnych przepisach postępowania karnego, a w tym prawa dowodowego, mają wpływ na cały system prawa. Można to porównać do pszczoł i mrówek, które „giną w odosobnieniu, natomiast w dużych skupiskach zachowują się niemal jak komórki złożonego organizmu”⁹⁴.

W taki sposób należy przejść do pierwszego etapu analizy systemowej prawa dowodowego w procedurze karnej, którym jest określenie badanego problemu. Może nim być właśnie zmienność prawa dowodowego w polskiej procedurze karnej. Zmienność ta wynika z różnych procesów historycznych, które to twierdzenie trzeba uznać za hipotezę dokonywanych badań. Potrzebę badań historycznych w prawoznawstwie głoszą przede wszystkim powołani wcześniej J. Bardach⁹⁵ i H. Olszewski⁹⁶. Problem ten jest ważnym zagadnieniem, ponieważ w wyniku skomplikowanych procesów historycznych powstaje prawo dowodowe w postępowaniu karnym na każdym etapie dziejów. Zmiany prawa dowodowego są elementem szerszych zmian dokonywanych w modelach postępowania karnego. Zmiany te są wielokrotne. Korzyściami badań nad opisywanym problemem są: naukowe uporządkowanie dawnych uregulowań w sensie naukowym oraz wskazanie ustawodawcy, jakich błędów nie powinien popełniać przy tworzeniu prawa dowodowego w procedurze karnej. Osiągnięcie tych korzyści powinno stać się kryterium oceny całych badań.

W tym miejscu należy opisywany wcześniej problem badawczy umieścić w kontekście systemowym. W obszar systemowych uwarunkowań problemu wchodzi:

- warunki powstawania reguł dowodowych,
- ogólne zasady systemu wpływające na reguły dowodowe,
- same reguły dowodowe, w tym teorie dowodowe,
- stosowanie reguł dowodowych,
- jakość wyroków wydawanych na podstawie przeprowadzonych dowodów.

Pomiędzy powyżej wyliczonymi zmiennymi przede wszystkim istnieje związek przyczynowo-skutkowy, ale także funkcjonalny. W obrębie opisanego systemu można wyróżnić subsystemy dotyczące poszczególnych dowodów, które nie muszą między sobą rozwijać zależności. Powyższy opis wyznacza granice, procesy oraz poziom rozpatrywania poszczególnych elementów systemu. Celem systemu prawa dowodowego jest

⁹² H. Olszewski, *op. cit.*, s. 12.

⁹³ Dz. U. poz. 1247, weszła w życie dnia 1 lipca 2015 r.

⁹⁴ F. Capra, *op. cit.*, s. 380.

⁹⁵ Por. J. Bardach, *Themis a Clio, czyli prawo...*, s. 11–33; J. Bardach, *Themis a Klio, czyli o potrzebie...*, s. 21–48.

⁹⁶ Por. H. Olszewski, *op. cit.*, s. 11–27.

uzyskanie podstawy warunkującej trafność rozstrzygnięcia o przedmiocie postępowania karnego⁹⁷. Funkcja systemu prawa dowodowego to wierne odtworzenie faktów obiektywnej rzeczywistości, ważnych z punktu widzenia konsekwencji prawnokarnych⁹⁸. Należy tutaj dodatkowo pamiętać, że system prawa dowodów w postępowaniu karnym z definicji cechuje jednolitość, niesprzeczność i zupełność.

W tym momencie należy przejść do drugiej fazy analizy systemowej, w której należy zbadać związki między systemem prawa dowodowego w procedurze karnej a całą procedurą karną oraz z szerszym otoczeniem, którym może być cały system prawa, systemy prawne w innych państwach czy też cała otaczająca rzeczywistość. Na ogromną rolę systemów prawnych innych państw przy kształtowaniu się prawa w danym państwie, oprócz mówiącego o tym później J. Bardacha⁹⁹, zwracał uwagę przede wszystkim I. Koschembahr-Łyskowski¹⁰⁰ już w dwudziestoleciu międzywojennym. Stwierdzał on, że wszystkie narody, a przede wszystkim narody zachodnioeuropejskie, mają wspólne podstawy prawne. Wskazywał, że „widzimy już nieprzerwaną linię rozwojową cywilizacji i prawa, która ciągnie się przez dzieje wszystkich narodów w ten sposób, że naród rozpoczyna swe dzieje, bez żadnego wpływu z zewnątrz, przyjmuje jednak w dalszych okresach rozwoju wpływ i z zewnątrz, przez co rozwój dalszej kultury zostaje przyspieszony. A udzielając ze swej strony swych dorobków cywilizacyjnych innym narodom, wzbogaca w ten sposób cywilizację ogólnoludzką; rozwój wyłącznie narodowy, oparty li tylko na rozwoju własnej jaźni narodowej prowadzi do zastoju i upadku (Indianie amerykańscy), przyjmowanie zaś dorobków kulturalnych innych narodów w zbyt wielkiej ilości, zbyt szybko zwłaszcza, prowadzi do unicestwienia rodzimych postaw cywilizacyjnych i do rozstroju [(Rosja nowoczesna) po rewolucji październikowej – M. G.]”¹⁰¹. Koschembahr-Łyskowski udowodniał powyższe, zaznaczając, że „narody poszczególne przechodzą te same okresy rozwoju w różnych czasach zaczynając zwykle od tych samych prymitywnych form. Formy, które spotykamy u jednego narodu, spotykamy u drugiego narodu często w kilka wieków później”¹⁰². Koschembahr-Łyskowski ponadto zauważał powiązania prawa z otaczającą je rzeczywistością społeczną i gospodarczą, konstatując, że „prawo ma charakter społeczny, ponieważ dotyczy, powstało i ma rozstrzygający wpływ na społeczne i gospodarcze stosunki obywateli”¹⁰³. Wszystkie powyższe uwagi pozostają aktualne i odnoszą się do wpływu prawa państw obcych oraz stosunków społecznych i gospodarczych na prawo dowodowe w polskiej procedurze karnej.

⁹⁷ R. Ponikowski, [w:] J. Skorupka (red.), *Postępowanie karne. Część ogólna*, Warszawa 2012, s. 264.

⁹⁸ *Ibidem*.

⁹⁹ J. Bardach, *Themis a Clio, czyli prawo...*, s. 30.

¹⁰⁰ Por. I. Koschembahr-Łyskowski, *Historja prawa na Zachodzie Europy*, Warszawa 1923, s. 3–5.

¹⁰¹ *Ibidem*, s. 3 i 4.

¹⁰² *Ibidem*, s. 4 i 5.

¹⁰³ I. Koschembahr-Łyskowski, *Pojęcie prawa*, Warszawa 1911, s. 69.

Szczególnie wrażliwe na działalność prawa dowodowego w postępowaniu karnym są wyniki postępowania karnego, jego efektywność oraz postępowanie odwoławcze w postępowaniu karnym, a także opinia publiczna i czasem władza polityczna w danym państwie, a niekiedy także w innych państwach. Zależności te są przede wszystkim przyczynowo-skutkowe, ale również funkcjonalne. Z drugiej strony to opinia publiczna i władza polityczna mogą oddziaływać na prawo dowodowe w postępowaniu karnym, a charakter tych oddziaływań prowadzący do zmian, może nastąpić w przypadku nadużyć procedury lub niezgodności procedury z moralnością, która powinna być kryterium oceny zarówno prawa dowodowego w procedurze karnej, jak i postępowania karnego. Reguły prawa dowodowego w polskiej procedurze karnej powinny być zgodne z innymi normami oraz z zasadami tej procedury, a także systematyką Kodeksu postępowania karnego oraz całego prawa. Kształt prawa dowodowego w procedurze karnej może wpływać na kształt prawa dowodowego w procedurze cywilnej i administracyjnej. Zmiany historyczne wpływały na kształt prawa dowodowego w polskim postępowaniu karnym tak, że zmieniało się ono od legalnej teorii dowodowej po zasadę swobodnej oceny dowodów, od zasady inkwizycyjności po zasadę kontradyktoryjności, od przysięgi i ordaliów po dowody z zeznań świadków i przyznanie się do winy¹⁰⁴.

Ewolucję teorii dowodów w literaturze w szczególności opisał M. Cieślak¹⁰⁵. Zwrócił on uwagę, że przed powstaniem państwa polskiego istniało prawo dowodowe w systemach formacji niewolniczej. Charakteryzowało się ono przede wszystkim różnym traktowaniem wolnych i niewolników. Niewolnicy zawsze byli przesłuchiwanymi przy pomocy tortur, natomiast względem wolnych – z upływem lat – coraz częściej stosowano tortury. Powstały wtedy również pierwsze reguły dowodowe, składające się na legalną teorię dowodową, co miało na celu ujednoczenie wyroków sądowych. Postępowanie toczyło się bez zachowania kontradyktoryjności, a wyroki wydawano najczęściej zaocznie¹⁰⁶.

Prawo dowodowe w systemie formacji feudalnej, od którego zaczyna się prawo dowodowe w polskiej procedurze karnej, zostało oparte na stosowaniu tortur, inkwizycyjności, legalnej teorii dowodowej. Początkowo istniała pozytywna teoria dowodowa, która zobowiązywała sędziego do wyciągnięcia odpowiednich, niekorzystnych dla oskarżonego, konsekwencji prawnych w przypadku istnienia określonej liczby dowodów obciążających¹⁰⁷. Potem wykształciła się negatywna teoria dowodowa, zabraniająca wyciągania konsekwencji prawnych do czasu zebrania dostatecznej liczby dowodów winy. Tworzyła ona podwaliny gwarancji procesowych oskarżonego, ponieważ nie po-

¹⁰⁴ A. Dziadzio, *Powszechna historia prawa*, Warszawa 2009, s. 444.

¹⁰⁵ Por. M. Cieślak, *op. cit.*, s. 17–33.

¹⁰⁶ *Ibidem*, s. 19 i 20.

¹⁰⁷ *Ibidem*, s. 23 i 24.

zwaliała na stosowanie wobec niego środków przymusu bez dostatecznej podstawy dowodowej i chroniła go przed samowolą sędziego¹⁰⁸.

W taki sposób, w czasie kiedy Polska była pod zaborami, powstał model procesu wprowadzony przez rewolucję francuską, określany przez Cieślaka jako burżuazyjny. Cechował się on kontrydiktoryjnością, prawem do obrony, zasadą domniemania niewinności, humanitaryzmem, wolnością od tortur, jawnością i swobodną oceną dowodów¹⁰⁹. Próba przejścia tego modelu przez Polskę została dokonana w dwudziestoleciu międzywojennym.

U schyłku legalnej teorii dowodowej, na początku XX w., próbowano przenieść punkt ciężkości procesu karnego z czynu na jego sprawcę. Zaczęto mówić o pewnych cechach wrodzonych lub nabytych człowieka, które predestynują go do bycia przestępcą. Tak powstały szkoły: antropologiczna (C. Lombroso), pozytywna (R. Garofalo, E. Ferri), oraz socjologiczna (A. Prins, F. Liszt). Wsparły one segregację rasową dokonywaną przez A. Hitlera, także na ziemiach polskich, podczas drugiej wojny światowej¹¹⁰.

Po drugiej wojnie światowej w Polsce wprowadzono radziecką teorię dowodową. Opierała się na jawności, kontrydiktoryjności przy aktywnym udziale sądu, konstytucyjnie gwarantowanym prawie do obrony i swobodnej ocenie dowodów. Swobodna ocena dowodów ograniczona była jednak obowiązkiem oparcia orzeczenia na rozpatrzeniu wszystkich okoliczności sprawy i obowiązkiem uzasadniania orzeczeń¹¹¹.

Zmiany polskiego postępowania karnego, które weszły w życie dnia 1 lipca 2015 r., wprowadziły kontrydiktoryjność pełniejszą, przy biernym udziale sądu, dopuszczającą jego aktywność jedynie w „wyjątkowych wypadkach uzasadnionych szczególnymi okolicznościami”. Konsekwencją tego stało się rozszerzenie zakresu swobodnej oceny dowodów, ograniczone już tylko obowiązkiem oparcia orzeczenia na rozpatrzeniu wszystkich dowodów przedstawionych przez strony (a nie wszystkich okoliczności sprawy) i obowiązkiem uzasadniania orzeczeń wskazanych przez ustawę.

Na podstawie powyżej zebranych danych w tym miejscu należy utworzyć modele dotyczące prawa dowodowego w polskiej procedurze karnej. Ze względu na ograniczoną objętość opracowania zostanie utworzonych tylko kilka takich modeli. Pierwszy model dotyczący działania elementów systemu dowodowego przedstawia rys. 4 na końcu artykułu. W stosunku do nowelizacji z dnia 27 września 2013 r., której podłożem były istniejące warunki powstawania reguł dowodowych oraz ogólne zasady systemu wpływające na wyrokowanie, znowelizowane reguły dowodowe oddziałują na stosowanie reguł dowodowych, a poprzez to na jakość wyroków wydawanych na ich podstawie

¹⁰⁸ *Ibidem*, s. 24.

¹⁰⁹ *Ibidem*, s. 26.

¹¹⁰ *Ibidem*, s. 31.

¹¹¹ *Ibidem*, s. 32 i 33.

i w sprzężeniu zwrotnym tworzą nowe warunki zmiany. Rys. 5 na końcu artykułu obrazuje wpływ prawa dowodowego na wyrokowanie (otoczenie bliskie), a poprzez to na opinię publiczną i władzę polityczną (otoczenie dalekie) i sprzężenie zwrotne otoczenia dalekiego na prawo dowodowe. W wyniku takiego sprzężenia zwrotnego powstała również nowelizacja z dnia 27 września 2013 r., do której niniejszy artykuł się odnosi. Opisywana zmiana prawa wpływa dalej na wszystkie elementy według wykresu. Na rys. 6 i 7 na końcu artykułu pokazano wpływ procesów historycznych, w tym nowelizacji z dnia 27 września 2013 r., na prawo dowodowe.

Interpretacja wykonanych modeli powinna prowadzić do wniosku, że obroniono hipotezę o wpływie procesów historycznych na prawo dowodowe w polskiej procedurze karnej. Przede wszystkim z modeli na rys. 6 i 7 wynika, że to procesy historyczne, między innymi także nowelizacja z dnia 27 września 2013 r., sprawiły przejście od legalnej teorii dowodów do zasady swobodnej oceny dowodów oraz od zasady inkwizycyjności do zasady kontradyktoryjności. Modele z rys. 4 i 5 natomiast wskazują, jak takie procesy historyczne się odbywają. Zgodnie z nimi zła jakość (w tym też mała liczba) wyroków sądowych bulwersuje opinię publiczną i wpływa na władzę polityczną, co tworzy warunki powstawania nowych przepisów dotyczących prawa dowodowego w procedurze karnej, w tym nowelizacji z dnia 27 września 2013 r. Ponadto wszystkie opisane modele uporządkowały dokonywanie zmian uregulowań w sensie naukowym, jako przykłady podając zmiany w teoriach dowodowych i zasadach przeprowadzania dowodów, prowadzące do tego, że po nowelizacji z dnia 27 września 2013 r. polskie prawo dowodowe jest przy końcu kontinuum tych zmian. Modele wskazały także ustawodawcy, że zmiana postępowania karnego w odwrotnym kierunku prowadzi do cofania się do poprzednich regulacji, choć taka zmiana będzie odbywać się w podobny sposób jak zmiana w kierunku obecnym.

Zakończenie

Termin „system” jest bardzo ważnym pojęciem w otaczającej rzeczywistości. Stoi on w centrum metody systemowej, która wskazuje na powiązania między różnymi elementami oraz elementami a całością.

W artykule argumentowano, że metoda historyczno-prawna w wersji systemowej pozwala na analizę funkcjonowania elementów prawa w systemie prawa zarówno obecnie, jak i w przeszłości. Opracowanie zawiera obszerny opis metody historyczno-prawnej, metody systemowej w badaniach historyczno-prawnych i próbę zastosowania metody historyczno-prawnej w wersji systemowej do analizy prawa dowodowego w postępowaniu karnym.

Systemowe podejście historyczne pozwala zważyć i ocenić składniki terażniejszości oraz wzajemne stosunki między nimi¹¹². „W ostatecznym więc rozrachunku współczesność jest uwarunkowana przez całokształt procesu historycznego, przez całość wytworzonych przezeń tradycji, postaw, psychiki narodowej, które są częstokroć bardziej trwałe niż połączone z nimi rozlicznymi więzami (czasem i opozycji) instytucje polityczne i prawne. Nie sposób zrozumieć jednych bez poznania drugich. Stąd konieczność ujmowania zjawisk ustrojowych i prawnych w całokształcie procesu historycznego, z uwzględnieniem miejsca, jakie badane instytucje czy zjawiska prawne zajmują w stosunku do innych manifestacji aktywności społecznej oraz roli, jaką w odniesieniu do nich spełniają”¹¹³.

Analiza metodą systemową uświadamia, że przedmiot badań jest tylko wycinkiem złożonego systemu. Zwraca także uwagę na ogromną różnorodność otaczającej rzeczywistości, ponieważ oprócz elementów na skrajach systemu istnieje wiele elementów pośrednich tworzących kontinuum. Dzięki tej metodzie lepiej poznajemy wpływ systemu na dany element, co szczególnie zaznaczyło się przy próbie zastosowania analizy historyczno-prawnej w wersji systemowej do prawa dowodowego w procedurze karnej.

Opisywana w artykule metoda historyczno-prawna w wersji systemowej jest jedną z metod racjonalnego działania. Racjonalne jest działanie skuteczne i sprawne¹¹⁴. Działaniem takim muszą być również badania naukowe.

Bibliografia

Literatura

- Ajdukiewicz Kazimierz, *Język i poznanie*, Warszawa 2006.
- Bardach Juliusz, *Themis a Clio, czyli prawo a historia*, Warszawa 2001.
- Capra Fritjof, *Punkt zwrotny*, Warszawa 1982.
- Chrisidu-Budnik Agnieszka, Korczak Jerzy, Pakuła Andrzej, Supnat Jerzy, *Nauka organizacji i zarządzania*, Wrocław 2005.
- Cieślak Marian, *Zagadnienia dowodowe w procesie karnym*, Warszawa 1955.
- Dziadzio Andrzej, *Powszechna historia prawa*, Warszawa 2009.
- Ehrlich Stanisław, *Kilka uwag w sprawie metodologii nauk prawnych*, „Państwo i Prawo” 1964, nr 11.
- Johnson Richard A., Kast Fremont E., Rosenzweig James E., *Systems theory and management*, „Management Science” 1964, Vol. 10, No. 2.
- Koschembahr-Łyskowski Ignacy, *Historja prawa na Zachodzie Europy*, Warszawa 1923.
- Koschembahr-Łyskowski Ignacy, *Pojęcie prawa*, Warszawa 1911.
- Kotarbiński Tadeusz, *Traktat o dobrej robocie*, Wrocław 1969.

¹¹² J. Bardach, *Themis a Clio, czyli prawo...*, s. 16.

¹¹³ *Ibidem*, s. 15.

¹¹⁴ T. Kotarbiński, *Traktat o dobrej robocie*, Wrocław 1969, s. 7.

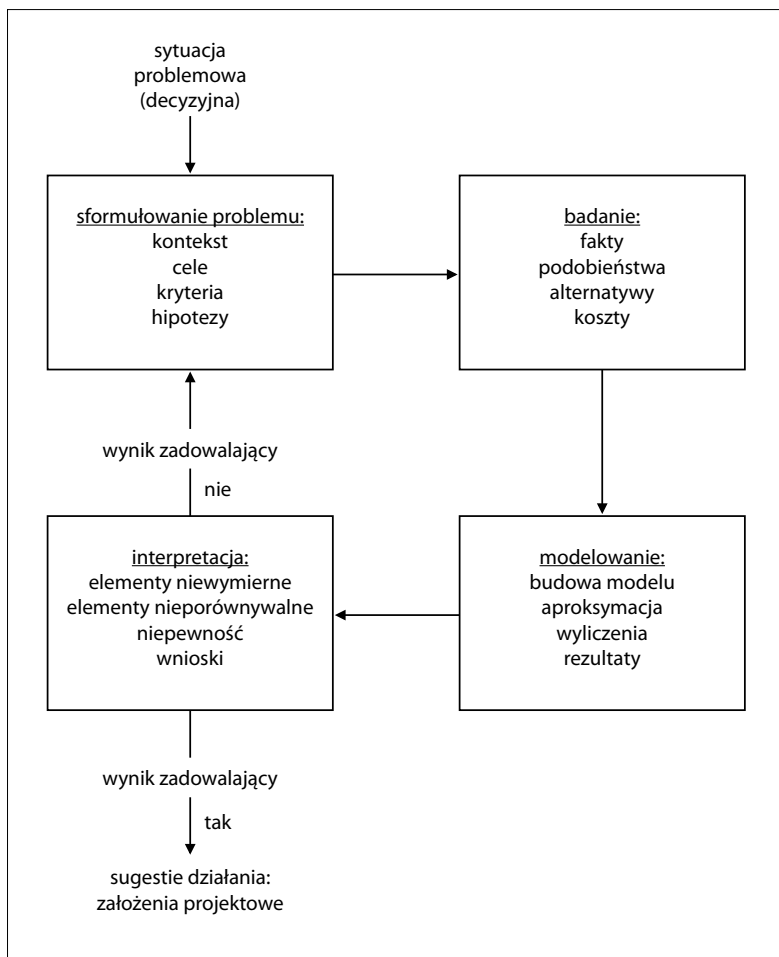
- Koźmiński Andrzej K. (red.), *Decyzje. Analiza systemowa organizacji*, Warszawa 1979.
- Lang Wiesław, Wróblewski Jerzy, Zawadzki Sylwester, *Teoria państwa i prawa*, Warszawa 1986.
- Łopatka Adam (red.), *Metody badania prawa*, Wrocław 1973.
- Maciaszek Janusz, *Holizm znaczeniowy Kazimierza Ajdukiewicza*, Łódź 2007.
- Masłowski Danuta i Włodzimierz, *Przysłowia polskie i obce*, Warszawa 2003.
- Opalek Kazimierz, *Interdyscyplinarne związki prawoznawstwa*, „Studia Filozoficzne” 1985, nr 2–3.
- Peczenik Aleksander, *Plaszczyzny badania prawa*, „Państwo i Prawo” 1968, nr 2.
- Pogorzelski Witold, *O filozofii badań systemowych*, Warszawa 2002.
- Skorupka Jerzy (red.), *Postępowanie karne. Część ogólna*, Warszawa 2012.
- Stefanowicz Bogdan (red.), *Informacyjne systemy zarządzania. Przewodnik*, Warszawa 2007.
- Wróblewski Jerzy (red.), *Zagadnienia metodologiczne prawoznawstwa*, Warszawa, 1982.
- Wróblewski Jerzy, *Prawo a cybernetyka*, „Państwo i Prawo” 1968, nr 12.

Akty prawne

Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. Nr 89, poz. 555 ze zm.).

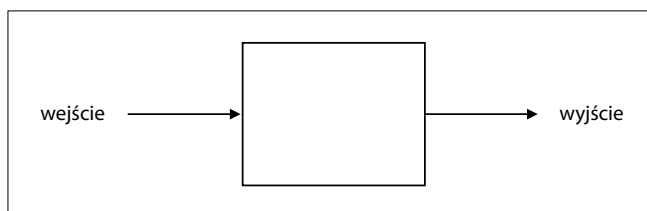
Ustawa z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1247).

Aneks: Rysunki, o których była mowa w tekście



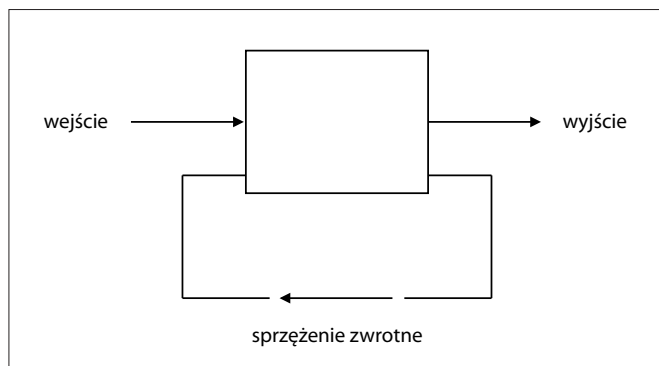
Rys. 1. Procedura analizy systemowej

Źródło: A.K. Koźmiński i A.M. Zawiślak, [w:] A.K. Koźmiński (red.), Decyzje. Analiza systemowa organizacji, Warszawa 1979, s. 86.

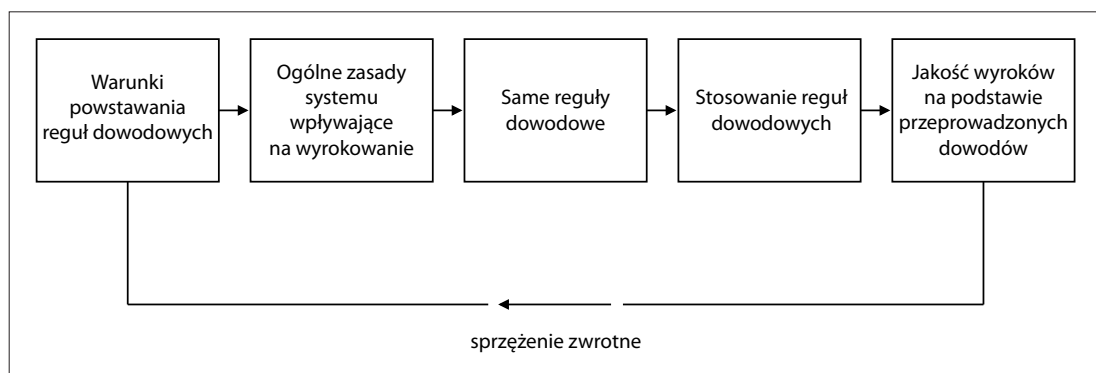


Rys. 2. Modelowe wyobrażenie prawa

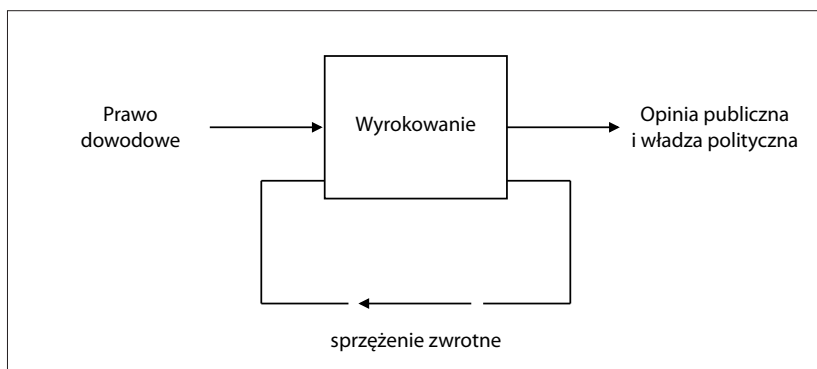
Źródło: J. Wróblewski, Prawo a cybernetyka, „Państwo i Prawo” 1968, nr 12, s. 907.



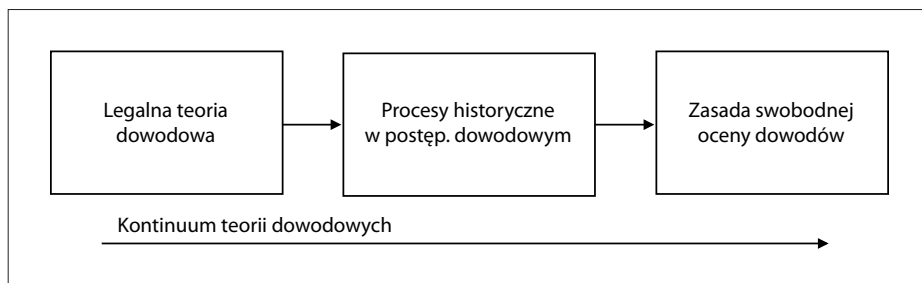
Rys. 3. Modelowe wyobrażenie prawa ze sprzężeniem zwrotnym
Źródło: J. Wróblewski, Prawo a cybernetyka, „Państwo i Prawo” 1968, nr 12, s. 907.



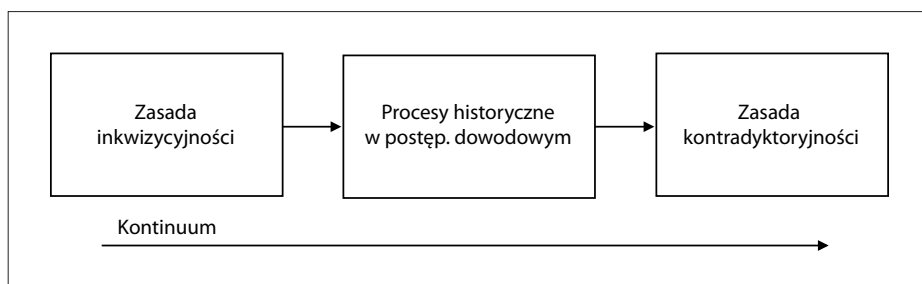
Rys. 4. Działanie elementów systemu dowodowego.
Źródło: opracowanie własne.



Rys. 5. Prawo dowodowe a wyrokowanie oraz opinia publiczna i władza polityczna.
Źródło: opracowanie własne.



Rys. 6. Zmiany teorii dowodowych.
Źródło: opracowanie własne.



Rys. 7. Zmiany zasad przeprowadzania dowodów.
Źródło: opracowanie własne.

**Prawo porównawcze.
Zagadnienia
prawa europejskiego**

Michał A. Piegzik
Uniwersytet Wrocławski

Zdolność prawna i zdolność do czynności prawnych w japońskim prawie cywilnym

Legal capacity and capacity to perform acts in law in Japanese civil law

権利能力と行為能力は日本民法における

Streszczenie

Celem niniejszego artykułu jest przedstawienie zagadnienia zdolności prawnej oraz zdolności do czynności prawnych osób fizycznych i prawnych w japońskim prawie cywilnym. Pomimo wpływu ponad 100 lat od przyjęcia japońskiego kodeksu cywilnego (jap. Mimpō) oraz uchwalenia w ostatnich dwóch dekadach istotnych nowelizacji temat ten nie został szerzej opracowany przez polskich i zagranicznych badaczy. Japońskie prawo cywilne, wywodzące się w znacznej mierze z XIX-wiecznego pruskiego BGB, wzbogacone o wzorce francuskie, po drugiej wojnie światowej przeszło kilkakrotnie gruntowną reformę, polegającą na implementowaniu anglosaskich zasad ustrojowych oraz redefinicji zdolności do czynności prawnych osób upośledzonych psychicznie, jak również osób prawnych i fundacji. Choć współcześnie normy zawarte w Mimpō dotyczące zdolności prawnej i zdolności do czynności prawnej odpowiadają wszelkim wymaganiom demokratycznego państwa prawa oraz w wielu miejscach przypominają uregulowania przyjęte w polskim kodeksie cywilnym, zauważalne są pewne cechy, które stanowią o wyjątkowości japońskiego ustawodawstwa w tej materii.

Słowa kluczowe

Japońskie prawo cywilne, Mimpō, zdolność prawna w japońskim prawie cywilnym, zdolność do czynności prawnych w japońskim prawie cywilnym.

Abstract

The main goal of this article is to present the issue of legal capacity and legal capacity of natural persons and juridical persons in Japanese civil law. Although the Japanese Civil Code (jap. Mimpō) was adopted more than 100 years ago and significant amendment were passed in the last two decades, this subject has not been widely examined by Polish and foreign researchers. Japanese civil law, derived largely from the nineteenth-century Prussian BGB, enriched with basic French rules, underwent profound reforms after World War II, such as the implementation of Anglo-Saxon political principles and the redefinition of the legal capacity of people with the intellectual disability as well as legal persons and foundations. Although the current standards in Mimpō concerning legal capacity and the capacity to perform actions meet all the requirements of a democratic state of law and in many fields it is similar to the Polish Civil Code, some features constitute the uniqueness of Japanese legislation in this area.

Keywords

Japanese civil law, Mimpō, legal capacity in Japanese civil law, capacity to perform acts in Japanese civil law.

1. Wstęp

Zdolność prawna i zdolność do czynności prawnych to kluczowe elementy prawa cywilnego. Ich znaczenie podkreśla fakt, iż w różnych systemach prawa zawarte są w początkowych rozdziałach kodeksów i stanowią fundamentalne określenie podmiotów prawa oraz zakresu czynności prawnych regulowanych przez dalsze przepisy. Konstrukcja zdolności prawnej, definiowana przez polską doktrynę jako zdolność do bycia podmiotem praw i obowiązków, a więc podleganiu normom obowiązującego prawa, w sposób naturalny łączona jest ze zdolnością do czynności prawnych, czyli samodzielnym kształtowaniem swojej sytuacji prawnej. Poprzez kształtowanie sytuacji prawnej możemy ściśle rozumieć dokonywanie we własnym imieniu czynności prawnych, a zatem przyjmowania i składania oświadczeń woli, których celem jest wywołanie powstania, zmiany lub ustania stosunku prawnego¹.

Celem niniejszej pracy jest przedstawienie zagadnień zdolności prawnej i zdolności do czynności prawnej w japońskim prawie cywilnym. Obie konstrukcje, mające swoje korzenie w myśli prawnej państw europejskich, zostały zaimplementowane do japońskiego systemu prawa na podstawie Aktu normatywnego Nr 98 w dniu 24 kwietnia 29 roku ery Meiji (1896 roku) uchwalającego Kodeks cywilny (jap. Mimpō), który w całości wszedł w życie w dniu 16 lipca 1898 roku². Pomimo tego, iż zagadnienia zdolności prawnej osób prawnych oraz zdolności do czynności prawnych osób fizycznych były w ciągu ostatnich 70 lat kilkukrotnie nowelizowane, istniejąca od 2006 roku regulacja zdolności prawnej i zdolności do czynności prawnych nie doczekały się szerszej analizy w języku polskim oraz angielskim³.

2. Zdolność prawna osób fizycznych

2.1. Koncepcja oraz ramy czasowe zdolności prawnej osób fizycznych

Zdolność prawna osób fizycznych opisana jest w Księdze I: Część ogólna (jap. *Sōsoku*), Rozdziale drugim: Osoba (jap. *Hito*), Sekcji pierwszej: Zdolność prawna (jap. *Kenri nōryoku*) Kodeksu cywilnego. Sam termin zdolność prawna został zaimplementowany do japońskiego

¹ Z. Radwański, A. Olejniczak, *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2011, s. 140.

² 民法 明治二十九年四月二十七日法律第八十九号 (Mimpō Meiji Nijūkyūnen Shigatsu Nijūnananichi Hōritsu Dai 89-Go, pl. Kodeks cywilny z dnia 24 kwietnia 29 roku ery Meiji, akt prawny nr 89), <http://law.e-gov.go.jp/htmldata/M29/M29HO089.html> [dostęp: 23.11.2015].

³ Większość zmian w japońskim prawie cywilnym miała miejsce po zakończeniu II wojny światowej pod wpływem nacisków amerykańskich władz okupacyjnych. W celu zagwarantowania demokratycznych stosunków pomiędzy małżonkami oraz poszanowania równości płci w 1947 roku wraz z wejściem w życie nowej Konstytucji Japonii (jap. Kempō) doszło do nowelizacji japońskiego prawa rodzinnego i spadkowego, które zostały oznaczone odpowiednio jako czwarta i piąta księga Kodeksu cywilnego. Zob. J.W. Dower, *Embracing Defeat: Japan in the Wake of World War II*, New York 2000, s. 346–399; Saibansho shokuin sōgō kenshūjo, *Shinzoku Hō Sōzoku Hō Kōgian* (pl. *Zarys wykładów z prawa rodzinnego oraz prawa spadkowego*), Tōkyō 2013, s. 1–2. Ostatnia większa nowelizacja dotycząca zdolności prawnej i zdolności do czynności prawnej miała miejsce w Japonii w 2006 roku.

porządku prawnego z uchwalonego, lecz ciągle nieobowiązującego wówczas w Niemczech BGB (niem. Rechtsfähigkeit)⁴. Pomimo przyjęcia niemieckiej koncepcji ścisłego rozgraniczenia obu pojęć konstrukcja zdolności prawnej w Mimpō, szczególnie w odniesieniu do cudzoziemców, zawiera w sobie elementy uznane przez polską doktrynę prawniczą za zdolność do czynności prawnych.

Na podstawie art. 3 Mimpō początkiem zdolności do czynności prawnych są narodziny człowieka. Zgodnie z teorią uniwersalnej podmiotowości przysługuje ona, co do zasady, każdemu człowiekowi⁵, który w trakcie życia nabywa swoje indywidualne cechy, takie jak np. imię i nazwisko. W nawiązaniu do norm konstytucyjnych oraz traktatów międzynarodowych zauważalne jest połączenie koncepcji człowieka jako osoby naturalnej oraz człowieka jako osoby fizycznej opisanej przez przepisy prawa⁶.

Na podstawie filozoficzno-etycznego założenia za człowieka uważane jest również nienarodzone jeszcze dziecko, które w europejskiej terminologii prawnej określane jest łacińskim terminem *nasciturus* (jap. *taiji*). Według japońskiego prawa cywilnego *taiji* może być podmiotem praw i obowiązków niektórych praw pod warunkiem, iż przyjdzie na świat żywy. Na podstawie art. 721 Mimpō każdy człowiek może żądać odszkodowania za bezprawnie wyrządzoną szkodę podczas życia płodowego⁷, na podstawie art. 886 nienarodzone jeszcze dziecko może odziedziczyć spadek pod warunkiem, iż przyjdzie na świat żywe, zaś na podstawie art. 965 zapis testamentowy może zostać ustanowiony na *taiji* pod warunkiem spełnienia przesłanek z art. 886.

Koniec zdolności prawnej osoby fizycznej – choć podobnie jak w polskim prawie nie zostało to nigdzie wyrażone wprost⁸ – wiąże się w japońskim prawie cywilnym z jej śmiercią. W związku z problemem ustawowego uregulowania pojęcia oraz chwili śmierci postawę do uznania człowieka za zmarłego, zgodnie z odwołaniem się do wiedzy medycznej, stanowi trwałe i nieodwracalne ustanie czynności mózgu, tj. „śmierć mózgu”, którą stwierdzili specjaliści z odpowiednich dziedzin medycyny przy uwzględnieniu aktualnej wiedzy medycznej o śmierci określonej osoby⁹. W przypadku osób zagnionych, u których nie da się stwierdzić wystąpienia zdarzenia śmierci, stosowany jest

⁴ Bürgerliches Gesetzbuch, <http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/BJNR001950896.html#BJNR001950896BJNG000202377> [dostęp: 30.11.2015].

⁵ H. Oda, *Japanese Law*, New York 2009, s. 122.

⁶ T. Uchida, *Mimpō I: Sōsoku Bukken Sōron* (pl. *Prawo cywilne I: Generalne komentarze do części ogólnej*), Tōkyō 2008, s. 92; K. Ōmi, *Mimpō Kōgi (I): Mimpō Sōsoku* (pl. *Wykłady z prawa cywilnego I: Kodeks cywilny część ogólna*), Tōkyō 2012, s. 36.

⁷ Konstrukcja odszkodowania za szkody wyrządzone podczas życia płodowego szerzej została przedstawiona w: K. Ōmi, *op. cit.*, s. 37.

⁸ M. Safjan (red.), *Prawo cywilne – część ogólna. System Prawa Prywatnego. t. 1*, Warszawa 2012, s. 1064.

⁹ M. Safjan (red.), *op. cit.*; S. Wakatsuma, *Shintei Mimpō Sōsoku: Mimpō Kōgi I* (pl. *Najnowsze zmiany w części ogólnej Kodeksu cywilnego: Wykład z prawa cywilnego I*), Tōkyō 1965, s. 53.

art. 30 i 31 Mimpō. Jeżeli przez siedem lat nie wiadomo, czy dana osoba żyje, sąd rodzinny może uznać ją za zaginioną na wniosek zainteresowanego. Artykuł 30 ust. 1 nie precyzuje momentu, od którego rozpoczyna się siedmioletni termin konieczny do sądowego uznania za zaginionego. Należy domniemywać zatem, iż jego początkiem jest data ostatniej udokumentowanej informacji o życiu osoby zaginionej. W podobny sposób regulowana jest kwestia osób, które zginęły na wojnie lub znajdowały się na pokładzie statku morskiego albo powietrznego, który później zatonął bądź w jakikolwiek inny sposób został narażony na niebezpieczeństwo mogące skutkować śmiercią jego pasażerów. Nad postawie art. 30 ust. 2 sąd może uznać osobę za zaginioną najwcześniej rok po zakończeniu wojny, zatonięciu lub katastrofie statku albo ustaniu zagrożenia narażającego życie jego pasażerów. Artykuł 31 ze skutkiem sądowego uznania za zaginionego wiąże uznanie za zmarłego.

Konstrukcja prawna sądowego uznania za zmarłego pozostaje domniemaniem wzruszalnym. Artykuł 32 ust. 2 stanowi, iż jeżeli po wydaniu stosownego orzeczenia przez sąd okaże się, że istnieje jakikolwiek dowód, iż osoba, której dotyczy uznanie za zmarłego, jest żywa albo umarła w innym czasie, sąd rodzinny musi uchylić wcześniejsze orzeczenie na wniosek zaginionego lub osoby zainteresowanej. Zdanie drugie art. 32 ust. 2, rozwiązując wieloletnie spory, potwierdza, iż uchylenie orzeczenia nie wpływa na ważność czynności prawnych, które zostały podjęte w okresie od sądowego uznania za zmarłego aż do jego uchylecia. Jednakże na mocy art. 32 ust. 2 każdy, kto nabył własność po osobie uznanej za zmarłą, traci do niej prawo wraz z uchYLENIEM przez sąd orzeczenia. Zwrot własności przez nowego właściciela ograniczony jest jednak do majątku, którego nabycie faktycznie można uznać za wzbogacenie się dzięki osobie uznanej za zaginioną.

Ostatnia okoliczność związana z końcem zdolności prawnej osoby fizycznej zawarta jest w art. 32–2, który stanowi, iż jeżeli kilka osób utraciło życie i nie da się ustalić kolejności ich śmierci, domniemywa się, że zmarły one jednocześnie.

2.2. Zdolność prawna cudzoziemców

Choć zdolność prawna przyznawana jest przez Mimpō bez wyjątku każdemu człowiekowi, *lex specialis* stanowi art. 3 ust. 2, który zezwala obcokrajowcom na korzystanie z prywatnych praw pod warunkiem, że nie są one ograniczone przez obowiązujące akty prawne, inne regulacje oraz traktaty międzynarodowe. W niektórych przypadkach japońskie prawo odstępuje od równego traktowania obywateli Cesarstwa Japonii oraz cudzoziemców na rzecz zasady wzajemności. Prawo o odpowiedzialności odszkodowawczej państwa za wyrządzone szkody (jap. Kokka Baishō-hō) w art. 6 zastrzega, iż stosuje się jego przepisy wobec cudzo-

ziemca, która poniósł szkodę wskutek działalności państwa japońskiego, jeżeli państwo cudzoziemca gwarantuje obywatelom Japonii identyczne prawo¹⁰.

W japońskim systemie prawa istnieją również przepisy, które zabraniają cudzoziemcom nabywania określonych praw, ograniczając w ten sposób zdolność prawną osób pochodzących spoza Japonii. Prawo o międzynarodowej wymianie oraz handlu (jap. Gaikoku Kawase Oyobi Gaikoku Bōeki Hō) uniemożliwia nabycie udziałów w przedsiębiorstwach energetycznych przez zagraniczny fundusz inwestycyjny¹¹. Podobne ograniczenia zdolności do bycia podmiotem praw przewiduje przestarzała już ustawa o prawie cudzoziemców w stosunku do ziemi (jap. Gaikokujin Tochi Hō), która również w art. 1 stosuje zasadę wzajemności oraz w art. 4 pozwala cesarzowi zabronić cudzoziemcom nabycia prawa własności ziemi na obszarze, który został oznaczony jako ważny z punktu widzenia obronności i bezpieczeństwa kraju¹². Zakaz ten nie był jednakże stosowany w praktyce od czasów drugiej wojny światowej, zaś po ponad dwuletniej dyskusji w japońskim parlamencie 15 października 2010 roku premier Kan Naoto wydał oficjalne oświadczenie, w którym stwierdzał, iż „Jest to obecnie martwy przepis prawa i do jego ponownego stosowania potrzebna jest nowa rządowa regulacja”¹³.

Ostatnie, najliczniej występujące w aktach prawnych ograniczenie zdolności prawnej wobec cudzoziemców w Japonii, wiąże się z prawem własności intelektualnej. Normy ograniczające nabycie własności znajdują się między innymi w art. 25 Prawa patentowego (jap. Tokkyo Hō)¹⁴, art. 55 ust. 3 Prawa o wzorach użytkowych (jap. Jitsuyō Shin’an Hō)¹⁵, art. 68

¹⁰ 国家賠償法, 昭和22年10月27日法律第125号 (Kokkai Baishō-hō, Shōwa Nijūnen Jūgatsu Nijūnananichi Hōritsu Dai 125 Go, pl. Prawo o odpowiedzialności odszkodowawczej państwa za wyrządzone szkody z dnia 27 października 22 roku ery Shōwa, akt prawny nr 125), <http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=2640> [dostęp: 30.11.2015].

¹¹ 外国為替及び外国貿易法 昭和二十四年十二月一日法律第二百二十八号 (Gaikoku Kawase Oyobi Gaikoku Bōeki Hō Shōwa Nijūyon’nen Jūnigatsu Tsuitachi Hōritsu Dai 228 Go, pl. Prawo o międzynarodowej wymianie oraz handlu z dnia 1 grudnia 24 roku ery Shōwa, akt normatywny nr 228) <http://law.e-gov.go.jp/htmldata/S24/S24HO228.html> [dostęp: 30.11.2015]

¹² 外國人土地法 大正十四年四月一日法律第四十二号 (Gaikokujin Tochi Hō Taishō Jūyon’nen Shigatsu Tsuitachi Hōritsu Dai 412 Go, pl. ustawa o prawie cudzoziemców w stosunku do ziemi z dnia 1 kwietnia 14 roku ery Taishō, akt normatywny nr 412), <https://ja.wikisource.org/wiki/外國人土地法> [dostęp: 30.11.2015].

¹³ <http://www.asahi.com/special/minshu/TKY201010260182.html> [dostęp: 12.12.2015].

¹⁴ 特許法 昭和三十四年四月十三日法律第二百一十一号 (Tokkyo Hō Shōwa Sanjūyon’nen Shigatsu Jūsan’nichi Hōritsu Dai 121 Go, Prawo patentowe z dnia 13 kwietnia 34 roku ery Shōwa, akt normatywny nr 121), <http://law.e-gov.go.jp/htmldata/S34/S34HO121.html> [dostęp 30.11.2015].

¹⁵ 実用新案法 昭和三十四年四月十三日法律第二百二十三号 (Jitsuyō Shin’an Hō Shōwa Sanjūyon’nen Shigatsu Jūsan’nichi Hōritsu Dai 123 Go, pl. Prawo o wzorach użytkowych z dnia 13 kwietnia 34 roku ery Shōwa, akt normatywny nr 123), <http://law.e-gov.go.jp/htmldata/S34/S34HO123.html> [dostęp: 24.11.2015].

ust. 3 Prawa wzorów przemysłowych (jap. Ishō Hō)¹⁶, a także art. 77 ust. 3 Prawa znaków towarowych (jap. Shōhyō Hō)¹⁷.

2.3. Podsumowanie zagadnienia zdolności prawnej osób fizycznych

Rozwiązania przyjęte przez Mimpō w zakresie zdolności prawnej osób fizycznych nie odbiegają w znaczący sposób od uregulowań w państwach europejskich. Zdolność prawna przyznawana jest bez wyjątku wszystkim ludziom. Jej początek i koniec wyznaczony jest przez narodziny i śmierć człowieka, a ponadto regulowana jest ona szczególnymi przepisami dotyczącymi ochrony interesu prawnego *nasciturusa* oraz domniemań związanych z zaginięciem osoby. O tym, iż konstrukcja sądowego uznania za zmarłego oraz możliwość jej uchylenia stanowią istotną regulację na gruncie prawa cywilnego, świadczą corocznie publikowane rządowe statystyki. Według danych liczba zgłoszonych zaginięć w 2006 roku wyniosła 2470 osób, podczas gdy japońskie sądy uchyliły 1951 wcześniejszych orzeczeń o zaginięciu¹⁸.

W przypadku cudzoziemców japońskie prawo cywilne również przyznaje im zdolność prawną, lecz zakłada pewne odstępstwa od tej reguły, które zawarte są w innych aktach prawnych, uregulowaniach oraz umowach międzynarodowych. Pod tym względem Mimpō odchodzi od rozumienia zdolności prawnej jako praw podmiotowych przyznanych każdemu człowiekowi na rzecz szczegółowych regulacji. Ograniczenie lub zakaz bycia podmiotem określonych praw wynika z potrzeby zagwarantowania Japończykom identycznych praw na świecie oraz z tradycji historycznej Cesarstwa Japonii. Pamięć o izolacjonizmie ery Edo oraz agresywnej polityce mocarstw kolonialnych w Azji Wschodniej w XIX i XX wieku sprawiły, iż pomimo wielu zmian społecznych Japończycy pozostają zamkniętym i broniącym swoich interesów narodem.

3. Zdolność do czynności prawnych osób fizycznych

3.1. Opieka, kuratela oraz pomoc

Obowiązujące obecnie w Japonii prawo znacznie odbiega od pierwotnych norm Mimpō, które w celu określenia pełnej zdolności do czynności prawnych wprowadzały pojęcia „nieporadnego” oraz „*quasi*-nieporadnego” na określenie osób, które nie posiadały prawa do samodzielnego kształtowania stosunków prawnych. Do pierwszej katego-

¹⁶ 意匠法 昭和三十四年四月十三日法律第百二十五号 (Ishō Hō Shōwa Sanjūyon'nen Shigatsu Jūsan'ichi Hōritsu Dai 125 Go, pl. Prawo wzorów przemysłowych z dnia 13 kwietnia 34 roku ery Shōwa, akt normatywny nr 125), <http://law.e-gov.go.jp/htmldata/S34/S34HO125.html> [dostęp: 30.11.2015].

¹⁷ 商標法 昭和三十四年四月十三日法律第百二十七号 (Shōhyō Hō Shōwa Sanjūyon'nen Shigatsu Jūsan'ichi Hōritsu Dai 127 Go, pl. Prawo znaków towarowych z dnia 13 kwietnia 34 roku ery Shōwa, akt normatywny nr 127), <http://law.e-gov.go.jp/htmldata/S34/S34HO127.html> [dostęp 24.11.2015].

¹⁸ T. Uchida, *op. cit.*, s. 95.

rii zaliczały się między innymi kobiety znajdujące się pod władzą męża, zaś do drugiej ludzie niewidomi, głuchoniemi oraz psychicznie chorzy. Wraz z demokratyzacją ustroju oraz życia społecznego system „nieporadnych” oraz „quasi-nieporadnych” został zarzucony odpowiednio w 1947 oraz 1979 roku¹⁹. Nie bez znaczenia dla przeprowadzania obu reform był międzynarodowy ruch szerzący pogląd o konieczności troszczenia się przez państwo o osoby niepełnosprawne i upośledzone umysłowo, a także odnotowany w 1970 roku w Japonii proces starzenia się społeczeństwa²⁰.

W 1999 roku, wskutek zwycięstwa ideologii głoszącej prawo do samostanowienia o własnym losie, określenie osoby nieporadnej zostało całkowicie usunięte z japońskiego prawa cywilnego. Miejsce dotychczasowych regulacji zajął nowy system ustanawiający instytucję opieki (jap. *kōken*), kurateli (jap. *hihosanin*) oraz pomocy (jap. *hojō*)²¹. Osoby fizyczne zostały podzielone na dwie grupy – posiadające pełną zdolność do czynności prawnych lub ograniczoną zdolność do czynności prawnych. Obecnie pełną zdolność do czynności prawnych nabywa się w dniu ukończenia dwudziestego roku życia (art. 3 Mimpō) lub przed dwudziestym rokiem życia poprzez zawarcie małżeństwa (art. 753), co stanowi systemową fikcję prawną²². Osobami posiadającymi ograniczoną zdolność do czynności prawnych pozostają niepełnoletni, dorośli posiadający sądowo przydzielonego opiekuna lub pomocnika oraz osoby znajdujące się pod opieką kuratora.

Na podstawie art. 7 o stwierdzeniu konieczności ustanowienia opieki orzeka sąd rodzinny na wniosek osoby, której postępowanie dotyczy, jej małżonka lub małżonki, członków rodziny do czwartego stopnia pokrewieństwa, opiekuna nieletniego, przełożonego opiekuna nieletniego, kuratora, przełożonego kuratora, pomocnika przy osobie, przełożonego pomocnika przy osobie oraz prokuratora. Przesłanką umożliwiającą ustanowienie opieki jest nieustępująca choroba psychiczna, która charakteryzowana jest jako „brak zdolności odróżniania dobrych od złych rzeczy”. Orzeczenie sądu o stwierdzeniu obowiązku powstania opieki stanowi podstawę do przydzielenia dorosłego opiekuna (jap. *seinen kōken nin*). Jeżeli przyczyna ujęta w art. 7 przestanie istnieć, sąd rodzinny na wniosek podmiotów wymienionych w art. 10 ma obowiązek cofnięcia swojego orzeczenia.

Podmioty wymienione w art. 7 i 10 zostały również upoważnione do złożenia wniosku do sądu rodzinnego w sprawie orzeczenia obowiązku powstania kurateli. Różnica pomiędzy kuratelą a opieką wyrażona jest w art. 11, który stwierdza, iż kuratela

¹⁹ H. Oda, *op. cit.*, s. 123.

²⁰ K. Ōmi, *op. cit.*, s. 45.

²¹ 後見登記等に関する法律 平成十一年十二月八日法律第百五十二号 (Kōken Tōki nado ni Kansuru Hōritsu Heisei Jūichinen Jūnigatsu Yokka Hōritsu Dai 149 Go, pl. Prawo rejestracji opiekunów z dnia 8 grudnia 11 roku ery Heisei, akt normatywny nr 149), <http://law.e-gov.go.jp/htmldata/H11/H11HO152.html> [dostęp: 30.11.2015].

²² K. Ōmi, *op. cit.*, s. 49.

może zostać ustanowiona w stosunku do osoby skrajnie nieodróżniającej rzeczy dobrych od złych z powodu choroby psychicznej. Kodeks nie podaje kryteriów odróżnienia natężenia choroby psychicznej, należy zatem domniemywać, iż kuratela pozostaje instytucją wykorzystywaną w skrajnych przypadkach po zasięgnięciu opinii lekarza biegłego. Kuratela nie może zostać ustanowiona w stosunku do osoby, która posiada sądownie przydzielonego opiekuna. Podstawę do przydzielenia kuratora (jap. *hosanin*) stanowi na mocy art. 12 orzeczenie sądu o stwierdzeniu obowiązku powstania kurateli. Jeżeli przyczyna ujęta w art. 11 przestanie istnieć, sąd rodzinny na wniosek podmiotów wymienionych w art. 14 ust. 1 ma obowiązek cofnięcia orzeczenia. W przypadku gdy wnioskodawcą jest osoba znajdująca się pod kuratelą, sąd na podstawie art. 14 ust. 2 może fakultatywnie uchylić orzeczenie w całości lub w części.

Obok opieki i kurateli Mimpō wyróżnia jeszcze instytucję pomocy przewidzianą dla osób, których choroba psychiczna nie jest ciągła i nieuleczalna. Pomoc – w zamierzeniu twórców ostatniej reformy – ma stanowić łagodniejszą formę opieki. O jej ustanowienie przez sąd rodzinny mogą wnioskować podmioty wskazane w art. 15 ust. 1. Jeżeli wniosek został złożony przez osobę, której postępowanie nie dotyczy, do dalszego biegu potrzebna jest zgoda osoby zainteresowanej. Pomoc nie może zostać ustanowiona w stosunku do osoby, która posiada sądownie przydzielonego opiekuna albo kuratora. Podstawę do przydzielenia pomocnika (jap. *hojōnin*) stanowi na mocy art. 16 orzeczenie sądu o stwierdzeniu obowiązku ustanowienia pomocy. Jeżeli przyczyna ujęta w art. 15 ust. 1 przestanie istnieć lub zaistnieje zdarzenie zawarte w art. 876–9, sąd rodzinny na wniosek podmiotów wymienionych w art. 18 ust. 1 ma obowiązek cofnięcia orzeczenia o ustanowieniu pomocy²³. W przypadku gdy wnioskodawcą jest osoba posiadająca pomocnika, sąd na podstawie art. 18 ust. 2 może fakultatywnie uchylić orzeczenie w całości lub w części.

3.2. Treść zdolności do czynności prawnych

Na podstawie art. 4 Mimpō pełną zdolność do czynności prawnych nabywa się w dniu ukończenia dwudziestego roku życia. Pełna zdolność do czynności prawnych oznacza nieskrępowaną możliwość kształtowania swojej sytuacji prawnej, która może polegać między innymi na zaciąganiu zobowiązań lub zawiązaniu stosunku pracy. Kodeks nie różnicuje pełnej zdolności do czynności prawnych ze względu na płeć lub określony wiek. Nie ma również znaczenia, czy dokonywana czynność jest korzystna, gdyż w myśl teorii o samostanowieniu każdy człowiek ma prawo do samodzielnego decydowania o własnym losie, a jego wybory stanowią przemyślane i racjonalne działania.

²³ T. Kawai, *Mimpō Nyūmon* (pl. *Wprowadzenie do prawa cywilnego*), Tōkyō 2012, s. 17.

Osoba niepełnoletnia do wykonania czynności prawnej potrzebuje zgody swojego ustawowego opiekuna. Ograniczenie to nie obowiązuje w stosunku do umów zawieranych w drobnych bieżących sprawach życia codziennego. Artykuł 5 ust. 2 zatrzega jednocześnie, iż umowy te mogą zostać odwołane przez opiekuna w celu ochrony niepełnoletniego przed ich niekorzystnymi skutkami. Opiekun może również wydzielić część majątku do swobodnego zarządu przez niepełnoletniego, lecz w razie ustalenia zakresu oraz celu dysponowania wydzieloną częścią majątku niepełnoletni związany jest wyznaczonymi granicami. Artykuł 6 ust. 1 stanowi ponadto, iż niepełnoletni, który posiada zgodę na prowadzenie jednej lub więcej firm, powinien mieć taką samą zdolność do czynności prawnych w zakresie obowiązków służbowych jak osoba pełnoletnia. Jeżeli jednak niepełnoletni nie jest w stanie z jakichkolwiek przyczyn prowadzić firmy lub firm, jego opiekun może cofnąć lub ograniczyć zgodę na prowadzenie przedsiębiorstwa z zachowaniem przepisów księgi czwartej kodeksu.

Zdolność do czynności prawnych osoby będącej pod opieką znajduje swoje ograniczenie w art. 9, który stanowi, iż czynności prawne przez nią podjęte mogą zostać odwołane przez opiekuna. Ten sam przepis ogranicza jednakże kontrolę opiekuna, który nie może odwołać czynności podjętej w sprawach życia codziennego, np. takich jak zakup sprzętu domowego czy artykułów spożywczych. W założeniu japońskiego pracodawcy opieka stanowi instytucję nadzoru w sprawach większej rangi, a nie środek służący do całkowitej kontroli osoby ubezwłasnowolnionej.

Zakres czynności prawnych, które wymagają od osoby znajdującej się pod kuratelą zgody jego ustawowego kuratora zawarty jest w art. 13 ust. 1, który enumeratywnie wymienia takie okoliczności jak: otrzymanie lub wykorzystywanie jakiegokolwiek długu, udzielanie pożyczek gotówkowych lub zawieranie zobowiązań, nabywanie lub zbywanie praw majątkowych lub innych wartościowych przedmiotów, podejmowanie czynności związanych z procedurami prawnymi, ofiarowanie prezentów, zatwierdzenie ugody lub zgoda na arbitraż w rozumieniu przepisów ustawy o arbitrażu²⁴, przyjęcie lub odrzucenie spadku albo zgoda na podział majątku, odrzucenie oferty darowizny, zrzeczenie się zapisu testamentowego, przyjęcie darowizny wraz z obciążeniem, przyjęcie zapisu testamentowego wraz z obciążeniem, budowa, renowacja, rozbudowa lub większe prace konserwacyjne na nieruchomości, a także zawieranie zobowiązań z terminem wykonania, który przekracza okres wskazany w art. 602.

Zdolność do czynności prawnej osoby znajdującej się pod kuratelą może podlegać dalszym ograniczeniom na podstawie art. 13 ust. 2 stanowiącego, iż podmioty wymie-

²⁴ 仲裁法 平成十五年八月一日法律第三百三十八号 (Chūsai Hō Heisei Jūgonen Hachigatsu Tsuitachi Hōritsu Dai Hyaku Sanjū Hachi Go, pl. Prawo arbitrażowe z dnia 1 sierpnia 15 roku ery Heisei, akt normatywny nr 138), <http://law.e-gov.go.jp/htmldata/H15/H15HO138.html> [dostęp 12.12.2015].

nione w art. 11, a także kurator lub przełożony kuratora mogą żądać od sądu rodzinnego orzeczenia obowiązku wyrażania zgody na dokonywanie czynności prawnych wykraczających poza zakres, który został wskazany w poprzednim ustępie. Artykuł 13 ust. 3 stanowi dodatkowo, iż w sytuacji, w której kurator nie chce wyrazić zgody na dokonanie czynności prawnych, której skutków nie da się przewidzieć, sąd może wyrazić zgodę w jego miejsce. Jednakże gdy czynność prawna zostanie dokonana za pozwoleniem sądu, może zostać w każdej chwili unieważniona, nawet jeżeli nie narusza interesów osoby ubezwłasnowolnionej (art. 13 ust. 4).

Osoba posiadająca pomocnika co do zasady, w przeciwieństwie do osoby znajdującej się pod opieką oraz kuratelą, posiada pełną zdolność do czynności prawnych. Jej ograniczenie następuje dopiero na wniosek podmiotów wskazanych w art. 15, a także pomocnika lub przełożonego pomocnika, którzy mogą zażądać od sądu rodzinnego orzeczenia obowiązku wyrażania zgody na dokonywanie niektórych czynności prawnych. Ich katalog jest enumeratywnie wymieniony w art. 13 ust. 1. Artykuł 17 ust. 3 stanowi dodatkowo, iż w sytuacji, gdy kurator nie chce wyrazić zgody na dokonanie czynności prawnej, której skutków nie da się przewidzieć, sąd może wyrazić zgodę w jego miejsce. Jednakże gdy czynność prawna zostanie dokonana za pozwoleniem sądu, może zostać w każdej chwili unieważniona, nawet jeżeli nie narusza interesów osoby ubezwłasnowolnionej (art. 17 ust. 4).

Pomimo szczególnej ochrony osób znajdujących się pod opieką, kuratelą oraz objętych pomocą Mimpō zabezpiecza również interes podmiotów, które wchodzą w stosunki prawne z osobami posiadającymi ograniczoną zdolność do czynności prawnych. Artykuł 20 ust. 1 stanowi, iż osoba, która zawarła umowę z osobą z ograniczoną zdolnością do czynności prawnych, po odzyskaniu przez nią pełnej zdolności do czynności prawnych może wyznaczyć nie mniej niż jeden miesiąc na definitywne potwierdzenie ważności umowy. W razie jej nieodwołania lub braku jakiegokolwiek odpowiedzi w wyznaczonym terminie staje się ona wiążąca. Na podstawie art. 20 ust. 2 przepis ten ma również zastosowanie do sytuacji, w których jedna ze stron umowy nie nabyła jeszcze pełnej zdolności do czynności prawnych, ale żądanie potwierdzenia jej ważności zostało przedstawione opiekunowi, kuratorowi lub pomocnikowi. Po upływie wyznaczonego terminu (zgodnie z art. 20 ust. 1 nie krótszym jednak niż miesiąc) i wobec braku odpowiedzi wyżej wymienionych podmiotów umowa ta staje się również wiążąca. Artykuł 20 ust. 3 i 4 reguluje kwestie związane z nieważnością umów w przypadku niespełnienia dodatkowych form szczególnych lub notyfikacji żądań, które nie zostały potwierdzone przez kuratora lub pomocnika. Dodatkowa ochrona podmiotów prawa cywilnego zawarta jest w art. 21 stanowiącym, iż nie można unieważnić czynności prawnej podjętej przez

osobę posiadającą ograniczoną zdolność do czynności prawnych, która celowo wprowadziła drugą stronę w błąd, iż posiada pełną zdolność do czynności prawnych.

3.3. Podsumowanie zagadnienia zdolności do czynności prawnych osób fizycznych

Japonia należy do nielicznych krajów, w których pełną zdolność do czynności prawnych osoba fizyczna osiąga stosunkowo późno, bo w wieku 20 lat. Pośród państw demokratycznych i rozwiniętych gospodarczo pełnoletność osiągnana jest później, bo w wieku 21 lat, jedynie w Singapurze oraz jednym stanie Stanów Zjednoczonych (Missisipi) i na Portoryko²⁵. Przyczyn tego zjawiska można doszukiwać się przede wszystkim w strukturze demograficznej Japonii (długowieczność) oraz tradycjach kulturowych (wolniejsze dojrzewanie i usamodzielnianie się dzieci). O znaczeniu wejścia w dorosłe życie w Japonii świadczy fakt, iż od 714 roku obchodzona jest cyklicznie ceremonia pełnoletności (jap. *Seijin Shiki*), która w 1948 roku została ogłoszona przez cesarza jako święto państwowe pod nazwą Dzień Pełnoletności (jap. *Seijin no Hi*) – w 2000 roku ustalono go na drugi poniedziałek stycznia²⁶.

W przeciwieństwie do polskiego prawa cywilnego *Mimpō* nie rozdziela niepełnej zdolności do czynności prawnych na ograniczoną oraz całkowicie ograniczoną. Obok instytucji opieki oraz kurateli do porządku prawnego została również wprowadzona instytucja pomocy, która jest najłagodniejszą formą ograniczenia zdolności do czynności prawnych. Po raz kolejny źródłem tego rozwiązania można doszukiwać się w strukturze społecznej Japonii, w której znajduje się duża liczba osób w wieku powyżej siedemdziesięciu lat. Ich ochrona, jak również osób upośledzonych jedynie w nieznacznych stopniu, stała się kwestią priorytetową dla japońskiego prawodawcy.

4. Zdolność prawna osób prawnych

4.1. Koncepcja oraz ramy czasowe zdolności prawnej osób prawnych

Japońskie prawo cywilne po reformie z lat 2001–2006 przyznaje osobom prawnym dokładnie taką samą zdolność prawną jak osobom fizycznym. Zdolność prawna osób prawnych nie podlega stopniowaniu, a jej początek i koniec wyznaczony jest przez powstanie i likwidację na podstawie obowiązujących przepisów szczegółowych. *Mimpō* wyróżnia dwa typy osób prawnych: stowarzyszenia (jap. *kumiai hōjin*) oraz fundacje (jap. *zaidan hōjin*). Dualizm ten został zaczerpnięty z niemieckiego porządku prawnego,

²⁵ <https://www.mlaw.gov.sg/content/minlaw/en/news/public-consultations/proposal-to-lower-the-age-of-contractual-capacity-from-21-years-to-18-years-and-the-civil-law.html> [dostęp: 12.12.2015], <http://minors.uslegal.com/age-of-majority/mississippi-age-of-majority-law> [dostęp: 12.12.2015].

²⁶ „Japan Labor Bulletin” 2000, vol. 39, Japanese Institute of Labor, s. 3.

w którym również występuje dwoistość osoby prawnej w postaci *Vereins* (stowarzyszenia) oraz *Stiftungen* (fundacje). W japońskim prawie cywilnym stowarzyszenie definiowane jest jako porozumienie kilku osób fizycznych, wspólnie realizujących statutowe cele. W przeciwieństwie do stowarzyszenia fundacja nie posiada stałych członków, lecz stanowi masę majątkową ustanowioną do realizacji określonych zadań bądź celów.

Stowarzyszenia w japońskim prawie cywilnym dzielą się na stowarzyszenia prowadzące działalność zarobkową (jap. *kaisha*) oraz interesu społecznego (jap. *koeki kumiai hōjin*). Zagadnienie stowarzyszeń prowadzących działalność zarobkową, które traktowane są jako przedsiębiorstwa, reguluje Kodeks spółek handlowych (jap. *Kaisha Hō*)²⁷. Status prawny stowarzyszeń interesu społecznego oraz innych pokrewnych organizacji do 2006 roku budził wiele kontrowersji, których korzenie sięgają lat sześćdziesiątych XX wieku.

Pierwotnie stowarzyszenia non-profit, które jednocześnie nie posiadały oficjalnie statusu stowarzyszeń interesu społecznego, nie były regulowane przez *Mimpō*. W ten sposób organizacje socjalne oraz organizacje absolwentów szkół i uczelni wyższych nie mogły uzyskać osobowości prawnej. Powojenne przepisy przewidywały, iż do utworzenia stowarzyszeń i fundacji, które miały na celu realizację interesu społecznego, potrzebna była zgoda agencji administracji publicznej. Ze względu na skomplikowane procedury, wysokie koszty oraz kłopotliwy nadzór organów państwowych wiele organizacji zrezygnowało z ubiegania się o osobowość prawną. Wykorzystując fakt, iż państwo nie kontrolowało działalności większości stowarzyszeń i fundacji po ich powstaniu, część z nich, pomimo zakazu, prowadziła regularną działalność zarobkową. Proceder ten wkrótce spotkał się z falą krytyki politycznej oraz społecznej, która zmusiła rząd w latach siedemdziesiątych do wyposażenia agencji administracyjnych w dodatkowe narzędzia nadzoru. Zwiększenie władzy urzędników nad stowarzyszeniami oraz fundacjami nie przyniosło jednak oczekiwanego rezultatu, ponieważ państwo nie było w stanie efektywnie kontrolować działalności każdej organizacji²⁸.

W związku z koniecznością dostosowania prawa do zmieniających się warunków społecznych w 2001 roku japoński parlament uchwalił ustawę zatytułowaną Prawo pośrednich osób prawnych. Głównym zamierzeniem nowej regulacji było umożliwienie tworzenia organizacji non-profit, których celem statutowym nie był szeroko rozumiany interes społeczny. Wkrótce okazało się, że regulacja ta posiadała wiele luk i nie przyjęła się na trwałe w japońskim porządku prawnym. W 2005 roku liczba zarejestrowanych stowarzyszeń oraz fundacji interesu społecznego wynosiła odpowiednio 12 677 oraz 12 586 organizacji, podczas gdy urzędowe dane potwierdzały istnienie ponad dwóch milio-

²⁷ 会社法 平成十七年七月二十六日法律第八十六号(Kaisha Hō Heisei Jūnananen Kugatsu Yōka Hōritsu Dai 63 Go, pl. Kodeks spółek handlowych z dnia 4 września 17 roku ery Heisei, akt normatywny nr 86), <http://law.e-gov.go.jp/htmldata/H17/H17HO086.html> [dostęp: 27.11.2015].

²⁸ H. Oda, *op. cit.*, s. 123.

nów spółek²⁹. Pomimo liberalizacji przepisów dotyczących osób prawnych po drugiej wojnie światowej, różnice ilościowe były najlepszym dowodem na konieczność zmian w japońskim prawie cywilnym.

Kolejna reforma miała miejsce w 2006 roku, kiedy to na postawie art. 33 Mimpō japoński parlament uchwalił Prawo o stowarzyszeniach i fundacjach posiadających osobowość prawną (jap. Ippan Shadan Hōjin Oyobi Ippan Zaidan Hōjin ni Kansuru Hōritsu), Prawo certyfikacji stowarzyszeń i fundacji interesu społecznego (jap. Koeki Shadan Hōjin Oyobi Koeki Zaidan Hōjin no Nintei nado ni Kansuru Hōritsu) oraz tzw. Prawo wprowadzające ustawy o osobach prawnych (jap. Hōjin Seibi Hō)³⁰. Obecnie ani stowarzyszenia, ani fundacje nie potrzebują zezwolenia organu administracji publicznej do utworzenia, nawet jeżeli ich celem jest powołanie organizacji zajmującej się interesem społecznym³¹. Na podstawie art. 10 ust. 1 i art. 13 Prawa o stowarzyszeniach i fundacjach posiadających osobowość prawną stowarzyszenie może być założone przez dwie lub więcej osoby fizyczne, które sporządziły umowę poświadczoną notarialnie. Artykuł 22 tej samej ustawy konkretyzuje, iż stowarzyszenie otrzymuje osobowość prawną wraz z chwilą dokonania rejestracji w organie administracji publicznej właściwym dla miejsca jego głównej siedziby. Warunek notarialnie poświadczonej umowy co najmniej dwóch osób w odniesieniu do fundacji zawierają art. 151 ust. 1, art. 155 i 157. Artykuł 153 ust. 2 stanowi dodatkowo, iż wartość masy majątkowej, która tworzy fundację, nie może być mniejsza niż trzy miliony jenów (około 10 000 złotych). Po spełnieniu wszystkich ustawowych wymogów fundacja otrzymuje osobowość prawną z chwilą dokonania rejestracji w organie administracji publicznej właściwym dla miejsca jego głównej sie-

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ 一般社団法人及び一般財団法人に関する法律 平成十八年六月二日法律第四十八号 (Ippan Shadan Hōjin Oyobi Ippan Zaidan Hōjin ni Kansuru Hōritsu Heisei Jūhachinen Rokugatsu Futsuka Hōritsu Dai 48 Go, pl. Prawo o stowarzyszeniach i fundacjach posiadających osobowość prawną z dnia 2 czerwca 18 roku ery Heisei, akt normatywny nr 48), <http://law.e-gov.go.jp/htldata/H19/H19HO049.html> [dostęp: 27.11.2015]; 公益社団法人及び公益財団法人の認定等に関する法律 平成十八年六月二日法律第四十九号 (Koeki Shadan Hōjin Oyobi Koeki Zaidan Hōjin no Nintei nado ni Kansuru Hōritsu Heisei Jūhachinen Rokugatsu Futsuka Hōritsu Dai 49 Go, pl. Prawo certyfikacji stowarzyszeń i fundacji interesu społecznego z dnia 2 czerwca 18 roku ery Heisei, akt normatywny nr 49), <http://law.e-gov.go.jp/htldata/H18/H18HO049.html> [dostęp 27.11.2015]; 一般社団法人及び一般財団法人に関する法律及び公益社団法人及び公益財団法人の認定等に関する法律の施行に伴う関係法律の整備等に関する法律 平成十八年六月二日法律第五十号 (Ippan Shadan Hōjin Oyobi Ippan Zaidan Hōjin ni Kansuru Hōritsu Oyobi Koeki Shadan Hōjin Oyobi Koeki Zaidan Hōjin no Nintei nado ni Kansuru Hōritsu no Shikō ni Tomonau Kankei Hōritsu no Seibi nado ni Kansuru Hōritsu Heisei Jūhachinen Rokugatsu Futsuka Hōritsu Dai 50 Go, pl. Prawo wprowadzające ustawy o stowarzyszeniach i fundacjach posiadających osobowość prawną oraz certyfikacji stowarzyszeń i fundacji interesu społecznego z dnia 2 czerwca 18 roku ery Heisei, akt normatywny nr 50), <http://law.e-gov.go.jp/htldata/H18/H18HO050.html> [dostęp: 12.12.2015].

³¹ T. Kawai, *op. cit.*, s. 25–26.

dziby (art. 163). Istotną zmianą w porównaniu do regulacji sprzed 2006 roku jest możliwość założenia fundacji nie będącej fundacją interesu społecznego.

Stowarzyszenie oraz fundacja do otrzymania statusu organizacji interesu społecznego potrzebują certyfikatu (potwierdzenia zgodności z prawem) odpowiedniej agencji administracji publicznej, za które art. 3 Prawa certyfikacji stowarzyszeń i fundacji interesu społecznego uznaje premiera oraz gubernatora prefektury właściwej dla siedziby organizacji. Te same organy zostały upoważnione do odebrania certyfikatu na wypadek zaistnienia jednej z przesłanek zawartych w art. 29 ust. 1 i 2. Regulacja ta stanowi *lex specialis* dla art. 34 Mimpō, który wśród stowarzyszeń i fundacji interesu społecznego potrzebujących certyfikatu do otrzymania osobowości prawnej, nienumeratywnie wymienia organizacje uniwersyteckie, sztuki, charytatywne, wyznaniowe oraz religijne³².

Wśród informacji, które muszą zostać przedłożone przez stowarzyszenie w statucie w celu otrzymania osobowości prawnej, art. 37 Mimpō wymienia: cele, nazwę, adres siedziby, ustalenia dotyczące wkładów finansowych, sposób powoływania i odwoływania dyrektorów oraz sposób nabywania i utraty statusu członka organizacji. Artykuł 39 rozciąga ten sam obowiązek na akt założycielski fundacji ubiegającej się o uzyskanie osobowości prawnej. Jednocześnie art. 35 zabrania wszelkim organizacjom posiadającym osobowość prawną używania w ich nazwie sformułowania „z osobowością prawną” lub innych pokrewnych, które mogłyby zostać omyłkowo odczytane jako te słowa. W razie śmierci założyciela fundacji w trakcie procedury administracyjnej i nieuzyskania informacji odnośnie do jej nazwy, siedziby oraz sposobu powoływania i odwoływania dyrektorów, sąd zobowiązany jest do ich ustalenia bądź wyznaczenia na wniosek osoby zainteresowanej lub prokuratora.

Każde stowarzyszenie i fundacja po sporządzeniu statutu lub aktu założycielskiego musi dokończyć swoją rejestrację w przeciągu dwóch tygodni w urzędzie administracji publicznej właściwym dla miejsca siedziby głównej albo w przeciągu trzech tygodni w urzędzie właściwym dla innej siedziby (art. 45 ust. 1). Ustanowienie osoby prawnej nie może być jednak zakomunikowane osobom trzecim do czasu rejestracji w urzędzie właściwym dla siedziby głównej (art. 45 ust. 1).

Informacje konieczne do rejestracji podmiotu, które należy przekazać organowi administracji publicznej, precyzuje art. 46 ust. 1, wymieniając cele statutowe, nazwę, adres siedziby głównej, datę certyfikacji, okres, na jaki zostało powołane stowarzyszenie lub fundacja (jeżeli został ustalony), łączną kwotę wkładów, sposób pobierania składek (jeżeli został ustalony), a także dane osobowe wraz z adresem zamieszkania każdego dyrektora. Wraz ze zmianą jednej z danych wymienionych powyżej podmiot musi zgłosić ją w przeciągu dwóch tygodni w urzędzie administracji publicznej właściwym dla

³² *Ibidem*, s. 24.

miejsca siedziby głównej albo w przeciągu trzech tygodni w urzędzie właściwym dla innej siedziby. Nowe dane nie mogą być komunikowane osobom trzecim do czasu potwierdzenia zmiany w urzędzie właściwym dla siedziby głównej (art. 46 ust. 2).

Artykuł 44 ust. 1 stwierdza wprost, iż osoba prawna może być pozywana za szkody wyrządzone innym podmiotom przez działanie dyrektorów lub innych członków. Jeżeli działanie dyrektorów lub innych członków wychodziło poza statutowe ramy organizacji, odpowiedzialność za szkodę ponoszą solidarnie wszyscy współwinni jej powstania.

W pewnych okolicznościach organizacje nieposiadające osobowości prawnej mogą również być traktowane jako osoby prawne. Kodeks postępowania cywilnego (jap. Minjisoshō Hō) w art. 29 przyznaje stowarzyszeniu lub fundacji, która nie jest osobą prawną i która ma wyznaczonego reprezentanta (jap. *daihyōsha*) lub administratora (jap. *kanrinin*), zdolność do pozywania lub bycia pozywaną³³. W przypadku braku reprezentanta lub administratora kodeks dopuszcza pozywanie jej członków, lecz jedynie do wysokości liczby ich udziałów w organizacji bez rozszerzania odpowiedzialności na ich majątek prywatny³⁴.

4.2. Podsumowanie zdolności prawnej osób prawnych

Zdolność prawna osób prawnych w Mimpō, podobnie jak zdolność prawna osób fizycznych, w znaczym stopniu oparta jest na modelu przyjętym w BGB. Osoby prawne posiadają w japońskim prawie cywilnym identyczną zdolność prawną jak osoby fizyczne, z pewnymi ograniczeniami podmiotów zagranicznych. W niektórych przypadkach zdolność prawna przysługuje również organizacjom nieposiadającym osobowości prawnej w zakresie zdolności do bycia stroną w sporze sądowym.

Po reformie z lat 2001–2006 przesłanki nabycia osobowości prawnej zawarte są w przepisach ogólnych oraz ustawach szczegółowych, które znacząco zmieniły charakter osób prawnych w japońskim prawie cywilnym. Powojenne regulacje, które okazały się w praktyce zbyt skomplikowane, ograniczały powstawanie nowych stowarzyszeń oraz fundacji, hamując tym samym aktywność społeczeństwa. Kryzys w administrowaniu osobami prawnymi w latach siedemdziesiątych oraz osiemdziesiątych zmusił japoński rząd do recepcji części anglosaskich rozwiązań, które obecnie umożliwiają – z nielicznymi wyjątkami – tworzenie wszystkich organizacji bez zgody organów państwa. W miejsce zezwoleń dla instytucji interesu społecznego wprowadzono instytucję licencji mającą na celu kontrolę istniejących już podmiotów. Zmiany te należy ocenić pozytywnie, co można wy-

³³ 民事訴訟法 平成八年六月二十六日法律第九号 (Minjisoshō Hō Heisei Hachinen Rokugatsu Nijūrokunichi Hōritsu Dai Hyaku Kyū Go, pl. Kodeks postępowania cywilnego z dnia 26 czerwca 8 roku ery Heisei, akt normatywny nr 109) <http://law.e-gov.go.jp/htmldata/H08/H08HO109.html> [dostęp: 13.12.2015].

³⁴ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 października 1973 roku, Minshū 27–9–1129.

wnioskować ze znacznie większej liczby zarejestrowanych organizacji interesu społecznego w ostatnich kilku latach w porównaniu do poprzednich dwóch dekad.

5. Zdolność do czynności prawnych osób prawnych

Na podstawie art. 43 Mimpō osoba prawna nabywa prawa oraz obowiązki zgodnie z obowiązującymi ustawami oraz rozporządzeniami w granicach celów zawartych w statucie lub akcie założycielskim. Regulacja ta wyraźnie została zaczerpnięta z doktryny *ultra vires*, która w odniesieniu do organizacji interesu społecznego rozumiana jest w bardzo wąski sposób. Oznacza to, iż każde działanie podjęte poza ramami prawnymi oraz założeniami organizacji interesu społecznego traktowane jest jako czynność prawna nieważna *ex tunc*³⁵. Inaczej problem ten rozpatrywany jest w odniesieniu do przedsiębiorstw zarobkowych, gdzie dostrzegalna jest tendencja do interpretowania przez sądy „celów statutowych” nie tylko jako tych, które zostały zawarte w statucie założycielskim, ale także jako działań, które bezpośrednio lub pośrednio zmierzają do wykonania tych celów. Przykładem ilustrującym swobodniejsze podejście sądów jest tzw. sprawa *Stal Yawaty* z 1970 roku, w której uznano, iż darowizna pieniężna przekazana na konto rządzącej partii przez dominujące na rynku przedsiębiorstwo produkujące stal jest skuteczna, ponieważ w danej wysokości (nieprzekraczającej rozsądnych kwot) była ona konieczna do wywiązania się ze społecznej roli firmy³⁶.

Organy upoważnione do reprezentowania organizacji na zewnątrz, a tym samym realizujące zdolność do czynności prawnych, regulowane są przez Prawo o stowarzyszeniach i fundacjach posiadających osobowość prawną. Na mocy art. 35 ust. 1 i art. 60 ust. 1 te same ustawy stowarzyszenia zarządzane są przez zgromadzenie ogólne członków oraz jednego lub więcej dyrektorów. Zgromadzenie ogólne członków może wybrać spośród swojego grona radę nadzorczą, zatrudnić rewidenta lub głównego księgowego, którzy będą prowadzić sprawy stowarzyszenia. Wyżej wymienione podmioty na podstawie art. 111 ust. 1 są odpowiedzialne za szkody wyrządzone wskutek zaniedbania obowiązków. Artykuł 78 stanowi ponadto, iż także same osoby prawne mogą być pozywane za szkody wyrządzone w ramach prowadzonej przez nie działalności gospodarczej.

Artykuł 170 ust. 1 wskazuje, iż fundacja działa poprzez radnych, radę nadzorczą, dyrektorów, zarząd oraz rewidentów. Przepisy dotyczące odpowiedzialności prawnej stowarzyszeń stosuje się także na mocy art. 197 i 198 *mutatis mutandis* także w stosunku do fundacji.

Zdolność do czynności prawnych osób prawnych zasadniczo nie budzi większych wątpliwości w japońskiej doktrynie, gdyż podobnie jak w prawie polskim jest ona ściśle

³⁵ H. Oda, *op. cit.*, s. 125; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 kwietnia 1966 roku, Minshū 20–4–849.

³⁶ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 czerwca 1970 roku, Minshū 24–6–625 (sprawa *Stal Yawaty*).

powiązana z nabyciem i utratą osobowości prawnej. Wzajemna korelacja pomiędzy dwoma instytucjami prawa cywilnego widoczna jest szczególnie przy analizie statusu spółek założonych w celu „zasłonięcia” działalności innych przedsiębiorstw lub spółek zależnych służących do realizacji celów pozastatutowych spółek dominujących. Według japońskiego Sądu Najwyższego działania spółek córek założonych w celu obejścia przepisów prawa są nieważne *ex tunc*, gdyż naruszając zasady współżycia społecznego, nie mogą uzyskać osobowości prawnej, a zatem nie posiadają zdolności do czynności prawnych³⁷.

6. Wnioski końcowe

Podczas ponad 100 lat obowiązywania Mimpō instytucje zdolności prawnej oraz zdolności do czynności prawnej przeszły ewolucję. Dzięki recepcji niemieckich rozwiązań pod koniec XIX wieku w japońskim systemie prawa ugruntowała się koncepcja wyraźnie odróżniająca zdolność prawną od zdolności do czynności prawnej. Pomimo odrębności obu terminów japoński prawodawca w latach dwudziestych XX wieku celowo włączył do zagadnienia zdolności prawnej, a nie zdolności do czynności prawnych, ograniczenia dotyczące nabycia niektórych praw na ziemi przez cudzoziemców, co miało stanowić szczególną ochronę interesu narodowego.

Klęska Japonii w drugiej wojnie światowej skutkowałą demokratyzacją ustroju oraz dwoma głównymi zmianami w gałęzi prawa cywilnego. W okresie amerykańskiej okupacji, obawiając się o gospodarczą dominację Stanów Zjednoczonych, Japończycy wprowadzili kolejne ograniczenia zdolności prawnej cudzoziemców, które dotyczyły między innymi prawa własności intelektualnej oraz wzorów przemysłowych. Koniec amerykańskiej okupacji oraz gwałtowny rozwój gospodarczy w latach 1955–1970, który ujawnił brak zdolności państwa do nadzoru nad rosnącą liczbą organizacji, zmusił japoński rząd do uporządkowania statusu osób prawnych. Rozwiązania przyjęte w latach sześćdziesiątych okazały się nieskuteczne i dopiero na początku XX wieku prawo zostało dostosowane do zmieniających się warunków społecznych. Wraz z rewizją statusu osób prawnych gruntowne zmiany zaszły również w zakresie zdolności do czynności prawnych osób fizycznych za sprawą zwycięstwa ideologii liberalno-demokratycznej. We współczesnym prawie japońskim nadal dominuje niemiecka koncepcja zdolności prawnej i zdolności do czynności prawnej, jednak wyraźnie zauważalne są elementy systemu anglosaskiego oraz wykształcone przez długoletnią praktykę rodzime rozwiązania.

³⁷ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 1969 roku, Minshū 23–2-511.

Bibliografia

Akty prawne i orzecznictwo

Akty prawne

Bürgerliches Gesetzbuch, <http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/BJNR001950896.html#BJNR001950896JNG000202377> [dostęp: 30.11.2015].

民法 明治二十九年四月二十七日法律第八十九号 (Mimpō Meiji Nijūkyūnen Shigatsu Nijūnananichi Hōritsu Dai 89-Go, pl. Kodeks cywilny z dnia 24 kwietnia 29 roku ery Meiji, akt prawny nr 89), <http://law.e-gov.go.jp/htmldata/M29/M29HO089.html> [dostęp: 23.11.2015].

会社法 平成十七年七月二十六日法律第八十六号 (Kaisha Hō Heisei Jūnananen Kugatsu Yōka Hōritsu Dai 63 Go, pl. Kodeks spółek handlowych z dnia 4 września 17 roku ery Heisei, akt normatywny nr 86), <http://law.e-gov.go.jp/htmldata/H17/H17HO086.html> [dostęp: 27.11.2015].

民事訴訟法 平成八年六月二十六日法律第九号 (Minjisoshō Hō Heisei Hachinen Rokugatsu Nijūrokunichi Hōritsu Dai Hyaku Kyū Go, pl. Kodeks postępowania cywilnego z dnia 26 czerwca 8 roku ery Heisei, akt normatywny nr 109) <http://law.e-gov.go.jp/htmldata/H08/H08HO109.html> [dostęp: 13.12.2015].

外國人土地法 大正十四年四月一日法律第四十二号 (Gaikokujin Tochi Hō Taishō Jūyon'nen Shigatsu Tsuitachi Hōritsu Dai 412 Go, pl. Ustawa o prawie cudzoziemców w stosunku do ziemi z dnia 1 kwietnia 14 roku ery Taishō, akt normatywny nr 412), <https://ja.wikisource.org/wiki/外國人土地法> [dostęp: 30.11.2015].

国家賠償法 昭和二十二年十月二十七日法律第125号 (Kokkai Baishō-hō, Shōwa Nijūnen Jūgatsu Nijūnananichi Hōritsu Dai 125 Go, pl. Prawo o odpowiedzialności odszkodowawczej państwa za wyrządzone szkody z dnia 27 października 22 roku ery Shōwa, akt prawny nr 125), <http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=2640> [dostęp: 30.11.2015].

外国為替及び外国貿易法 昭和二十四年十二月一日法律第二百二十八号 (Gaikoku Kawase Oyobi Gaikoku Bōeki Hō Shōwa Nijūyon'nen Jūnigatsu Tsuitachi Hōritsu Dai 228 Go, pl. Prawo o międzynarodowej wymianie oraz handlu z dnia 1 grudnia 24 roku ery Shōwa, akt normatywny nr 228) <http://law.e-gov.go.jp/htmldata/S24/S24HO228.html> [dostęp: 30.11.2015]

特許法 昭和三十四年四月十三日法律第二百一十一号 (Tokkyō Hō Shōwa Sanjūyon'nen Shigatsu Jūsan'nichi Hōritsu Dai 121 Go, pl. Prawo patentowe z dnia 13 kwietnia 34 roku ery Shōwa, akt normatywny nr 121), <http://law.e-gov.go.jp/htmldata/S34/S34HO121.html> [dostęp: 30.11.2015].

実用新案法 昭和三十四年四月十三日法律第二百二十三号 (Jitsuyō Shin'an Hō Shōwa Sanjūyon'nen Shigatsu Jūsan'nichi Hōritsu Dai 123 Go, pl. Prawo o wzorach użytkowych z dnia 13 kwietnia 34 roku ery Shōwa, akt normatywny nr 123), <http://law.e-gov.go.jp/htmldata/S34/S34HO123.html> [dostęp: 24.11.2015].

意匠法 昭和三十四年四月十三日法律第二百五号 (Ishō Hō Shōwa Sanjūyon'nen Shigatsu Jūsan'nichi Hōritsu Dai 125 Go, pl. Prawo wzorów przemysłowych z dnia 13 kwietnia 34 roku ery Shōwa, akt normatywny nr 125), <http://law.e-gov.go.jp/htmldata/S34/S34HO125.html> [dostęp: 30.11.2015].

商標法 昭和三十四年四月十三日法律第二百二十七号 (Shōhyō Hō Shōwa Sanjūyon'nen Shigatsu Jūsan'nichi Hōritsu Dai 127 Go, pl. Prawo znaków towarowych z dnia 13 kwietnia 34 roku ery Shōwa, akt normatywny nr 127), <http://law.e-gov.go.jp/htmldata/S34/S34HO127.html> [dostęp: 24.11.2015].

- 後見登記等に関する法律 平成十一年十二月八日法律第百五十二号 (Kōken Tōki nado ni Kansuru Hōritsu Heisei Jūichinen Jūnigatsu Yokka Hōritsu Dai 149 Go, pl. Prawo rejestracji opiekunów z dnia 8 grudnia 11 roku ery Heisei, akt normatywny nr 149), <http://law.e-gov.go.jp/htmldata/H11/H11HO152.html> [dostęp: 30.11.2015].
- 仲裁法 平成十五年八月一日法律第百三十八号 (Chūsai Hō Heisei Jūgonen Hachigatsu Tsuitachi Hōritsu Dai Hyaku Sanjū Hachi Go, pl. Prawo arbitrażowe z dnia 1 sierpnia 15 roku ery Heisei, akt normatywny nr 138), <http://law.e-gov.go.jp/htmldata/H15/H15HO138.html> [dostęp 12.12.2015].
- 一般社団法人及び一般財団法人に関する法律 平成十八年六月二日法律第四十八号 (Ippan Shadan Hōjin Oyobi Ippan Zaidan Hōjin ni Kansuru Hōritsu Heisei Jūhachinen Rokugatsu Futsuka Hōritsu Dai 48 Go, pl. Prawo o stowarzyszeniach i fundacjach posiadających osobowość prawną z dnia 2 czerwca 18 roku ery Heisei, akt normatywny nr 48), <http://law.e-gov.go.jp/htmldata/H19/H19HO049.html> [dostęp: 27.11.2015].
- 公益社団法人及び公益財団法人の認定等に関する法律 平成十八年六月二日法律第四十九号 (Koeki Shadan Hōjin Oyobi Koeki Zaidan Hōjin no Nintei nado ni Kansuru Hōritsu Heisei Jūhachinen Rokugatsu Futsuka Hōritsu Dai 49 Go, pl. Prawo certyfikacji stowarzyszeń i fundacji interesu społecznego z dnia 2 czerwca 18 roku ery Heisei, akt normatywny nr 49), <http://law.e-gov.go.jp/htmldata/H18/H18HO049.html> [dostęp 27.11.2015].
- 一般社団法人及び一般財団法人に関する法律及び公益社団法人及び公益財団法人の認定等に関する法律の施行に伴う関係法律の整備等に関する法律 平成十八年六月二日法律第五十号 (Ippan Shadan Hōjin Oyobi Ippan Zaidan Hōjin ni Kansuru Hōritsu Oyobi Koeki Shadan Hōjin Oyobi Koeki Zaidan Hōjin no Nintei nado ni Kansuru Hōritsu no Shikō ni Tomonau Kankei Hōritsu no Seibi nado ni Kansuru Hōritsu Heisei Jūhachinen Rokugatsu Futsuka Hōritsu Dai 50 Go, pl. Prawo wprowadzające ustawy o stowarzyszeniach i fundacjach posiadających osobowość prawną oraz certyfikacji stowarzyszeń i fundacji interesu społecznego z dnia 2 czerwca 18 roku ery Heisei, akt normatywny nr 50), <http://law.e-gov.go.jp/htmldata/H18/H18HO050.html> [dostęp: 12.12.2015].

Orzecznictwo

- Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 kwietnia 1966 roku, Minshū 20–4-849.
- Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 1969 roku, Minshū 23–2-511.
- Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 czerwca 1970 roku, Minshū 24–6-625 (sprawa *Stal Yawaty*).
- Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 października 1973 roku, Minshū 27–9-1129,

Literatura

- Dower John W., *Embracing Defeat: Japan in the Wake of World War II*, New York 2000.
- “Japan Labor Bulletin” 2000, vol. 39, Japanese Institute of Labor.
- Kawai Takeshi, *Mimpō Nyūmon* (pl. *Wprowadzenie do prawa cywilnego*), Tōkyō 2012.
- Oda Hiroshi, *Japanese Law*, New York 2009.
- Ōmi Kōji, *Mimpō Kōgi (1): Mimpō Sōsoku* (pl. *Wykłady z prawa cywilnego 1: Kodeks cywilny część ogólna*), Tōkyō 2012.
- Radwański Zbigniew, Olejniczak Adam, *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2011.
- Saibansho shokuin sōgō kenshūjo, *Shinzoku Hō Sōzoku Hō Kōgian* (pl. *Zarys wykładów z prawa rodzinnego oraz prawa spadkowego*), Tōkyō 2013.
- Safjan Marek (red.), *Prawo cywilne – część ogólna: System Prawa Prywatnego. t. 1*, Warszawa 2012.

Uchida Takashi, *Mimpō I: Sōsoku Bukken Sōron* (pl. *Prawo cywilne I: Generalne komentarze do części ogólnej*), Tōkyō 2008.

Wakatsuma Sakae, *Shintei Mimpō Sōsoku: Mimpō Kōgi I* (pl. *Najnowsze zmiany w części ogólnej Kodeksu cywilnego: Wykład z prawa cywilnego I*), Tōkyō 1965.

Strony internetowe

<http://www.asahi.com/special/minshu/TKY201010260182.html> [dostęp: 12.12.2015].

<https://www.mlaw.gov.sg/content/minlaw/en/news/public-consultations/proposal-to-lower-the-age-of-contractual-capacity-from-21-years-to-18-years-and-the-civil-law.html> [dostęp: 12.12.2015].

<http://minors.uslegal.com/age-of-majority/mississippi-age-of-majority-law> [dostęp: 12.12.2015].

Katarzyna Barbara Szczudlik

*Advocate, Associate at Dentons Warsaw, LL.M.
(MIDS-Geneva LL.M. in International Dispute Settlement)*

Forum prorogatum in the Corfu Channel case and in subsequent ICJ jurisprudence

Forum prorogatum w sprawie dotyczącej incydentu
w Cieśninie Korfu i w późniejszym orzecznictwie
Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości

Abstract

This article concerns the concept of forum prorogatum, which for the first time was addressed by the International Court of Justice in the *Corfu Channel* case. The author focuses not only on the test of a voluntary and indisputable consent to the International Court of Justice jurisdiction as interpreted in this decision. She analyses subsequent evolution of forum prorogatum caused by the review of the Rules of the Court in 1978 and by the decision taken in *Djibouti v. France* case and pending Marshall Islands' Nuclear Zero case. The author is of the opinion that forum prorogatum needs further specification and clarifications, especially in the context of preliminary measures.

Keywords

International Court of Justice, forum prorogatum, Corfu Channel case, Djibouti v. France, Marshall Islands' Nuclear Zero case, jurisdiction of the International Court of Justice, consent to ICJ jurisdiction.

Streszczenie

Artykuł dotyczy pojęcia *forum prorogatum*, które po raz pierwszy było przedmiotem orzeczenia Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości (MTS) przy okazji rozstrzygnięcia sprawy dotyczącej incydentu w Cieśninie Korfu. Autorka skupia się nie tylko na teście dobrowolnej i bezspornej zgody stron postępowania na jurysdykcję Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości w interpretacji przyjętej w ww. decyzji, ale analizuje także późniejszą ewolucję instytucji *forum prorogatum*, która została spowodowana przez zmianę regulaminu MTS w 1978 roku i przez decyzję podjętą w sprawie Dżibuti przeciwko Francji i obecnie zawisłą sprawę wytoczoną przez Wyspy Marshalla. Autorka jest zdania, że instytucja *forum prorogatum* wymaga dalszego wyjaśnienia, w szczególności w kontekście tymczasowych środków zabezpieczających.

Słowa kluczowe

Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości, *forum prorogatum*, Sprawa Incydentu w Cieśninie Korfu, *Sprawa Dżibuti przeciwko Francji*, jurysdykcja MTS, zgoda na jurysdykcję MTS.

Introduction

The dispute to be analyzed arose between the United Kingdom and Albania. It concerned the destruction of British ships by Albanian sea mines in the straits of Corfu. On 9th April 1947 the United Nations Security Council issued a resolution in which it recommended “that the United Kingdom and the Albanian Government should immediately refer the dispute to the International Court of Justice in accordance with the provisions of the Statute of the Court”¹. On the basis of this resolution, the United Kingdom filed an Application on 22nd May 1947, believing that the resolution constituted a basis for International Court of Justice (“Court”, “ICJ”)² jurisdiction. Reacting to this application, the Albanian Government forwarded to the Deputy-Registrar a letter dated 2nd July 1947 (“the letter”), in which it contested that the resolution constituted confirmation of jurisdiction. It presented its view that the dispute could not have been brought before the Court, except through the conclusion of a compromise between the two parties³. Nonetheless, Albania declared “it is prepared, notwithstanding this irregularity [due to the lack of a special agreement] in the action taken by the Government of the United Kingdom, to appear before the court”⁴. Despite the apparent clarity of this text, Albania raised preliminary objections contending that the letter did not recognize the jurisdiction of the Court, but expressed that it would appear before it only to challenge its jurisdiction⁵. In the ruling on this preliminary objection of 22nd March 1948, the Court asserted its jurisdiction on the basis of the doctrine of *forum prorogatum*. That notwithstanding, the UK and Albania concluded a special agreement recognizing the jurisdiction of the Court on 25th March 1948⁶.

The judgment on preliminary objections of 25th March 1948 constitutes a milestone in the institution of *forum prorogatum* in the proceedings before the ICJ (I). However, the legal framework established by the Corfu Channel decision was modified

¹ Corfu Channel (*United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania*) (Preliminary Objection) 1948, ICJ Reports 1948, 17. This article refers primarily to foreign legal sources. For Polish publications on the subject please see *inter alia* W. Góralczyk, S. Sawicki, *Prawo międzynarodowe publiczne*, Warszawa 2013, p. 347; W. Czaplinski, A. Wyrozumska, *Prawo międzynarodowe publiczne*, Warszawa 2004, p. 645-646; B. Winiarski, *Kilka uwag o rzekomym „forum prorogatum” w prawie międzynarodowym* [in:] T. Cieślak, L. Gelberg, W. Morawiecki, *Księga pamiątkowa ku czci Juliana Makowskiego z okazji 50-lecia pracy naukowej*, Warszawa 1957, pp. 247-255. In the context of directive Brussels IA see K. Weitz, *Między forum prorogatum a forum non prorogatum – wzmocnienie skuteczności umów jurysdykcyjnych w świetle rozporządzenia Bruksela IA*, „Palestra” 2014, no. 9, pp. 181-189.

² *Ibid* 9.

³ *Ibid* 19.

⁴ *Ibid* 19.

⁵ *Ibid* 21.

⁶ Corfu Channel, Special agreement concluded on March 25, 1948, ICJ Reports 1948, 29.

through the adoption of the 1978 Rules of procedure of the Court, which raised the question of its relevance in current proceedings of the Court (II).

1. Consent to the jurisdiction of the Court through *forum prorogatum* in the Corfu Channel case

1.1. Failure of the ICJ to decide whether the Security Council's resolution could constitute a basis for jurisdiction of the ICJ

As the United Kingdom claimed in its Application filed to the Deputy-Registrar, the recommendations of the Security Council under Article 36 (3) of the Charter of the United Nations (“Charter”) to refer the case to the Court should be regarded as having an obligatory character, since they fall within the scope of Article 25 of the Charter. It reasoned that Albania, by its participation in the discussion concerning the dispute, as prescribed by Article 32 of the Charter, assumed the status of a Member State and therefore was obliged to comply with, *inter alia*, the decisions of the Security Council, as provided by Article 25 of the Charter⁷. Accordingly, no specific consent of Albania was required for the Court to have jurisdiction over the case.

In its judgment, the Court found that it was not necessary to address the question concerning its compulsory jurisdiction allegedly established by virtue of the Security Council resolution because of Albania's consent to jurisdiction⁸. However, in a separate opinion, the judges touched upon this problem and refused to adopt an interpretation of Article 36 (3) of the Charter “according to which this article, without explicitly saying so, has introduced more or less surreptitiously, a new case of compulsory jurisdiction”⁹.

1.2. The test of a ‘voluntary and indisputable acceptance of the Court’s jurisdiction’ in the Corfu Channel decision

Article 36(1) of the Statute of the ICJ (“Statute”) provides the general grounds of the jurisdiction of the Court: “The jurisdiction of the Court comprises all cases which the parties refer to it and all matters specially provided for in the Charter of the United Nations or in treaties and conventions in force”. Article 36 (2) of the Statute indicates instances of the mandatory jurisdiction of the Tribunal. Article 40 of the Statute specifies methods of submission of a case – either by written application addressed to the Registrar or by a special agreement.

⁷ Corfu Channel 6.

⁸ *Ibid* 15.

⁹ Corfu Channel (*United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania*), Preliminary Objection 1948, ICJ Reports 1948, 32 (separate opinion Judges Basdevant, Alvarez, Winiarski, Zoricic, De Visscher, Badawi Pasha Kryjowe) Similarly *ibid* 34 (dissenting opinion Judge Daxner).

In the letter the Albanian government stated: “acceptance of the Court’s jurisdiction for this case cannot constitute a precedent for the future”¹⁰. The Court found that this particular sentence from the Albanian letter constituted “a voluntary indisputable acceptance of the Court’s jurisdiction”¹¹. Later, Albania argued that only Albania and the United Kingdom together could have brought the case before the ICJ by notification of the special agreement¹². The ICJ indicated that the consent of a state may be transmitted for the purpose of a particular case in any form, since no particular form is required by the Statute or the Rules of Court (“Rules”)¹³. It also held that an acceptance may be communicated by two separate, subsequent acts of the opposing parties¹⁴.

The Court held that the reservations of the Albanian government concerning the method of bringing the case by the UK expressed together with an indication of Albanian’s acceptance of the ICJ’s jurisdiction for this case meant simply the lack of Albanian consent to such a method in future cases¹⁵. The ICJ stressed that consent once given cannot be withdrawn at a later stage of proceedings, since in the letter the Albanian government expressly waived its right to raise any objection concerning an application filed by the United Kingdom¹⁶.

Judge Daxer did not share this view. In his dissenting opinion he concluded that the letter was “a recognition of the jurisdiction of the Court for the purpose of enabling Albania to appear before it”¹⁷, and it cannot serve as a basis for jurisdiction of the ICJ to solve the case.

Nevertheless the ICJ ruled that the Albanian letter constituted undisputable consent, as after a decision on preliminary objections, the parties concluded a special agreement. Also, in the judgment on the merits of the case, the ICJ indicated that it was the special agreement, not the consent expressed in the letter, which constituted grounds for the ICJ’s jurisdiction¹⁸.

¹⁰ Corfu Channel 19.

¹¹ *Ibid* 27.

¹² *Ibid* 21.

¹³ *Ibid* 27.

¹⁴ *Ibid* 28.

¹⁵ *Ibid* 28.

¹⁶ *Ibid* 27.

¹⁷ *Ibid* 40.

¹⁸ Corfu Channel (*United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania*), Decision on Merits 1949, ICJ Reports 1949, 7.

2. Evaluation of the Corfu Channel case and the subsequent evolution of *forum prorogatum*

2.1. Assessment of the Corfu Channel ruling

2.1.1. Recommendations of Security Council

The reasoning of the United Kingdom regarding the obligatory character of Security Council recommendations has no proper footing either in the wording of the relevant provisions or in the common understating of the word “recommendations”. The approach presented in a separate opinion deserves full acceptance. At the same time, since both parties committed a significant part of their argumentation to this issue, the ICJ erred in failing to address it in its decision. Article 25 of the Charter deals only with “decisions”, which have binding force, unlike recommendations¹⁹. The two opposing terms cannot be regarded as referring to the same legal act.

In addition, the resolution of the Security Council specified that the dispute shall be referred to the Court in accordance with the Statute of the Court. This clear reference to the Statute means acceptance of the obligatory character of the prescribed procedure and the necessity to act within the legal boundaries indicated therein. Therefore, the Resolution indicates that the parties, according to the relevant provisions, shall either bring their case by joint agreement or by a unilateral application in accordance with Article 36 of the Statute²⁰. This particular drafting supports the conclusion that Article 36 (3) of the Charter was not meant to create the compulsory jurisdiction of the ICJ in a dispute²¹. The same view was confirmed in the Aerial Incident²². However, the possibility of either unilateral or joint application is not precluded. If a resolution is to be regarded as automatically creating the jurisdiction of the Court, it should not have mentioned filing an application to the Court, since such a reference would be superfluous. Moreover, establishing the jurisdiction of the Court without the consent of the Parties is an institution unknown either to the Statute or to the Charter²³.

Recommendations of the Security Council do not have binding force, but they cannot be denied to have a certain impact on Member States. It was correctly pointed out that, apart from its political significance, the Member States are “at a minimum legally obliged to consider them in good faith, although not to comply with them”²⁴.

¹⁹ B. Simma, [in:] Bruno Simma [et al.] (eds), *The Charter of the United Nations. A commentary, Volume I*, Third Edition, Oxford University Press 2012, p. 792.

²⁰ T. Giegerich, [in:] B. Simma [et al.] (eds), *op. cit.*, p. 1138

²¹ R. B. Russel, J. E. Muther, *A History of the United Nation Charter*, The Brooking Institutions 198, pp. 604-605, 661.

²² Case concerning the Aerial Incident of 10 August 1999 (*Pakistan v. India*) 2000, ICJ Reports 2000, 127.

²³ T. Giegerich, *op. cit.*, p. 1138.

²⁴ *Ibid*, p. 1144.

In conclusion, recommendations of the Security Council made under Article 36 (3) of the Charter do not have an obligatory character, since they are not decisions in the meaning of Article 25 of the Charter, and, as a result, cannot create the compulsory jurisdiction of the Court.

2.1.2. The Albanian letter – true consent?

In light of the above, *forum prorogatum* means bringing a case before the Court when one of the parties²⁵ earlier did not officially accept the jurisdiction of this body but its agreement is to be transmitted to the Court in a particular case²⁶. Of course, filing a special agreement of the parties to a dispute also prorogates the jurisdiction of the Court²⁷, but in this situation states express their common will to have their cases adjudicated in this way. More problems arise when one party files a unilateral application within the meaning of Article 40 of the Statute.

In the Corfu Channel case, the Court further developed this concept in two respects. First, it correctly found that the consent of a respondent needs to be voluntary. This means that filing a unilateral application by a state is a form of invitation for a respondent to accept the jurisdiction of the Court when this jurisdiction cannot be established upon other grounds. The nature of this action lies in the freedom of a respondent state to accept it or not²⁸ – it is under no obligation to do so.

The legal question addressed in the Corfu Channel case was whether an application shall include an indication of a provision that establishes the jurisdiction of a Court in a particular case. Clearly, it is not required by Statute or the Rules. It allows searching for grounds of jurisdiction beyond the literal wording of those legal acts. According to Article 32 (2) of the Rules, an applicant must specify “as far as possible” the grounds for jurisdiction of the Court²⁹. Such grounds shall not exist at the time of application³⁰, however they may be created later by virtue of a party’s consent. This issue was widely discussed by Waldock, also in the light of a dissenting opinion by Judge Huber in the Minorities School case³¹.

Secondly, the consent must be undisputable. The Court reasoned that the consent could have been given in any form since applicable legal provisions require no specific

²⁵ It shall be noted that before expressing a consent to a jurisdiction, a respondent party in not *sensu stricto*, a party to a case, see S. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-2005, Vol. II Jurisdiction*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston 2006, p. 672.

²⁶ I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 7th edition, OUP, Oxford 2008, p. 724.

²⁷ *Ibid*, p. 724.

²⁸ S. Rosenne, *op. cit.*, p. 673.

²⁹ Corfu Channel 27-28, see also S. Rosenne, *op. cit.*, p. 681.

³⁰ S. Rosenne, *op. cit.*, p. 682.

³¹ C. Humphrey, M. Waldock, *Forum Prorogatum or acceptance of a unilateral summons to appear before the International Court*, “International Law Quarterly” 1948, no. 2, p. 377

form. This conclusion should be accepted³². Naturally, the jurisdiction of the Court cannot be derived from the parties' consent that contradicts the provisions of the Statute, for example those that refer to the form of consent³³. In the Corfu Channel case, however, such a situation clearly did not occur, since Article 40 of the Statute differentiates only between unilateral and joint application. It refers neither to a special written form, nor does it impose any particular limitations.

In the Corfu Channel case, the consent of the Albanian government was forwarded by a formal letter to the Court, and subsequently to the Application of the United Kingdom. In the letter Albania expressed its agreement to have the case resolved by the Court. However, neither other forms nor different timing of expressing consent should be excluded³⁴. There is no provision in the Statute that prohibits acceptance of a state's conduct, both before the Court and toward an applicant state, as a form of expression of its agreement to the jurisdiction of the Court³⁵. The Permanent Court of Justice also accepted this approach in Judgment No. 4, Interpretation of Paragraph 4 of the Annex following Article 179 of the Treaty of Neuilly³⁶, where the consent of Bulgaria was found in a submission regarding the substance of the application, and in the Minorities School case³⁷, where Poland in its counter memorial addressed solely the merits of the dispute and only later, in a rejoinder, made a plea on lack of jurisdiction. An imposition of limitations regarding the form or time of expressing consent would be inconsistent with the Statute itself.

The aforementioned concept has been addressed in two later cases: *Ambatielos*³⁸ and *Anglo-Iranian Oil Company*³⁹. In the first case, the Court found that there should be no discrepancies between parties upon the scope of consent. If there is uncertainty as to the existence of "clear agreement", the Court cannot exercise jurisdiction. The changes were made during oral proceedings; therefore it was not the original consent of the parties which the Court referred to. Apparently it has altered its previous attitude, with the Court subsequently clarifying that the consent needs to be "real, not merely apparent"⁴⁰.

³² I. Brownlie, *op. cit.*, p. 724. For a notion of concept see also: *Haya de la Torre (Columbia v. Peru)* 1951, ICJ Reports 1951, 71.

³³ H. Thirlway, *The law and procedure of the International Court of Justice: 1960-1989*, "The British Yearbook of International Law" 1989, p. 77.

³⁴ S. Yee, *Forum prorogatum Return to the International Court of Justice*, "Leiden Journal of International Law" 2003, vol. 16, p. 705.

³⁵ Similarly: I. Brownlie, *op. cit.*, p. 724. Also written proceedings before the Court express Parties' consent to jurisdiction, see *Mavrommatis Jerusalem Concessions 1925*, "Series A" 1925, no. 5, Judgment, 27.

³⁶ Judgment No. 4, Interpretation of Paragraph 4 of the Annex following Article 179 of the Treaty of Neuilly.

³⁷ *Rights of Minorities in Upper Silesia (Germany v. Poland)*, Judgment of 1928, No. 12, Series A, 1928, No. 15 P.C.I.J., 24.

³⁸ *Ambatielos (Greece v. United Kingdom)* 1952, ICJ Reports 1952, 28, 39.

³⁹ *Anglo-Iranian Oil Company (United Kingdom v. Iran)* 1952, 1952 ICJ Reports, 93.

⁴⁰ I. Brownlie, *op. cit.*, p. 724.

Lastly, the ICJ's findings in the Corfu Channel case should be assessed in light of the special agreement concluded after the judgment on preliminary objections. In fact, there were some discrepancies as to the nature of Albania's consent, since were it not for their existence – no special agreement would be needed. However, assessing Albanian consent expressed in the letter from the perspective of the subsequently concluded special agreement seems to be pointless. All that the ICJ had at the time of deciding on preliminary objections was the letter that undoubtedly allowed for the conclusion that Albania was willing to accept the jurisdiction of the ICJ. Therefore, once the Albanian government agreed to the jurisdiction of the ICJ at an earlier stage of the proceedings, it would not be able to withdraw its consent since it fundamentally endangers the accuracy of decision-making process⁴¹.

2.2. Changing the nature of the institution of *forum prorogatum*

2.2.1. The adoption of Article 38 § 5 of the 1978 Rules of procedure of the Court

Forum prorogatum has “appeared” in the history of ICJ jurisdiction only a few times so far. The concept was created by the PCIJ in the aforementioned cases and developed by the Corfu Channel judgment. As a follow-up to an improper use of *forum prorogatum* for political reasons⁴², i.e., filing an application without grounds for jurisdiction of the ICJ just to “communicate” a dispute to the world (since a case would be listed in the Registry once an application was filed), Article 38 (5) was added to the Rules. This stipulates that an application remains ineffective as long as consent to the jurisdiction of a prospective respondent state is not transmitted to the Court. The very last sentence of this paragraph in fact distorts the original meaning assigned to *forum prorogatum* in the Corfu Channel case since it deprived this basis for jurisdiction of its original flexibility. It appears that this provision does not therefore regulate *forum prorogatum* in a strict sense.

2.2.2. Applying 38 § 5 of the Rules of the Court to provisional measures procedures in the Republic of the Congo v. France⁴³

On 9th December 2002 the Republic of the Congo (“Congo”) filed an application that concerned provisional measures to be granted against France. Congo relied solely on Article 38 (5) of the Rules – it did not indicate any other jurisdictional basis. France consented to the jurisdiction of the Court on 8th April 2003. The Court did not expressly analyze whether the consent of a respondent is required when an applicant state demands

⁴¹ Right of Minorities in Upper Silesia 25.

⁴² H. Thirlway, *op. cit.*, p. 80.

⁴³ Certain Criminal Proceedings in France (*Congo v. France*) 2003, 2003 ICJ Reports, 102.

provisional measures. The Court did not proceed with the case until France granted its consent. Therefore, the Court clarified⁴⁴ its position as to the use of *forum prorogatum* towards interim measures – no action, in situations similar to Congo v. France, shall be undertaken until an opposing party grants its consent. This approach deserves full acceptance – granting provisional measures is a procedural power which the Court shall exercise only after the parties’ acceptance of its jurisdiction. Article 38 (5) of the Rules clearly stipulates that “no action shall be taken”. Were it not for this provision, the Court would probably have power regarding provisional measures⁴⁵. The conclusion reached by the ICJ also means that Article 38 (5) of the Rules applies equally to the concept of *prima facie* jurisdiction.

2.3. The Continuing Relevance of the Corfu Channel case in the Djibouti v. France ruling of 2008⁴⁶

Djibouti filed an application to the ICJ against France, clarifying that the subject of the dispute is France’s refusal to execute a letter rogatory, although it also covered issuance of the witness summons for Djibouti officials. Djibouti indicated Article 38 (5) of the Rules as a basis for the jurisdiction of the Tribunal. In a letter dated 25th July 2006⁴⁷ France accepted jurisdiction of the Court only for the purpose of this particular case and “strictly within the limits of the claim formulated therein”⁴⁸. However, in its memorial Djibouti argued that France’s consent also included an arrest warrant issued after France’s acceptance of jurisdiction⁴⁹.

2.3.1. The requirement of “‘an unequivocal indication’ of the desire of a state to accept the Court’s jurisdiction in a ‘voluntary and indisputable’ manner”

The Court held that “the jurisdiction of the Court can be founded on *forum prorogatum* in a variety of ways” as long as the respondent’s consent is “an unequivocal indication” of the desire of that state to accept the Court’s jurisdiction in a “voluntary and indisputable” manner⁵⁰. The ICJ in Djibouti v. France reasserted the Corfu Channel case’s requirements for consent, but it added the abovementioned, apparently because the Court after adopting Article 38 (5) of the Rules, when establishing jurisdiction, must

⁴⁴ S. Rosenne, *op. cit.*, pp. 685-687.

⁴⁵ H. Thirlway, *The Law and procedure of the International Court of Justice. Fifty years of jurisprudence*, Volume II, Oxford University Press 2013, p. 1626.

⁴⁶ Certain questions of mutual assistance in criminal matters (*Djibouti v. France*) 2008, 2008 ICJ Reports, 177.

⁴⁷ *Ibid.*, 4.

⁴⁸ *Ibid.*, 44.

⁴⁹ *Ibid.*, 17.

⁵⁰ *Ibid.*, 25.

rely on a “firm consensual basis”⁵¹. The Court was not forced to further specify this requirement since France consented by a formal letter. However, the Court showed its inclination to limit instances when the consent may be deducted.

2.3.2. Jurisdiction over Djibouti’s claims regarding facts subsequent to France’s consent

The ICJ decided that arrest warrants issued by France after France’s acceptance of jurisdiction did not fall within the scope of the consent and that “where jurisdiction is based on *forum prorogatum*, great care must be taken regarding the scope of the consent as circumscribed by the respondent”⁵². Since arrest warrants were not expressly enumerated in Djibouti’s application⁵³, France did not agree to the Court’s jurisdiction over them. The ICJ concluded that “the question of its jurisdictions over the claims [...] is not to be answered by recourse to jurisprudence relating to “continuity” and “connexity” [...] but by that which France expressly accepted in its letter”⁵⁴. Thus, the Court’s decision is that jurisprudence concerning continuity and connexity will be of no use in case of *forum prorogatum*⁵⁵.

It should be analyzed whether the nature of *forum prorogatum* justifies abandoning the above-mentioned concepts. According to Article 38 (2) of the Rules, a state has to „specify the precise nature of the claim”. If one agrees with the flexible nature of *forum prorogatum*, the logical consequence is to allow the extension of the scope of a written consent beyond the claims specified therein by also including the subsequent “developments” of a case that have their origin in a dispute referred to in the consent⁵⁶.

It may be argued that the nature of prorogated jurisdiction is so specific that a higher level of certainty is needed and the consent of a respondent cannot apply to a claim that was “essentially modified” in subsequent proceedings⁵⁷. In *Djibouti v. France*, the Court took a path of protection of “France’s consent sovereignty”⁵⁸, but in fact it was not endangered. France had agreed to the jurisdiction over a dispute and later undertook, from the author’s point of view, actions that undoubtedly were within the scope of France’s consent. Those actions were substantially related to the issues enumerated in Djibouti’s

⁵¹ J. Grote, *Case Concerning Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v France)*, [in:] R. Wolfrum (eds), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, Oxford 2012, p. 2.

⁵² *Djibouti v. France* 87.

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ *Ibid.*, 88

⁵⁵ J. Grote, *op. cit.*, p. 2.

⁵⁶ *Certain questions of mutual assistance in criminal matters (Djibouti v. France)* 2008, 2008 ICJ Reports, 284 (Declaration of Judge Skotnikov), V. Pouliot, *Forum prorogatum before the International Court of Justice: the Djibouti v. France case*, <http://www.haguejusticeportal.net/index.php?id=10170#n37>, access 5.04.2016.

⁵⁷ S. Rosenne, *op. cit.*, p. 677, Ambatielos, 28, 29.

⁵⁸ V. Pouliot, *op. cit.*

application. In conclusion, the Court artificially abandoned the established jurisprudence of continuity and connexity, notwithstanding the fact that the nature of *forum prorogatum* is not contradictory to it.

2.4. Further development – Marshall Islands’ Nuclear Zeo Case⁵⁹

The most recent episode of the forum prorogatum saga before ICJ started in April 2014. The Republic of Marshall Islands (‘RMI’) filed a dispute before the Court against 9 states, namely, the United States (‘US’), the United Kingdom (‘UK’), France, Russia, China, India, Pakistan, Israel, and North Korea for violating their nuclear disarmament obligations under international law and the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons⁶⁰. US, France, Russia, Israel, North Korea and China were invited by RMI to accept the jurisdiction of the ICJ on the basis of *forum prorogatum*. So far, only China has responded by refusing to accept the jurisdiction of the ICJ. The remaining states have not replied and consequently those cases could not have been entered in the General List.

A similar problem occurred in August 2014, when Argentina sought to initiate proceedings against the US regarding a dispute concerning a judicial decisions of the US relating to the restructuring of the Argentine Sovereign Debt⁶¹.

It clearly demonstrates a significant drawback of this institution – if a state does not want to react in any way, there is no possibility to establish a jurisdiction based on *forum prorogatum*.

Conclusions

Forum prorogatum is an established institution in the jurisprudence of the Court. Initially, the ICJ was occupied with the issue of possibly bringing a claim by a unilateral application of one country while the respondent country, at the time of filing this document, was not under its jurisdiction. After adding Article 38 (5) of the Rules, the prior judgments remained in force. However, the decision in Djibouti v. France reflects an apparently less flexible approach which needs further specification, including the scope of its application towards preliminary measures. Undisputedly, *forum prorogatum* is not going to lose its significance, but apparently states opposing the jurisdiction of the ICJ adopted a new way of securing themselves against ‘*forum prorogatum*’: namely, by not responding to invitations to initiate proceedings at all, as was done in 2014.

⁵⁹ <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&case=160&code=miuk>, access 5.04.2016.

⁶⁰ <http://www.un.org/disarmament/WMD/Nuclear/NPTtext.shtml>, access 5.04.2016.

⁶¹ ICJ press release dated 7 august 2014, <http://www.icj-cij.org/presscom/files/4/18354.pdf>, access 5.04.2016.

Bibliography

Literature (academic sources)

- Brownlie Ian, *Principles of Public International Law*, 7th edn OUP, Oxford 2008.
- Grote Jay, *Case Concerning Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v France)*, [in:] Rudgier Wolfrum (eds), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press Oxford 2012.
- Rosenne Shabtai, *The Law and Practice of the International Court, 1920-2005, Vol. II Jurisdiction*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston 2006.
- Russel Ruth, Muther Jeannette, *A History of the United Nation Charter*, The Brooking Institutions 1958.
- Simma Bruno et al. (eds), *The Charter of the United Nations. A commentary*, Third Edition, Volume I, Oxford University Press 2012.
- Thirlway Hugh, *The law and procedure of the International Court of Justice: 1960–1989*, The British Yearbook of International Law 1989.
- Thirlway Hugh, *The Law and procedure of the International Court of Justice. Fifty years of jurisprudence*, Volume II, Oxford University Press 2013.
- Waldock Humphrey, *Forum Prorogatum or acceptance of a unilateral summons to appear before the International Court*, 2 International Law Quarterly 1948, no. 2.
- Yee Sienho, *Forum prorogatum Return to the International Court of Justice*, 16 Leiden Journal of International Law 2003.

Primary sources

- Charter of the United Nations (adopted on 26 June 1945, entered into force on 24 October 1945).
- Statute of the International Court of Justice (adopted on 26 June 1945, entered into force on 24 October 1945).
- Rules of the International Court of Justice (adopted on 14 April 1978, entered into force on 1 July 1978).
- Corfu Channel (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania) [1948], [1948] ICJ Reports
- Case concerning the Aerial Incident of 10 August 1999 (Pakistan v. India) [2000], [2000] ICJ Reports
- Haya de la Torre (Columbia v. Peru) [1951], [1951] ICJ Reports
- Mavrommatis Jerusalem Concessions [1925], [1925] *Series A*, N°.5, Judgment (1925)
- Rights of Minorities in Upper Silesia (Germany v. Poland), Judgment No. 12 [1928], P.C.I.J., *Series A*, No. 15
- Judgment No. 4, Interpretation of Paragraph 4 of the Annex following Article 179 of the Treaty of Neuilly Ambatielos (Greece v. United Kingdom) [1952], [1952] ICJ Reports
- Anglo-Iranian Oil Company ((United Kingdom v. Iran) [1952], [1952] ICJ Reports
- Certain Criminal Proceedings in France (Congo v. France) [2003], [2003] ICJ Reports
- Certain questions of mutual assistance in criminal matters (Djibouti v. France) [2008],[2008] ICJ Reports

Internet

Pouliot Vincent, Forum prorogatum before the International Court of Justice: the Djibouti v. France case (2009) <<http://www.haguejusticeportal.net/index.php?id=10170#n37>>

<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&case=160&code=miuk>

<http://www.un.org/disarmament/WMD/Nuclear/NPTtext.shtml>

ICJ press release dated 7 august 2014, <http://www.icj-cij.org/presscom/files/4/18354.pdf>

Hanna Banaś¹
Uniwersytet Wrocławski

Sprzeciw sumienia w orzecznictwie ETPCz. Problematyka odmowy podjęcia służby wojskowej

Conscientious objection in ECHR jurisprudence concerning military service

Streszczenie

W judykaturze Europejskiego Trybunału Praw Człowieka przez długi czas kwestia klauzuli sumienia w przypadku odmowy podjęcia służby wojskowej rozpatrywana była na gruncie art. 4 Konwencji, w którym zawarto przepisy dotyczące zakazu pracy przymusowej, który wyłączał odbywanie służby wojskowej ze swojego zakresu. Z tego powodu wiele skarg zostało uznanych za niedopuszczalne, a prawa osób sprzeciwiających się temu obowiązkowi z uwagi na własne sumienie nie były należycie chronione. Dopiero w sprawie *Bayatyan* po raz pierwszy Trybunał rozpatrywał sprzeciw sumienia na gruncie art. 9 (wolność myśli, sumienia i wyznania), zapewniając należytą ochronę jednostkom powołującym się na klauzulę sumienia i wyznaczając nowy standard dla Europy – nawet dla państw, które kwestii sprzeciwu sumienia w służbie wojskowej nie regulowały albo wręcz zabraniały korzystania z tego prawa.

Słowa kluczowe

prawo międzynarodowe publiczne, sprzeciw sumienia, Europejska Konwencja Praw Człowieka, obowiązek służby wojskowej

Abstract

In the jurisprudence of the European Court of Human Rights for a long time the issue of conscientious objection in case of refusal to undertake military service was considered on the basis of Art. 4 of the Convention, which stipulates the prohibition of forced labor which, however, excluded military service from its scope. For this reason, many complaints were deemed inadmissible and the rights of conscientious objectors were not properly protected. In the *Bayatyan* case for the first time the Court considered the conscientious objection on the grounds of Art. 9 (freedom of thought, conscience and religion), providing protection of individuals who invoke the conscience clause. The Court set a new standard for Europe – even for the countries where the right to conscientious objection to military service was not regulated or even was prohibited.

Keywords

international public law, conscientious objection, European Convention on Human Rights, obligatory military service

¹ Doktorantka nauk prawnych w Katedrze Prawa Międzynarodowego i Europejskiego na Wydziale Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego. Zajmuje się problematyką praw człowieka, zwłaszcza wolności religijnej i bioetyki. Promotorem dysertacji doktorskiej pt. *Realizacja wolności przekonań religijnych w sferze publicznej na gruncie prawa europejskiego* jest prof. dr hab. Krzysztof Wójtowicz.

1. Wprowadzenie

Niniejszy artykuł ma na celu ukazanie ewolucji orzecznictwa organów Rady Europy dotyczącego możliwości odmowy służby wojskowej w oparciu o Konwencję o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności². Co do zasady wprowadzenie obowiązku służby wojskowej leży w kompetencji państwa, skutkując nałożeniem określonych obciążeń na obywateli. Niektóre z państw umożliwiają swoim obywatelom uchylenie się od tego obowiązku, czy to poprzez całkowite z niego zwolnienie, czy też poprzez zaferowanie cywilnej służby alternatywnej (zastępczej). Podejście poszczególnych państw europejskich do zagadnienia sprzeciwu sumienia zmieniało się z biegiem lat, co wyraźnie można dostrzec również w orzecznictwie strasburskim – najpierw Europejskiej Komisji Praw Człowieka (dalej: Komisja), a następnie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej: ETPCz lub Trybunał). W miarę rozwoju społeczności międzynarodowej i wzrostu znaczenia podstawowych praw człowieka większą wagę zaczęto przykładać do praw jednostki niż do jej obowiązków względem państwa. W ten sposób instytucja sprzeciwu sumienia (odmowy wykonania określonej czynności z uwagi na swoje przekonania) zyskiwała na znaczeniu, a Trybunał coraz częściej orzekał na korzyść jednostki w sytuacjach, w których państwa nie dopełniły obowiązku zapewnienia służby zastępczej i karały swoich obywateli za odmowę podjęcia służby wojskowej. Jednak, pomimo zmiany podejścia, to wciąż do państwa należy uznanie, czy i w jaki sposób wprowadzi służbę zastępczą.

W niniejszym opracowaniu orzecznictwo organów strasburskich zostanie przedstawione na przykładzie dwóch spraw mających kluczowe znaczenie dla rozwoju dalszej linii orzeczniczej w zakresie wolności sumienia. Sprawy te można uznać za kamienie milowe w kwestiach sprzeciwu sumienia. Przedstawione zagadnienia dotyczyć będą tylko i wyłącznie problematyki służby wojskowej³.

2. Definicja i podstawy prawne

Zdefiniowanie pojęcia „sumienie” czy „wolność sumienia” nastęrcza pewnych trudności głównie z uwagi na niemożność ujęcia w materialne ramy przedmiotu definicji. Warto zatem posłużyć się znaczeniem najbardziej rozpowszechnionym, zaczerpniętym z mowy codziennej. Posługując się definicją zawartą w *Słowniku Języka Polskiego* PWN⁴ sumienie to „zdolność oceny własnego postępowania i świadomość odpowie-

² Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, przyjęta w Rzymie 4 listopada 1950 r. w ramach Rady Europy (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 z późn. zm.). Dalej: Konwencja lub EKPCz.

³ Kwestia sprzeciwu sumienia w odniesieniu do praktyki medycznej czy innych zawodów powinna zostać omówiona w osobnym artykule.

⁴ Zob. *Słownik Języka Polskiego*, www.sjp.pwn.pl [dostęp 26.06.2015].

działalności moralnej za swoje czyny”⁵. Według innego rozumienia zdolność oceny własnego postępowania dotyczy rozróżnienia tego, co jest moralnie dobre, a co złe. Pomimo wielości opracowań dotyczących wolności sumienia i wyznania, trudno o takie, w którym w sposób prawniczy zostałyby zdefiniowane pojęcie sumienia. Nawet Janyga, który podjął próbę zdefiniowania poprzez język prawniczy terminu „religia”, pomimo posługiwania się pojęciem „wolności sumienia i wyznania” skupia się raczej na wyjaśnieniu „światopoglądu”, „sumienie” całkowicie ignorując⁶. Należy zatem przyjąć, że potoczne rozumienie terminu „sumienie” jest również rozumieniem prawniczym; można zaobserwować ogólną niechęć do definiowania słowa „religia”⁷.

Tylko nieznacznie lepiej rzecz ma się z pojęciem „wolności sumienia”. Również w tym przypadku wielu autorów skupia się przede wszystkim na definiowaniu wolności religijnej lub – rozpatrywanej jako jedna wolność – wolności sumienia i wyznania⁸. Część autorów (np. Brzozowski) przywołuje pogląd Trybunału, zgadzając się z tym, że „wolność religijna nie obejmuje [...] nieograniczonej swobody postępowania w zgodzie z nakazami religii w każdej sferze życia”⁹. Autor ten cytuje również orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z 15 stycznia 1991 r., w którym pojawia się definicja wolności sumienia: „Wolność sumienia nie oznacza jedynie prawa do reprezentowania określonego światopoglądu, ale przede wszystkim prawo do postępowania zgodnie z własnym sumieniem, do wolności od przymusu postępowania wbrew własnemu sumieniu”¹⁰. Makarska z kolei wskazuje, że wolność sumienia nie ogranicza się jedynie do przekonań religijnych oraz że pojęcie to jest zakresowo szersze od pojęcia wolności religijnej¹¹. Autorka stwierdza, że „wolność sumienia jest możliwością osoby ludzkiej do podjęcia moralnego wyboru opartego na poznanych i uznanych przez człowieka wartościach prawdy i dobra, w tym również prawdy religijnej udzielającej odpowiedzi na nurtujące

⁵ <http://sjp.pwn.pl/szukaj/sumienie.html> [dostęp 26.06.2015].

⁶ Zob. W. Janyga, *Przestępstwa obrazy uczuć religijnych w polskim prawie karnym w świetle współczesnego pojmowania wolności sumienia i wyznania*, Warszawa 2010, s. 21 i n.

⁷ Zob. P. Cumper, *Religion, belief and international human rights in the twenty-first century*, [w:] S. Joseph, A. McBeth (red.), *Research Handbook on International Human Rights Law*, Edward Elgar Publishing 2010, s. 478.

⁸ Tak np. M. Sosnowska, *Prawo karne jako ultima ratio w ochronie wolności sumienia i wyznania człowieka*, [w:] R. Wieruszewski (red.), M. Wyrzykowski, L. Kondratiewa-Bryzik, *Prawne granice wolności sumienia i wyznania*, Warszawa 2012, s. 313; autorka wskazuje, że wolność sumienia i wyznania to podstawowe prawo obywatelskie, przywołuje przepisy Konstytucji, następnie przechodzi do definiowania wolności religijnej i na tej definicji poprzestaje. Pomija zupełnie aspekt sumienia, bez słowa komentarza.

⁹ W. Brzozowski, *Uzewnętrzanie przynależności religijnej. Zagadnienia systemowe*, [w:] R. Wieruszewski (red.), *op. cit.*, s. 279.

¹⁰ *Ibidem*; według Brzozowskiego definicja ta jest zbyt szeroka, z uwagi jednak na brak komentarza trudno stwierdzić, w jaki sposób powinna być ona zawężona.

¹¹ M. Makarska, *Przestępstwa przeciwko wolności sumienia i wyznania w Kodeksie karnym z 1997 roku*, Lublin 2005, s. 21.

go egzystencjalne pytania dotyczące sensu życia. W sumieniu człowiek rozeznaje dobro i zło moralne”¹².

Określenie „sprzeciw sumienia” dotyczyć będzie zatem takiego działania jednostki, które stanowi odmowę wykonania danej czynności (którą jednostka zobowiązana jest wykonać) z uwagi na swoje przekonania (niekoniecznie religijne). Można również stwierdzić, że sprzeciw sumienia jest „odmową wypełnienia przepisu prawnego, którego skutki końcowe uważane są za sprzeczne z własnymi przekonaniem i ideologicznymi, moralnymi i religijnymi”¹³ oraz że „sprzeciw polega na odmowie, przez daną jednostkę, podjęcia jakiegos działania, które co prawda jest dopuszczalne przez prawo, ale jednocześnie sprzeczne z sumieniem (zarówno w sytuacji, kiedy to działanie jest obowiązkiem wynikającym z prawa lub może być wynikiem zawartej umowy)”¹⁴.

W języku polskim brak jest słowa na określenie człowieka sprzeciwiającego się wykonaniu określonej czynności z uwagi na względy sumienia, w przeciwieństwie do języka angielskiego, gdzie takie terminy funkcjonują – odpowiednio *conscientious objection* dla sprzeciwu sumienia oraz *conscientious objector* dla sprzeciwiającego się ze względów sumienia. Angielska definicja sprzeciwu sumienia w powszechnym rozumieniu odnosi się jednak tylko do osób, którym przekonania nie pozwalają na odbywanie służby wojskowej, nie obejmuje swoim zakresem innych zawodów¹⁵.

W samej Konwencji nie zostało wprost zawarte prawo do sprzeciwu sumienia; można je wywieść z jednego z trzech konwencyjnych praw, a mianowicie zakazu pracy przymusowej i obowiązkowej (art. 4), wolności myśli, sumienia i wyznania (art. 9) oraz zakazu dyskryminacji (art. 14). Artykuł 4 wyłącza jednak ze swojego zakresu służbę wojskową i zastępczą służbę cywilną – to państwa bowiem decydują, czy uznają instytucję sprzeciwu sumienia. Artykuł 9 nie tylko nie daje prawa do sprzeciwu sumienia, ale i nie chroni osób, które taki sprzeciw wyraziły przed sankcjami wynikającymi z odmowy podjęcia służby. Artykuł 14 z kolei zakazuje dyskryminacji m.in. ze względu na religię¹⁶.

Problemem tym zajęła się Rada Europy, która poprzez swoje organy (nie tylko sądowne) próbowała uregulować tę kwestię i zharmonizować prawo państw członkowskich. W ramach systemu Rady Europy zostało wydanych kilka aktów prawnych – przede wszystkim rekomendacje Zgromadzenia Parlamentarnego – poruszających kwestię sprze-

¹² *Ibidem*.

¹³ *Sprzeciw sumienia*, stanowisko Generalnej Komisji Bioetyki, grudzień 2011 r. Źródło: <http://bonifratrzy.pl>, zakładka „Zakon” i dalej, „Dokumenty Zakonu” [dostęp 28.06.2015].

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ Według definicji słownikowej: *Conscientious objection – refusal on moral or religious grounds to bear arms in a military conflict or to serve in the armed forces*. Źródło: conscientious objection. Dictionary.com. *Dictionary.com Unabridged*. Random House, Inc. http://dictionary.reference.com/browse/conscientious_objection [dostęp 26.06.2015].

¹⁶ Artykuły te zostaną szerzej omówione w dalszej części niniejszego opracowania, wraz z orzecznictwem.

ciwu sumienia w odniesieniu do służby wojskowej. Akty te zostały poniżej przedstawione w sposób chronologiczny, biorąc pod uwagę moment ich wydania/przyjęcia.

Jako pierwszą należy wskazać rezolucję Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy (dalej: ZP RE) nr 337 (1967) o prawie do sprzeciwu sumienia¹⁷. Rezolucja ta odnosiła się do poborowych i została podzielona na trzy części: podstawowe zasady, procedurę oraz służbę alternatywną. W pierwszej części zawarto stanowisko, że każda osoba powołana do służby wojskowej powinna mieć możliwość uchylenia się od niej, jeśli służba ta jest niezgodna z przekonaniami jednostki – nie tylko religijnymi, ale też etycznymi, moralnymi, humanitarnymi, filozoficznymi czy też „podobnymi motywami”. W nawiązaniu do kwestii proceduralnych zalecano wprowadzenie obowiązku poinformowania poborowych o ich prawie sprzeciwu sumienia oraz zapewnienie niezależnego od władz wojskowych sądownictwa w tym zakresie (zwłaszcza w drugiej instancji). W trzeciej części zawarto postanowienie, że okres odbywania służby alternatywnej powinien trwać co najmniej tak długo jak okres służby wojskowej oraz że powinna być zapewniona równość ekonomiczna i społeczna dla tych, którzy sprzeciwiają się z uwagi na swoje sumienie¹⁸. W ślad za rezolucją ZP RE została wydana rekomendacja nr 478 (1967) o prawie do sprzeciwu sumienia¹⁹, w której zawarto odpowiednie zalecenia dla Komitetu Ekspertów ds. Praw Człowieka²⁰ w celu utworzenia projektu aktu prawnego wprowadzającego przyjęte przez Zgromadzenie zasady w życie. Zalecono również państwom członkowskim, by na poziomie własnych prawodawstw krajowych wprowadziły odpowiednie rozwiązania zgodne z ustalonymi przez Zgromadzenie zasadami dotyczącymi prawa do sprzeciwu sumienia w odniesieniu do służby wojskowej.

Kolejnym aktem prawnym była wydana dziesięć lat później, również przez Zgromadzenie Parlamentarne, rekomendacja nr 816 (1977) o prawie do sprzeciwu sumienia w odniesieniu do służby wojskowej²¹. Tym razem jednak rekomendacja została skierowana do Komitetu Ministrów Rady Europy. Zgromadzenie przypomniało uprzednio wydane rekomendacje i rezolucje w tym zakresie oraz zarekomendowało Komitetowi Ministrów, by ten wezwał państwa członkowskie do zastosowania się do przyjętych przez ZP RE zasad w omawianej materii. Dodatkowo Zgromadzenie zaproponowało, by Komitet włączył prawo do sprzeciwu sumienia do praw konwencyjnych. Do aktu został dołączony aneks, w którym powtórzono treść przywoływanych przez Zgromadzenie propozycji.

¹⁷ *Resolution 337(1967). Right of conscientious objection*, wydana na 22. Posiedzeniu Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy (ZP RE) w dn. 26 stycznia 1967 r.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ *Recommendation 478 (1967). Right of conscientious objection*, wydana na 22. Posiedzeniu ZP RE w dn. 26 stycznia 1967 r.

²⁰ *Ang. Committee of Experts on Human Rights*; w chwili obecnej taki organ nie istnieje już w ramach systemu Rady Europy, zastąpił go Komitet Sterujący ds. Praw Człowieka (CDDH).

²¹ *Recommendation 816(1977). Right of conscientious objection to military service*, wydana na 10. posiedzeniu ZP RE w dn. 7 października 1977 r. Niniejsze i wszystkie kolejne są tłumaczeniem własnym Autorki, chyba że wskazano inaczej.

Komitet Ministrów Rady Europy wydał swoją rekomendację dotyczącą sprzeciwu sumienia w odniesieniu do obowiązkowej służby wojskowej w dniu 9 kwietnia 1987 r.²² Rekomendacja ta, oprócz preambuły wskazującej na konieczność poprawy sytuacji jednostki (zwłaszcza że w niektórych krajach nadal nie uznawano prawa do sprzeciwu sumienia), zawiera trzy części. Pierwsza z nich, najkrótsza, odnosi się do podstawowych zasad i zawiera jedynie postanowienie, że każdy powołany do służby wojskowej powinien mieć możliwość uchylecia się od obowiązku odbywania takiej służby, jeśli jest ona niezgodna z jego sumieniem. Może jednak być on zobowiązany do odbycia służby zastępczej²³. W drugiej części określono procedurę, która powinna być wprowadzona przez państwa – m.in. konieczność informowania osób powołanych do służby o ich prawie do sprzeciwu sumienia (pkt 3 rekomendacji). Ponadto powinny zostać zapewnione przez państwo wszelkie gwarancje rzetelnego procesu (pkt 5) oraz prawo odwołania się do drugiej instancji (pkt 6), która jednak byłaby odrębna od administracji wojskowej i od niej niezależna (pkt 7). Istotne jest również to, że możliwość zgłoszenia sprzeciwu sumienia istnieć powinna nie tylko przed podjęciem służby wojskowej, ale również w trakcie jej odbywania (pkt 8). W trzeciej części określono zasady ustalania zastępczej służby wojskowej, wskazując m.in., że nie powinna mieć ona charakteru kary (art 10)²⁴. Postanowienia tej rekomendacji zostały oparte na zaleceniach zawartych w rekomendacji Zgromadzenia Parlamentarnego RE nr 816 (1977). W zupełnie inny sposób są jednak uregulowane np. podstawowe kwestie (rekomendacja ZP RE dużo bardziej szczegółowo wskazuje rodzaje przekonań uprawniających do zwolnienia z obowiązku służby, a jednocześnie nie przewiduje służby zastępczej).

Rekomendacje i rezolucje wydawane w ramach Rady Europy co do zasady nie mają charakteru wiążącego, dlatego ich postanowienia powinny zostać włączone w systemy prawne państw członkowskich poprzez akty prawne rangi umowy międzynarodowej. Jakkolwiek w przeciągu kilkudziesięciu lat podejście państw członkowskich do instytucji sprzeciwu sumienia zmieniło się i wiele państw zalegalizowało status osoby sprzeciwiającej się służbie wojskowej z uwagi na swoje sumienie, to kwestia ta nadal nie znalazła odzwierciedlenia w wiążących aktach międzynarodowych. Jedynie Karta Praw Podstawowych, która po reformie z Lizbony stała się integralną częścią Traktatów, w art. 10 § 2 wprost przyznaje prawo do sprzeciwu sumienia²⁵. Nie świadczy to najlepiej o sile organizacji.

²² *Recommendation No.R (87)8 of the Committee of Ministers to member states regarding conscientious objection to compulsory military service*, przyjęta przez Komitet Ministrów Rady Europy (KM RE) na 460. spotkaniu w dn. 9 kwietnia 1987 r.

²³ Pkt 1 rekomendacji.

²⁴ Porównaj zwłaszcza postanowienia dotyczące informowania zainteresowanych o ich prawie do wyrażenia sprzeciwu sumienia (zwłaszcza o prawie do drugiej instancji, niezależnej od pierwszej).

²⁵ A. Rogowska, *Wolność sumienia i wyznania w orzecznictwie polskiego Trybunału Konstytucyjnego*, Warszawa 2015, s. 37.

Kolejną rekomendację dotyczącą wykonywania prawa do sprzeciwu sumienia w odniesieniu do służby wojskowej w państwach członkowskich Rady Europy Zgromadzenie Parlamentarne wydało dopiero w 2001 roku²⁶. W dokumencie tym zawarto bardzo ważne, niespotykane w poprzednich aktach postanowienie, że prawo do sprzeciwu sumienia stanowi fundamentalny aspekt prawa do wolności myśli, sumienia i wyznania, ujętego w Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka i Europejskiej Konwencji Praw Człowieka²⁷. Według rekomendacji, w czasie jej wydawania tylko pięć państw członkowskich nie uznawało jeszcze tego prawa (pkt 3), Zgromadzenie zaleciło zatem (po raz kolejny) włączenie prawa do sprzeciwu sumienia w odniesieniu do służby wojskowej do Konwencji za pomocą dodatkowego protokołu, wprowadzającego poprawki do art. 4 ust. 3 lit. b oraz art. 9 (pkt 6)²⁸. W pozostałym zakresie powtórzono najważniejsze zalecenia z poprzednich dokumentów²⁹. W 2006 roku Zgromadzenie Parlamentarne wydało rekomendację dotyczącą praw człowieka członków sił zbrojnych³⁰, w której również pojawiają się postanowienia dotyczące prawa do sprzeciwu sumienia³¹.

Mogłoby się здаwać, że w kwestii sprzeciwu sumienia – który został uregulowany prawnie w niemal wszystkich państwach członkowskich – niewiele zostało już do zrobienia, a dodanie odpowiednich postanowień do Konwencji poprzez nowy protokół jest tylko czystą formalnością. Niestety, z analizy powyższych aktów wynika, że próby zapewnienia jednolitej ochrony przez ZP RE osobom sprzeciwiającym się odbywaniu służby wojskowej z uwagi na swoje sumienie nie przynoszą rezultatu. Pomimo powtarzanych rekomendacji nadal – od 48 lat – nie został ustalony i przyjęty protokół do Konwencji. Sytuacja ta jasno pokazuje, że państwa nie dostrzegają konieczności regulacji tej materii.

3. Orzecznictwo Europejskiej Komisji Praw Człowieka

Niezależnie od braku wspólnych uregulowań na poziomie Rady Europy, problem konfliktu praw jednostki z jej obowiązkiem wobec państwa istniał. Sprawy pokrzywdzo-

²⁶ *Recommendation 1518(2001). Exercise of the right of conscientious objection to military service in Council of Europe member states*, tekst przyjęty przez ZP RE w dn. 23 maja 2001 r. Ta rekomendacja jest przywoływana w orzecznictwie, czasem jednak błędnie tłumaczona jako „rezolucja”. Por. L. Garlicki (red.), *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Tom I. Komentarz do artykułów 1–18*, Warszawa 2010.

²⁷ Zob. pkt 2 rekomendacji.

²⁸ Do chwili obecnej taki protokół nie został jeszcze sporządzony.

²⁹ Zob. np. pkt 5 rekomendacji.

³⁰ *Recommendation 1742(2006). Human rights of members of the armed forces*, tekst przyjęty na 11. posiedzeniu ZP RE w dn. 11 kwietnia 2006 r.

³¹ Zob. np. pkt 8, w którym po raz kolejny podkreślono fundamentalne znaczenie tego prawa dla wolności myśli, sumienia i wyznania, oraz pkt 11.1, w którym Zgromadzenie Parlamentarne ponownie wzywa Komitet Ministrów do rozważenia propozycji wprowadzenia prawa do sprzeciwu sumienia do Konwencji poprzez protokół.

nych z uwagi na nierespektowanie przez państwa prawa do sprzeciwu sumienia swoich obywateli trafiały najpierw do Europejskiej Komisji Praw Człowieka, a po przejęciu jej zadań przez stale orzekający sąd – do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. W niniejszej części Autorka skupi się na pierwszych wyrokach z zakresu sprzeciwu sumienia i pierwszych decyzjach Komisji. Zostanie to ukazane za pomocą wybranych orzeczeń.

Stanowisko Komisji dotyczące odmowy służby wojskowej z uwagi na względy sumienia zostało po raz pierwszy wyrażone w sprawie *Grandrath przeciwko Niemcom* z lat sześćdziesiątych, a zatem jeszcze przed omawianymi wyżej rekomendacjami Zgromadzenia Parlamentarnego. Na jej przykładzie zostanie omówiona linia orzecznicza Komisji, kolejne orzeczenia bowiem powielały stanowisko zawarte w sprawie *Grandrath* albo też skargi były uznawane za niedopuszczalne³².

Skarżącym był sługa pomocniczy³³ we wspólnocie świadków Jehowy, który w sposób absolutny sprzeciwiał się odbyciu służby wojskowej (także w ramach zastępczej służby cywilnej). Został za to skazany w procesie karnym, na co złożył skargę do Komisji. Skarżący zarzucał w piśmie, że był dyskryminowany z uwagi na swoją religię w porównaniu z kapłanami wyznania rzymskokatolickiego i protestanckiego, którzy zostali zwolnieni ze służby.

3.1. Naruszenie art. 9 rozpatrywanego samodzielnie

Komisja rozpoczęła badanie sprawy od kwestii możliwego naruszenia art. 9 Konwencji³⁴, rozpatrywanego samodzielnie (czyli bez uwzględniania zarzutu dyskryminacji). Wyróżniono 2 aspekty rozpatrywania tego prawa (§ 29):

a) Ograniczenie prawa do manifestowania swojej religii.

W pierwszej kolejności należało odpowiedzieć na pytanie, czy służba wojskowa ograniczała prawo skarżącego do manifestowania jego religii (zwłaszcza w aspekcie nauczania). Komisja zauważyła, że skarżący w swojej argumentacji nie zawarł zarzutu, jakoby odbywanie obowiązkowej służby wojskowej kolidowało z praktykowaniem jego religii (prywatnie i osobiście). Komisja nie doszukała się również tego naruszenia, usta-

³² Zob. np. *G.Z. przeciwko Austrii* (skarga nr 5591/72), *X. przeciwko Niemcom* (skarga nr 7705/76), *N. przeciwko Szwecji* (skarga nr 10410/83).

³³ Ang. *Ministerial servant*. Sługą pomocniczym jest osoba pomagająca starszemu zboru w jego codziennych obowiązkach. Zob. *Grandrath przeciwko Niemcom*, raport Komisji (skarga nr 2299/64).

³⁴ Zob. Artykuł 9:

„1. Każdy ma prawo do wolności myśli, sumienia i wyznania; prawo to obejmuje wolność zmiany wyznania lub przekonań oraz wolność uzewnętrzniania indywidualnie lub wspólnie z innymi, publicznie lub prywatnie, swego wyznania lub przekonań przez uprawianie kultu, nauczanie, praktykowanie i czynności rytualne.

2. Wolność uzewnętrzniania wyznania lub przekonań może podlegać jedynie takim ograniczeniom, które są przewidziane przez ustawę i konieczne w społeczeństwie demokratycznym z uwagi na interesy bezpieczeństwa publicznego, ochronę porządku publicznego, zdrowia i moralności lub ochronę praw i wolności innych osób”.

lając stan faktyczny. Co więcej, z okoliczności wynikało, że skarżącemu pozostałoby wystarczająco dużo czasu na spędzanie go we wspólnocie (mógł pozostać w rodzinnym mieście i pracować we wspólnocie, jeśli nie kolidowałyby to z odbywaną przez niego służbą wojskową). Wcześniej pracował jako malarz, więc pod względem czasowym nie zmieniłoby się zbyt wiele w jego życiu³⁵.

Komisja uznała zatem, że w tym względzie obowiązek odbycia służby wojskowej nie narusza prawa skarżącego ani możliwości jego manifestowania poprzez nauczanie. Patrząc jednak głębiej, nauczanie może dokonywać się również poprzez świadectwo, czyny nauczyciela żyjącego zgodnie z głoszoną nauką. Rozpatrując sytuację w takim kontekście, można zaryzykować stwierdzenie, że gdyby skarżący działał wbrew nakazom swojej religii, nauczanie to nie byłoby skuteczne – sprzeciwiałby się bowiem głoszonym naukom. Będąc zmuszonym do podjęcia działań sprzecznych ze swoim sumieniem, skarżący nie miał wyboru – postanowił manifestować swoją religię poprzez pozostawanie wiernym religijnym przykazaniom, nawet pod groźbą kary ze strony państwa.

Komisja wykazała w tym przypadku bardzo praktyczne podejście, bez głębszej refleksji nad istotą przekonań religijnych jednostki, będących źródłem sprzeciwu sumienia.

b) Naruszenie art. 9 poprzez zmuszenie do działania niezgodnego z własnym sumieniem.

Kolejne pytanie, które pojawiło się w sprawie, dotyczyło tego, czy art. 9 został naruszony przez fakt, że skarżący musiał pełnić służbę niezgodną z jego sumieniem czy religią. Komisja nie miała wątpliwości, że przekonania skarżącego są autentyczne. Wskazano, że wprawdzie art. 9 zawiera ogólne gwarancje dotyczące wolności sumienia, ale regulacje zawarte w art. 4³⁶ powinny być traktowane jako swoiste *lex specialis*³⁷. Jak wskazuje art. 4 ust. 3 lit. b, termin „praca przymusowa” nie obejmuje „żadnej służby o charakterze wojskowym, bądź służby wymaganej zamiast obowiązkowej służby wojskowej w tych krajach, które uznają odmowę służby wojskowej ze względu na przekonania”³⁸. Tym samym sprzeciw sumienia nie upoważnia nikogo do zwolnienia z odbywania takiej służby³⁹. Trudno jednak mówić o jakimkolwiek prawie do zwolnienia, jeśli w rzeczywistości nie istnieje przepis konwencyjny chroniący osobę wyrażającą swój sprzeciw wobec podjęcia jakiegos działania z uwagi na względy sumienia.

³⁵ Zob. *Grandrath* ..., §§ 30–31.

³⁶ Zob. Artykuł 4:

„1. Nikt nie może być trzymany w niewoli lub w poddaństwie.

2. Nikt nie może być zmuszony do świadczenia pracy przymusowej lub obowiązkowej.

3. W rozumieniu tego artykułu pojęcie „praca przymusowa lub obowiązkowa” nie obejmuje:

[...] b) żadnej służby o charakterze wojskowym bądź służby wymaganej zamiast obowiązkowej służby wojskowej w tych krajach, które uznają odmowę służby wojskowej ze względu na przekonania”.

³⁷ Tego samego zdania jest np. Garlicki. Zob. *idem, op. cit.*, art. 4, nb 8.

³⁸ Zob. L. Garlicki, *op. cit.*, art. 4 § 3 lit. b.

³⁹ Zob. *Grandrath*..., § 32.

Z uwagi na powyższe, Komisja uznała, że art. 9 rozpatrywany samodzielnie nie został naruszony. Z tym stanowiskiem nie zgodziło się kilku członków Komisji, którzy wyrazili swoje opinie w zdaniach odrębnych. Komisarz Ermacora stwierdził, że art. 9 miał zastosowanie, ale nie został naruszony z uwagi na powoływany wcześniej stan faktyczny: skarżący pracował wcześniej jako malarz, więc również poświęcał się dla wspólnoty jedynie poza godzinami pracy. Poza tym skarżący miał możliwość wykonywania służby wojskowej w miejscu zamieszkania i działania. Jego sytuacja jest nieporównywalna do sytuacji kapłanów rzymskokatolickich czy protestanckich, gdyż skarżący posiada zdecydowanie większą swobodę w odniesieniu do wyznaczania czasu wykonywania czynności czy organizowania spotkań religijnych i może dopasować wszystko tak, by nie kolidowało to z jego obowiązkiem odbycia służby wojskowej. Komisarz Ermacora nie znalazł również powodu, by opierać konkluzję na badaniu art. 4 Konwencji⁴⁰.

W jego opinii wolność sumienia i wyznania oznacza wolność od interferencji⁴¹ (państwa lub kogokolwiek innego), ale również po stronie jednostki istnieje obowiązek przejawiający się w konieczności poszanowania interesów wspólnoty czy społeczności, w której dana osoba żyje. Artykuł 9 § 2 pozwala na ograniczenie wolności religijnej w określonych przypadkach – to w gestii państwa leży, czy zwolni ze służby wojskowej, czy nie. Jeśli to uczyni, powołanie do zastępczej służby wojskowej nie stanowi naruszenia⁴².

Komisarz Balta uznał, że w sprawach, w których powołanie do służby wojskowej (włączając w to zastępczą służbę cywilną) stanowiłoby interferencję z prawem skarżącego zawartym w art. 9 § 1, musiałyby zostać usprawiedliwione przesłankami z art. 9 § 2 w połączeniu z art. 4 § 3 Konwencji. W tej sprawie jednak kwestia ta się nie pojawiła, gdyż wolność skarżącego w zakresie praktykowania jego religii nie zostałaby naruszona przez nałożenie obowiązku odbycia służby wojskowej⁴³.

Trudno nie zgodzić się z komisarzem Ermacorą, jakkolwiek do takich sytuacji nie powinno w ogóle dochodzić. Poza tym komisarz nie przywołał ograniczeń w kontekście wolności sumienia (która ograniczeniom nie podlega), a jedynie wolności religijnej. Zależy tu o ograniczenie możliwości manifestacji swojej religii, ale nie samej wolności.

3.2. Naruszenie art. 14 w powiązaniu z art. 4

Kolejną kwestią, którą rozpatrywała Komisja, był zakaz dyskryminacji. Artykuł 14, z uwagi na swoją specyfikę, musi być rozpatrywany w powiązaniu z innym artyku-

⁴⁰ Por. *ibidem*, § 34.

⁴¹ Angielski termin *interference* jest trudny do przetłumaczenia na polski język prawniczy, dlatego pozostawiono polski wyraz, używany raczej w terminologii nauk ścisłych. W odniesieniu do prawa „interferencję” należy rozumieć jako interwencję, kolizję, naruszenie.

⁴² Zob. *Grandrath...*, § 34.

⁴³ *Ibidem*, § 35.

łem Konwencji⁴⁴. Komisja stwierdziła, że służba wojskowa mieści się poza zakresem art. 4 (z uwagi na niepodleganie definicji „pracy przymusowej”). Należało zatem sprawdzić, czy prawo krajowe, w tym przypadku art. 11 German Act on Compulsory Military Service dotyczący obowiązkowej służby wojskowej, nie zawiera dyskryminujących treści⁴⁵. Tym samym Komisja zbadała, czy przywołany artykuł sam w sobie nie jest dyskryminujący i czy nie był taki sposób, w jaki artykuł ten został zastosowany. Przed wszystkim sprawdzono kryteria zwolnienia z odbywania służby wojskowej. Artykuł 11 rozróżnia trzy kategorie osób duchownych uprawnionych do zwolnienia z odbywania obowiązkowej służby wojskowej; w przypadku dwóch pierwszych – kapłanów ewangelickich i rzymskokatolickich – decydująca jest ordynacja. W przypadku trzeciej kategorii duchownych brane są pod uwagę dwa kryteria: służba we wspólnocie musi być głównym zajęciem powołanego do odbycia służby wojskowej oraz funkcje przez taką osobę pełnione muszą być równoważne do funkcji pełnionych przez kapłanów dwóch pierwszych wskazanych wyznań. Żaden z tych warunków nie został spełniony przez skarżącego, zatem Komisja nie doszukała się dyskryminacji ani w zapisach samego Aktu, ani w jego zastosowaniu⁴⁶. Stanowisko Komisji w tym względzie jest jasne, czytelne i nie nasuwa żadnych wątpliwości.

3.3. Naruszenie art. 14 w powiązaniu z art. 9

Jako ostatnie rozważone zostało naruszenie art. 14 w powiązaniu z art. 9. Komisja przywołała konkluzje ze swoich wcześniejszych rozważań i stwierdziła, że jakkolwiek odbywanie służby wojskowej jest niezgodne z sumieniem i religią skarżącego, to musi być rozpatrywane w świetle art. 4. Wobec powyższego, nie stwierdzono dyskryminacji w tym względzie⁴⁷.

Trudno zrozumieć taką konkluzję Komisji. Jeśli działanie jest niezgodne z religią skarżącego i przekonania religijne stanowią przyczynę odmowy podjęcia służby wojskowej, dlaczego Komisja wyłącza art. 9 jako podstawę rozpatrywania sprawy, zamiast tego skupiając się na art. 4? Twierdzenie, że art. 4 jest swoistym *lex specialis*, a także że dopuszcza obowiązkową służbę wojskową, nie wydaje się być wystarczające dla usprawiedliwienia odłożenia sprawy. Nawet jeśli rzeczywiście działania państwa były uspra-

⁴⁴ *Ibidem*, § 38.

⁴⁵ *Ibidem*, § 39.

⁴⁶ *Ibidem*; Balta ponownie wyraził zdanie odrębne, wskazując, że w jego opinii intencją art. 14 było ustanowienie zasady całkowitej równości w cieszeniu się prawami i wolnościami Konwencji. Według niego dyskryminację stanowił przepis prawa krajowego, że wszyscy wyświęceni wyznania rzymskokatolickiego i ewangelickiego byli zwolnieni ze służby wojskowej, podczas gdy w odniesieniu do innych religii miało to zastosowanie jedynie wtedy, gdy działalność na rzecz wspólnoty stanowiła główną działalność duchownego (zob. § 42).

⁴⁷ Zob. *ibidem*, §§ 44–45 w nawiązaniu do §§ 30–32. Zob. również zdania odrębne Eustathiadesa i Castberga (§§ 47–48).

wiedliwione – w końcu zaproponowano skarżącemu odbycie zastępczej służby wojskowej – zastosowane środki (aresztowanie) należy uznać za nadmierne i niekonieczne. Brak jest w tym miejscu refleksji Komisji dotyczącej samej wolności sumienia jako niezależnej od wolności religijnej. Sprawa ta obrazuje ówczesne tendencje i podejście państw do zagadnienia odmowy podjęcia służby wojskowej z uwagi na sumienie.

4. Orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka

Po niemal pół wieku pracy nad instytucją sprzeciwu sumienia doszło do zmian nie tylko w państwach członkowskich – które w większości uznały możliwość uchylecia się od obowiązkowej służby wojskowej – ale również w orzecznictwie organów strasburskich. Europejski Trybunał Praw Człowieka przejął od Komisji orzekanie w sprawach. Nie oznacza to, że linia orzecznicza zmieniła się z dnia na dzień. W sprawie, którą powołano poniżej, dopiero druga instancja (Wielka Izba, orzekająca w skomplikowanym i niezwykle istotnych sprawach) zmieniła ogólne podejście do ochrony osób sprzeciwiających się podjęciu służby wojskowej z uwagi na swoje przekonania.

Przełomowym momentem w orzecznictwie ETPCz był wyrok Wielkiej Izby w sprawie *Bayatyan przeciwko Armenii*⁴⁸. Jest ona pierwszą sprawą, w której Trybunał badał kwestie zastosowania art. 9 (wolności myśli, sumienia i wyznania) Konwencji wobec tych, którzy sprzeciwiają się podjęciu służby wojskowej z uwagi na swoje sumienie⁴⁹. Wcześniej, jak zostało przedstawione w omówieniu raportu Komisji w sprawie *Grandrath przeciwko Niemcom*, opierano rozstrzygnięcie o interpretację art. 4 § 3 lit. b.

Skarżący był Armeńczykiem, świadkiem Jehowy, który odmówił odbycia służby wojskowej z uwagi na swoje przekonania, zgłosił jednak gotowość odbycia zastępczej służby cywilnej. W owym czasie prawo krajowe nie przewidywało jeszcze możliwości uchylecia się od obowiązku służenia w armii ani nie zapewniało alternatywnych sposobów odbycia służby. Z uwagi na powyższe, Bayatyan został pozbawiony wolności wskutek naruszenia prawa.

Nowe podejście Trybunału wyróżnia sprawę *Bayatyan* na tle wszystkich poprzednich rozstrzyganych przez Komisję i następnie przez Trybunał. Wielka Izba, przystępując do rozpatrywania sprawy, podsumowała dotychczasowe orzecznictwo w tej materii. Wskazano na początkowe stanowisko w sprawie *Grandrath*, od którego wszystko się zaczęło. Słusznie zauważono, że Komisja nie uznała za potrzebne zbadania jakichkolwiek kwestii

⁴⁸ *Bayatyan przeciwko Armenii*, wyrok Wielkiej Izby (skarga nr 23459/03).

⁴⁹ Zob. *Conscientious objection*, factsheet, materiały Europejskiego Trybunału Praw Człowieka [dostęp ze strony <http://echr.coe.int>, czerwiec 2014].

związanych z interpretacją pojęcia „wolność sumienia i religii” użytych w art. 9 i skonkludowała, że ten przepis rozpatrywany samodzielnie nie został naruszony⁵⁰.

Trybunał przywołał również orzeczenie w sprawie *G.Z. przeciwko Austrii*, w którym Komisja uznała (zgodnie z ówczesną linią orzecniczą), że interpretując art. 9 w odniesieniu do sprzeciwu sumienia, należy to robić w świetle art. 4. W gestii państw pozostaje bowiem kwestia, czy pozwolą swoim obywatelom na zwolnienie z obowiązku służby wojskowej, czy nie; nie ma obowiązku uznania odmowy służby wojskowej ze względu na swoje sumienie. Jeśli państwo nie uzna sprzeciwu sumienia, nic nie stoi na przeszkodzie, by wymierzyło kary tym, którzy odmawiają wykonywania służby wojskowej⁵¹.

Zdając sobie sprawę ze znacznego upływu czasu oraz zmiany nastawienia państw (niemal wszystkie państwa członkowskie Rady Europy wprowadziły możliwość odmowy służby wojskowej ze względu na przekonania)⁵², Trybunał słusznie uznał, że należy zmienić podejście względem tej kwestii. Zmiany były istotne, gdyż w ten sposób Konwencja mogła być stosowana w sposób pełny i skuteczny. Sędziowie ponadto wyrazili wątpliwość, czy aby na pewno interpretacja art. 4 przyjęta przez Komisję odzwierciedla rzeczywiste zamysły autorów tekstu Konwencji. Powołali się w tym celu na prace przygotowawcze, wskazując, że „w pkt. b klauzula dotycząca objektorów ze względów sumienia miała być wskazówką, że żadna wymagana prawem służba krajowa nie może być uznana za pracę przymusową lub obowiązkową. W sytuacji, gdy w wielu krajach odmowa służby wojskowej ze względów sumienia nie została uznana, wpisano do tego przepisu frazę «w tych krajach, które uznają»”⁵³.

Trybunał wskazał dalej, że wiele się zmieniło, a Konwencja to „żyjący instrument”, dlatego należy wprowadzić zmiany w interpretacji. Uznawanie sprzeciwiających się z uwagi na swoje przekonania stało się praktycznie normą na poziomie europejskim. Artykuł 9 należy rozpatrywać samodzielnie, mimo że nie odnosi się wprost do sprzeciwu sumienia. Oceny powinno się dokonywać w świetle szczególnych okoliczności sprawy⁵⁴.

W dalszej części ETPCz skupił się na zbadaniu zgodności z art. 9. Trybunał uznał, że działanie skarżącego stanowiło manifestację przekonań religijnych. Tym samym skazanie

⁵⁰ Zob. *Bayatyan...*, § 93.

⁵¹ Por. *Bayatyan...*, § 94. Dalej Trybunał przywołuje kolejne orzeczenia, powielające omówione stanowisko Komisji, m.in. *X. przeciwko Niemcom* czy powoływane już wcześniej *Thlimmenos* oraz *Ülke* (§§ 95–97).

⁵² Por. również omówienie sprawy *Bayatyan przeciwko Armenii* przez M.A. Nowickiego [dostęp ze strony <http://hfhf.pl>, sierpień 2015]

⁵³ Por. *Bayatyan...* § 100; cytata za M.A. Nowicki, *op. cit.* [tłum. M.A. Nowicki].

⁵⁴ Por. *Bayatyan...*, §§ 101–111. Trybunał powołał również inne akty prawne, takie jak Karta Praw Podstawowych, oraz wskazał, że wbrew temu, co twierdzi Rząd (§ 81), sytuacja skarżącego musi zostać odróżniona od sytuacji, która dotyczy obowiązku niepowodującego żadnych specyficznych implikacji dotyczących sumienia samego w sobie (takiego jak np. generalny obowiązek podatkowy); uznał, że art. 9 ma zastosowanie w sprawie.

Bayatyan było interferencją z jego prawem do wolności religijnej⁵⁵. Zastosowano trzystopniowe kryterium, by określić, czy interferencja była zgodna z prawem – państwo musiało zastosować się do wymogów określonych w art. 9 § 2; ograniczenia nałożone na jednostkę muszą być przewidziane przez prawo, służyć realizacji legitymowanego celu oraz być konieczne w demokratycznym społeczeństwie⁵⁶. Trybunał rozważył każdy z warunków.

Trybunał uznał, że działania państwa były przewidziane prawem. Istniały podstawy w prawie krajowym do skazania skarżącego, prawo to było dostępne dla zainteresowanych oraz odpowiednio, precyzyjnie sformułowane, by można było przewidzieć konsekwencje swoich decyzji. Armeńskie prawo nie przewidywało jednak możliwości podjęcia służby zastępczej, jednocześnie nakładając na obywateli obowiązek odbycia służby wojskowej⁵⁷. Wydawać by się mogło, że właśnie w oparciu o tę kwestię Trybunał stwierdzi naruszenie, jednak sędziowie nie zajęli się tym zagadnieniem, celowo je pomiijając⁵⁸. Trybunał pozostawił kwestię tego kryterium otwartą, nie opowiadając się ani za naruszeniem, ani za jego brakiem⁵⁹.

Trudno zrozumieć takie stanowisko sędziów, zwłaszcza w sprawie, która wyznacza nowy trend w orzecznictwie i wszystkie jej aspekty powinny być tym samym dogłębnie przeanalizowane. Być może to po prostu ostrożność ze strony sędziów, którzy diametralnie zmieniają dotychczasową linię orzeczniczą. Takie postępowanie powoduje jednak pewien niedosyt i może budzić sprzeciw. Jeśli bowiem prawo kraju przystępującego czy należącego do Rady Europy jest niezgodne z Konwencją, jednostka ma związane ręce i nijak nie może się bronić przed naruszeniem. Nie wydając zdecydowanej opinii w tej sprawie, sędziowie uciekają od odpowiedzialności, do której zostali powołani, i umywiają ręce. Jeśli państwo nie zapewnia należytej ochrony jednostce, Trybunał (i pozostałe organy Rady Europy) są powołane do tego, by taką jednostkę ochronić oraz zasugerować państwu odpowiednie rozwiązania celem poprawy sytuacji.

W kontekście drugiego warunku ograniczenia – legitymowanego celu – w odpowiedzi na skargę Rząd wskazał konieczność ochrony porządku publicznego i praw innych osób. Te argumenty nie brzmią jednak przekonująco w świetle działań władz publicznych – w tamtym czasie w Armenii zaczęto wprowadzać przepisy dotyczące służby zastępczej i powstrzymywano się od skazywania kolejnych osób odmawiających odbycia służby

⁵⁵ *Bayatyan...*, § 112.

⁵⁶ Zob. Konwencja, art. 9 § 2.

⁵⁷ *Bayatyan...*, §§ 113–114.

⁵⁸ Trybunał wprost stwierdził w § 115 orzeczenia, że istnieje niezgodność pomiędzy przepisami prawa krajowego a zobowiązaniami przyjętymi przez Armenię podczas przystępowania do Rady Europy, nie widzi jednak potrzeby rozwiązywania jawnego konfliktu prawa krajowego z międzynarodowym zobowiązaniem (por. ang. „The Court, however, does not find it necessary to resolve the apparent conflict between the domestic law and Armenia’s international commitment”).

⁵⁹ Zob. *Bayatyan...*, § 116.

wojskowej ze względów sumienia. Trybunał również w tym przypadku nie widział konieczności konkludowania, jednak z zupełnie innych powodów – nawet jeśli bowiem cel był legitymowany, to na gruncie art. 9 § 2 interferencja była w każdym przypadku niezgodna z tym artykułem Konwencji⁶⁰. Mimo stwierdzenia niezgodności również w tym przypadku Trybunał nie dokonał głębszej refleksji ani nie podjął konkretnych działań.

Ostatnią kwestią do zbadania pozostała konieczność wprowadzenia ograniczenia prawa jednostki przez państwo. Trybunał podkreślił po raz kolejny znaczenie wolności religijnej jako jednego z fundamentów demokratycznego społeczeństwa. Wskazał również, że jest ona jednym z najbardziej żywotnych elementów konstytuujących tożsamość wierzących, stanowi także cenną wartość dla ateistów, agnostyków czy sceptyków⁶¹. Należy zauważyć również, że jakkolwiek wolność religijna jest w pierwszej kolejności sprawą indywidualną, to jednak Konwencja przyznaje prawo do manifestowania swoich poglądów (również publicznie oraz we wspólnocie). Oznacza to, że choć państwo co do zasady powinno być neutralne i bezstronne, jego zadaniem jest zapewnianie spokojnego wykonywania tego prawa przez różnego rodzaju religie i inne grupy, przy zagwarantowaniu porządku publicznego oraz wzajemnego poszanowania i tolerancji. Temu właśnie służy instytucja marginesu uznania państwa przy nadzorze Trybunału⁶².

Doktryna krajowego marginesu uznania została wypracowana jako sposób rozwiązywania konfliktowych i kontrowersyjnych sytuacji. Trybunał odwołuje się do niej zazwyczaj w sprawach, w których przedmiotu sporu nie da się określić w sposób wymierny, podobnie jak nie da się w sposób wyraźny i jednoznaczny rozgraniczyć konkurencyjnych praw (np. konflikt wolności religijnej z wolnością słowa)⁶³. Pozostawiając rozstrzygnięcie w gestii państwa, Trybunał przyznaje, że to władze krajowe posiadają większą wiedzę w zakresie moralności i obyczajności swojego społeczeństwa oraz że to one powinny decydować o tych najbardziej drażliwych kwestiach. Sędzia Françoise Tulkens jest sceptyczny wobec takiego rozwiązania, stojąc na stanowisku, że ustalaniem słusznej równowagi między interesem publicznym a prawem jednostki powinien zajmować się sąd, a nie władze krajowe poprzez legislację⁶⁴.

⁶⁰ Zob. *ibidem*, § 117.

⁶¹ Zob. *ibidem*, § 118. ETPCz powołał w tym miejscu m.in. sprawę *Kokkinakis przeciwko Grecji* (25 maja 1993 r., Seria A, nr 260-A), która ma niezwykle istotne znaczenie ze względu na zapoczątkowanie całej linii orzeczniczej Trybunału dotyczącej wolności religijnej.

⁶² Zob. *ibidem*, §§ 120–121.

⁶³ Tak np. w sprawie *Otto Preminger Institute przeciwko Austrii* (skarga nr 13470/87), *Wingrove przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* (skarga nr 17419/90) czy *Eweida i inni przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* (skargi nr 48420/10, 59842/10, 51671/10 oraz 36516/10).

⁶⁴ Por. F. Tulkens, *Conflicts between fundamental rights: contrasting views on Articles 9 and 10 of the European Convention on Human Rights*, [w:] *Blasphemy, insult and hatred: finding answers in a democratic society*, Science and technique of democracy nr 47, Rada Europy 2010. Cytując sędziego (ang.): „Lastly, apart from the fact that the margin of appreciation can be variable where fundamental rights are concerned, can it really be argued that states are better placed to strike a balance between

Sędziowie ETPCz orzekający w sprawie *Bayatyan* nie przyznali jednak państwu całkowitej swobody w zakresie marginesu uznania. Stwierdzili, że te państwa, które nie wprowadziły w swojej legislacji możliwości odbywania służby zastępczej, muszą mocno uzasadnić każdą interferencję z prawem jednostki⁶⁵ (a zwłaszcza pokazać, że interferencja ta koresponduje z zaspokajaniem „naglącej potrzeby społecznej”)⁶⁶. Trybunał zauważył, że w sytuacji braku możliwości podjęcia zastępczej służby cywilnej skarżący nie miał innego wyjścia, jak tylko odmówić odbycia służby wojskowej, czym naraził się na sankcje karne. Stanowisko państwa jednak nie przekonuje – Trybunał nie podzielił poglądu, jakoby zastosowanie sankcji wobec skarżącego było konieczne w demokratycznym społeczeństwie, tym samym stwierdzając naruszenie art. 9⁶⁷.

Trudno nie zgodzić się z przyjętym stanowiskiem ETPCz, choć przeszkadzać może brak refleksji w odniesieniu do dwóch poprzednich rozpatrywanych punktów. Pojawia się jednak pytanie, czy aby na pewno rozpatrywanie sprzeciwu sumienia w kontekście wolności religijnej jest właściwe – być może bardziej odpowiednie byłoby rozpatrzenie go z punktu widzenia wolności sumienia, która posiada dużo szerszy zakres niż wolność religijna.

W tym miejscu warto przytoczyć jeszcze zdanie odrębne sędziego Gyulumyana, który nie zgodził się z poglądem większości, że doszło do naruszenia prawa do wolności religijnej z art. 9. Sędzia podniósł przede wszystkim, że prawo do sprzeciwu sumienia nie jest bezpośrednio zapewnione w Konwencji, a tym samym nie można z niej wnioskować prawa do uniknięcia służby wojskowej. Konwencja nie zapobiega również nałożeniu sankcji za odmowę podjęcia obowiązkowej służby. Art. 9 bowiem nie chroni każdego działania inspirowanego religią czy przekonaniem⁶⁸. Według sędziego rolą Trybunału jest ochrona praw człowieka już istniejących, a nie tworzenie nowych; uznanie dopuszczalności sprzeciwu sumienia należało pozostawić państwom. Nie zgodził się również ze stanowiskiem większości, że sprzeciw sumienia nie powinien być odczytywany w świetle art. 4 § 3 lit. b Konwencji⁶⁹. Ponadto, sędzia nie uznał argumentu o związaniu Armenii jej zobowiąza-

conflicting fundamental rights? Yes, perhaps, if one believes that they should be regulated by legislation rather than by courts” (F. Tulkens, *op. cit.*, s. 128).

⁶⁵ Ich margines uznania jest zatem w tym przypadku dość ograniczony.

⁶⁶ Ang. *Pressing social need*. Zob. *Bayatyan...*, § 123.

⁶⁷ Zob. *Bayatyan...*, §§ 124–128. Szczególnie na niekorzyść Armenii działał fakt przyjęcia odpowiednich regulacji dotyczących służby zastępczej – niezrozumiałe było bowiem karanie skarżącego w momencie, w którym władze krajowe zmieniały swoją politykę na łagodniejszą. Trybunał poza tym przywołał przykład większości państw europejskich, które posiadały w swoich systemach prawnych odpowiednie przepisy.

⁶⁸ Zob. *Bayatyan...*, opinia odrębna sędziego Gyulumyana, §§ 1–2. Sędzia przypomniał również postulaty Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy, by włączyć prawo do sprzeciwu sumienia do Konwencji poprzez odpowiedni protokół.

⁶⁹ *Ibidem*, § 2–3. Sędzia przywołał rozstrzygnięcie pierwszej instancji w sprawie *Bayatyan przeciwko Armenii* (27 października 2009 r., skarga nr 23459/03), w którym odwoływano się do zakazu pracy przymusowej.

niem międzynarodowym, gdyż – jak wskazał – władze krajowe od chwili akcesji miały trzy lata na wprowadzenie odpowiednich przepisów. Nie można ich również winić za to, że stosowały się do aktualnie obowiązującego orzecznictwa, które w tamtym czasie nie przewidywało żadnych gwarancji dla osób sprzeciwiających się z uwagi na swoje sumienie. Jedyne, co mógł podnieść skarżący, to jego uwięzienie, ale tego akurat nie skarżył (skupiając się na braku alternatywy dla służby wojskowej). Tym samym, skoro art. 9 nie miał zastosowania, nie mógł zostać naruszony⁷⁰.

Przedstawiony wyżej pogląd nie jest pozbawiony racji. Rzeczywiście trudno zarzucać władzom, że postępowały zgodnie z istniejącą w tamtym czasie praktyką orzecniczą Trybunału. Nie przekroczono również czasu na wprowadzenie odpowiednich regulacji. Niemniej jednak, jakkolwiek argumenty zaprezentowane przez sędziego Gyulumyana wydają się być rozsądne, nie do końca przekonują. Czy bowiem fakt, że państwo podpisało jakieś zobowiązanie, ale jeszcze nie dopełniło wszystkich formalności związanych z jego realizacją, uprawnia je do postępowania wbrew przyjętym na siebie obowiązkom? Tłumaczenie, że Armenia postępowała zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą Trybunału być może byłoby pewnym usprawiedliwieniem, gdyby nie fakt, że ETPCz nie tworzy prawa. Większość państw członkowskich Rady Europy wprowadziło w swoim ustawodawstwie przepisy dotyczące możliwości odbycia cywilnej służby zastępczej. Jako że Trybunał orzeka w jednostkowych sprawach, wyznacznikiem aktualnych trendów powinno być postępowanie członków Rady Europy. Działające w dobrej wierze państwo już od momentu przyjęcia na siebie zobowiązania stara się robić wszystko, by je należycie wypełnić. Skoro zatem Armenia zaczęła wprowadzać reformy i powstrzymywała się przed skazywaniem kolejnych osób sprzeciwiających się służbie wojskowej, wykonanie wyroku wobec skarżącego nie powinno stanowić żadnego problemu.

5. Podsumowanie

Jak widać na powyższych przykładach, podejście Trybunału do odmowy służby wojskowej ze względu na swoje przekonania jest zdecydowanie inne od podejścia Komisji. Sprawa *Bayatyan* została wybrana celem omówienia, gdyż wyraźnie można na jej przykładzie dostrzec, jak duże zmiany nastąpiły w orzecznictwie⁷¹. Warto jednak bliżej przyjrzeć się rozumowaniu Trybunału, sięgając chociażby do takich spraw jak *Erçep przeciwko Turcji*⁷² czy *Savda przeciwko Turcji*⁷³.

⁷⁰ *Ibidem*, §§ 3–7.

⁷¹ Wyrokiem pierwszej instancji ETPCz przyznał rację Armenii, nie stwierdzając naruszenia art. 9.

⁷² Skarga nr 43965/04 (II Sekcja).

⁷³ Skarga nr 42730/05.

W polskim systemie prawnym orzecznictwo Trybunału w zakresie sprzeciwu sumienia w odniesieniu do poborowych ma raczej znikome znaczenie z uwagi na zniesienie obowiązku odbycia służby wojskowej. Sytuacja polityczna jednak wciąż się zmienia i być może już niedługo znów pojawi się konieczność zapewnienia alternatywnych sposobów realizacji obywatelskiego obowiązku⁷⁴.

O wiele więcej kontrowersji budzi za to inne zagadnienie, związane ze sprzeciwem sumienia – klauzula sumienia lekarzy. Jak słusznie zauważa Nawrot, argumenty za stosowaniem klauzuli sumienia względem lekarzy są o wiele silniejsze niż w przypadku wojskowych, zwłaszcza „że w przypadku służby wojskowej częstokroć istnieją stosowne normy prawne nakładające na jednostkę obowiązek odbycia służby, w przypadku zaś kontrowersyjnych interwencji medycznych, jak np. przerywanie ciąży, eutanazja, o tego rodzaju obowiązkach po stronie pracowników służby zdrowia nie może być mowy”⁷⁵. Zupełnie inaczej przedstawia się sytuacja pozostałych zawodów – a wręcz nie przedstawia się w ogóle. Zarówno farmaceuci⁷⁶, jak i urzędnicy⁷⁷ zostali niejako pominięci w rozważaniach Trybunału dotyczących sprzeciwu sumienia.

Konkludując, Konwencja nie zapewnia wprost jednostce prawa do sprzeciwu sumienia. Co więcej, sama służba wojskowa jest wyłączona spod pojęcia „pracy przymusowej”, tym samym nie podlegając ochronie EKPCz. Nie oznacza to jednak, że państwa mogą dowolnie ograniczać wolność religijną jednostki. Jakkolwiek art. 9 bezpośrednio nie wskazuje na uprawnienia jednostki do odmowy służby wojskowej, w interpretacji Trybunału nie można nikogo karać za postępowanie w zgodzie z własnymi przekonaniami⁷⁸, skoro istnieje alternatywne wyjście w postaci zapewnienia zastępczej służby wojskowej. Powszechna praktyka państw członkowskich Rady Europy pokazała, że uniknięcie konfliktów na linii obywatel–państwo w zakresie realizacji swoich interesów jest jak najbardziej możliwe. W tym przypadku orzeczenie Trybunału było odzwierciedleniem postępowania państw.

Niemniej jednak sporządzenie protokołu dodatkowego o Konwencji pozwoliłoby uniknąć w przyszłości wielu nieporozumień i stanowiłoby kolejny krok w harmonizowaniu przepisów traktujących o prawach człowieka w państwach członkowskich.

⁷⁴ Tym samym zauważyć można znaczną liczbę publikacji dotyczących klauzuli sumienia lekarzy (zwłaszcza w obliczu takich kwestii jak np. aborcja czy *in vitro*) przy niewielu publikacjach traktujących o sprzeciwie sumienia wojskowych.

⁷⁵ O. Nawrot, *Klauzula sumienia w zawodach medycznych w świetle standardów Rady Europy*, „Zeszyty Prawnicze” 2012, nr 3(35), s.18.

⁷⁶ Por. decyzja o niedopuszczalności skargi w sprawie *Pichon i Sajous przeciwko Francji*.

⁷⁷ Por. sprawę *Ladele przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* (skarga nr 51671/10), rozpatrywaną łącznie ze sprawą *Eweida* (zob. przypis 62).

⁷⁸ Oczywiście mowa o sytuacjach, gdy realizacja tych przekonań nie zagraża prawom i wolnościom innych osób oraz nie jest niezgodna z prawem.

Bibliografia

Literatura

- Brzozowski Wojciech, *Uzewnętrzanie przynależności religijnej. Zagadnienia systemowe*, [w:] Roman Wieruszewski (red.), Mirosław Wyrzykowski, Lena Kondratiewa-Bryzik, *Prawne granice wolności sumienia i wyznania*, Warszawa 2012.
- Cumper Peter, *Religion, belief and international human rights in the twenty-first century*, [w:] Sarah Joseph, Adam McBeth (red.), *Research Handbook on International Human Rights Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham 2010.
- Garlicki Leszek (red.), *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Tom I. Komentarz do artykułów 1–18*, Warszawa 2010.
- Janyga Wojciech, *Przestępstwa obrazy uczuć religijnych w polskim prawie karnym w świetle współczesnego pojmowania wolności sumienia i wyznania*, Warszawa 2010.
- Makarska Małgorzata, *Przestępstwa przeciwko wolności sumienia i wyznania w Kodeksie karnym z 1997 roku*, Lublin 2005.
- Nawrot Oktawian, *Klauzula sumienia w zawodach medycznych w świetle standardów Rady Europy*, „Zeszyty Prawnicze” 2012, nr 3(35).
- Rogowska Alina, *Wolność sumienia i wyznania w orzecznictwie polskiego Trybunału Konstytucyjnego*, Warszawa 2015.
- Sosnowska Małgorzata, *Prawo karne jako ultima ratio w ochronie wolności sumienia i wyznania człowieka*, [w:] Roman Wieruszewski (red.), Wyrzykowski Mirosław, Kondratiewa-Bryzik Lena, *Prawne granice wolności sumienia i wyznania*, Warszawa 2012.
- Tulkens Françoise, *Conflicts between fundamental rights: contrasting views on Articles 9 and 10 of the European Convention on Human Rights*, [w:] *Blasphemy, insult and hatred: finding answers in a democratic society*, Science and technique of democracy nr 47, Rada Europy, Strasbourg 2010.

Orzeczenia Europejskiego Trybunału Praw Człowieka

- Bayatyan przeciwko Armenii*, wyrok Wielkiej Izby (skarga nr 23459/03).
- Erçep przeciwko Turcji* (skarga nr 43965/04 (II Sekcja).
- Eweida i inni przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* (skargi nr 48420/10, 59842/10, 51671/10 oraz 36516/10).
- G.Z. przeciwko Austrii* (skarga nr 5591/72).
- Grandrath przeciwko Niemcom*, raport Komisji (skarga nr 2299/64).
- Kokkinakis przeciwko Grecji* (25 maja 1993 r., Seria A, nr 260-A).
- N. przeciwko Szwecji* (skarga nr 10410/83).
- Otto Preminger Institute przeciwko Austrii* (skarga nr 13470/87).
- Pichon i Sajous przeciwko Francji* (decyzja o niedopuszczalności skargi w sprawie).
- Savda przeciwko Turcji* (skarga nr 42730/05).
- Wingrove przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* (skarga nr 17419/90).
- X. przeciwko Niemcom* (skarga nr 7705/76).

Rekomendacje organów Rady Europy

Resolution 337(1967). Right of conscientious objection, wydana na 22. Posiedzeniu Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy (ZP RE) w dn. 26 stycznia 1967 r.

Recommendation 478 (1967). Right of conscientious objection, wydana na 22. Posiedzeniu ZP RE w dn. 26 stycznia 1967 r.

Recommendation 816(1977). Right of conscientious objection to military service, wydana na 10. posiedzeniu Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy (ZP RE) w dn. 7 października 1977 r.

Recommendation No. R (87)8 of the Committee of Ministers to member states regarding conscientious objection to compulsory military service, przyjęta przez Komitet Ministrów Rady Europy (KM RE) na 460. spotkaniu w dn. 9 kwietnia 1987 r.

Recommendation 1518(2001). Exercise of the right of conscientious objection to military service in Council of Europe member states, tekst przyjęty przez ZP RE w dn. 23 maja 2001 r.

Recommendation 1742(2006). Human rights of members of the armed forces, tekst przyjęty na 11. posiedzeniu ZP RE w dn. 11 kwietnia 2006 r.

Źródła – dostęp internetowy

Słownik Języka Polskiego, wersja internetowa, dostęp ze strony www.sjp.pwn.pl (ostatni dostęp 26.06.2015).
<http://sjp.pwn.pl/szukaj/sumienie.html> (ostatni dostęp 26.06.2015).

Sprzeciw sumienia, stanowisko Generalnej Komisji Bioetyki, grudzień 2011 r. Źródło: <http://bonifratrzy.pl>, zakładka „Zakon” i dalej, „Dokumenty Zakonu” (dostęp 28.06.2015).

conscientious objection. Dictionary.com. *Dictionary.com Unabridged*. Random House, Inc. [http://dictionary.reference.com/browse/conscientious objection](http://dictionary.reference.com/browse/conscientious_objection) (dostęp 26.06.2015).

Conscientious objection, factsheet, materiały Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dostęp ze strony <http://echr.coe.int>, czerwiec 2014).

Omówienie sprawy *Bayatyan przeciwko Armenii* przez M.A.Nowickiego (dostęp ze strony <http://hfhr.pl>, sierpień 2015).

Michał Pindel
Uniwersytet Wrocławski

Glosa do wyroku Sądu z dnia 16 grudnia 2013 r.
w sprawie *Animal Trading Company i inni*
*przeciwko Komisji Europejskiej*¹

Gloss to the judgment of the Court
on *Animal Trading Company v European Commission*

Streszczenie

Głosowany wyrok, po pierwsze, utrwala stałą linię orzeczniczą dotyczącą odpowiedzialności Unii Europejskiej za akty uznaniowe, a po drugie, pokazuje relacje po między ważnymi zasadami działania Unii Europejskiej: zasadą ostrożności, zasadą należytej staranności i zasadą proporcjonalności. W omawianej sprawie Sąd słusznie zastosował przesłanki odpowiedzialności Unii w przypadku posiadania przez Komisję Europejską szerokiej władzy uznaniowej, jaką w danym przypadku nadawała jej zasada ostrożności. Kompetencje te są tak bardzo szerokie, iż niemal każde działanie Unii zostanie uznane za zgodne z zasadą proporcjonalności, o ile zostanie odpowiednio uzasadnione, a unijne instytucje dochowają wszelkich gwarancji proceduralnych. Większość bowiem działań Komisji Europejskiej uznana została za zgodne z zasadą proporcjonalności. Za oczywiście nieproporcjonalne uznane zostały przez Sąd tylko te działania, które jednocześnie uchybiały zasadzie należytej staranności.

Słowa kluczowe

Odpowiedzialność pozaumowna, oczywiste i poważne naruszenie granic zakresu uznania, zasada ostrożności, obowiązek staranności, proporcjonalność.

Abstract

This judgment of the European Court of Justice is important for at least two reasons. Firstly, it strengthens the EU's established line of case-law jurisprudence, regarding qualified breach of law in a form of obvious and grave infringement of the bounds of its discretion. The judgment distinctly indicates the bounds of discretion in a form of due diligence and proportionality; it also clearly shows when they are exceeded. Secondly, this judgment seems to be a precedent regarding the scope of application of the precautionary principle and thus for the protection of the human health and life. In its judgment, the Court pointed out that the precautionary principle can not be used freely, though the Court grants the UE institutions a very wide range of power.

¹ Wyrok Sądu w sprawie T-333/10 *Animal Trading Company i inni przeciwko Komisji*, dotychczas niepublikowany w zbiorze. „Sąd” jest obok Trybunału Sprawiedliwości oraz Sądu ds. Służby Publicznej jednym z organów Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej i rozstrzyga większość spraw w pierwszej instancji.

Keywords

Non-contractual liability, manifest and serious disregard of the limits on discretion, precautionary principle, duty of diligence, proportionality.

1. Okoliczności powstania sporu

W ramach Wspólnej Polityki Rolnej Rada Wspólnot Europejskich w 1991 r. przyjęła dyrektywę 91/496/EWG ustanawiającą zasady regulujące organizację kontroli weterynaryjnych zwierząt wprowadzanych na rynek Wspólnoty z państw trzecich². Na mocy art. 18 ust. 1 tejże dyrektywy w przypadku rozprzestrzeniania się na obszarze państwa trzeciego choroby odzwierzęcej lub innej choroby mogącej stanowić realne zagrożenie dla życia zwierząt lub zdrowia ludzkiego Komisja Europejska może powziąć dwa zdecydowane kroki przeciwko rozprzestrzenianiu się takiej choroby. Po pierwsze, Komisja może wstrzymać przywóz ptactwa z całego obszaru lub części obszaru państwa trzeciego, którego to dotyczy, i gdy uzna to za właściwe, państwa trzeciego będącego krajem tranzytowym. Po drugie zaś, możliwe jest ustanowienie specjalnych warunków dotyczących zwierząt pochodzących z części obszaru lub całości obszaru takiego państwa trzeciego.

Z powodu rozprzestrzeniania się na świecie tak zwanej ptasiej grypy Komisja zdecydowała się na wprowadzenie kwarantanny dla ptaków przywożonych z zagrożonych terenów. W następstwie wykrycia w październiku 2005 roku wśród ptaków przywiezionych z Tajwanu i Surinamu wirusa H5N1 Komisja przyjęła decyzję, która zawieszała przywóz do Unii żywych ptaków innych niż drób³. Uzasadniała ona takie zawieszenie przede wszystkim faktem, że ptasia grypa jest zakaźną chorobą wirusową drobiu i ptaków o wysokiej śmiertelności, która może szybko osiągnąć rozmiary epidemii i stanowić poważne zagrożenie dla zdrowia zwierząt i zdrowia publicznego oraz znacznie obniżyć opłacalność hodowli drobiu. Zdaniem Komisji istniało niebezpieczeństwo wprowadzenia czynnika chorobotwórczego poprzez międzynarodowy handel żywymi ptakami innymi niż drób. Ponadto, ponieważ H5N1 została wykryta u przywiezionych ptaków poddanych kwarantannie w Zjednoczonym Królestwie, Komisja uznała, że właściwe wydaje się wstrzymanie przywozu ptaków z określonych obszarów zagrożonych. Za takie obszary uznano aż 167 państw, będących członkami Światowej Organizacji Zdrowia Zwierząt. Wśród państw były także takie, w których nigdy, jak do tej pory, wirus ptasiej grypy nie występował.

² Dyrektywa Rady 91/496/EWG ustanawiająca zasady regulujące organizację kontroli weterynaryjnych zwierząt wprowadzanych na rynek Wspólnoty z państw trzecich (Dz.Urz. UE L 268, z dnia 24.09.1991 r., s. 56).

³ Decyzja Komisji WE 760/2005 dotycząca niektórych środków ochronnych odnoszących się do H5N1 w określonych państwach trzecich w zakresie przywozu ptaków żyjących w niewoli (Dz.U. L 285, z dnia 17.10.2005 r., s. 60).

Decyzja zakazująca przywozu ptactwa innego niż drób była wielokrotnie przez Komisję Europejską przedłużana, a następnie zastąpiona stosownym rozporządzeniem.

2. Przebieg postępowania i żądania stron

Skarżący – spółka *Animal Trading Company* wraz z innymi podmiotami – pismem złożonym w sekretariacie Sądu w dniu 17 sierpnia 2010 r. złożyli skargę odszkodowawczą za szkody, jakich mieli doświadczyć poprzez bezprawne – ich zdaniem – działania Komisji Europejskiej. Ponieważ wcześniej żaden z unijnych organów sądowniczych nie wypowiedział się o legalności decyzji zakazującej przywozu ptaków, wszystkich decyzji o przedłużeniu oraz rozporządzenia zastępującego te akty prawne, skarżący w pierwszej kolejności wnieśli w swojej skardze o uznanie tych aktów za nieważne, a potem o zasądzenie odszkodowania.

Swoją skargę skarżący motywowali kilkoma różnymi argumentami. Po pierwsze, brakiem kompetencji Komisji Europejskiej do wydania decyzji o zakazie przywozu ptaków oraz wszelkich decyzji o przedłużeniu tego zakazu. Twierdzili oni bowiem, że na podstawie art. 18 ust 1 dyrektywy 91/496 Komisji nie przysługuje szeroki zakres swobodnego uznania. Taka decyzja według skarżących mogła zostać podjęta tylko w szczególnie poważnej sytuacji zagrożenia dla zdrowia i życia ludzkiego, co według nich nie nastąpiło. Dodatkowo zaś według *Animal Trading Company* Komisja Europejska mogła zastosować tylko jeden z wariantów wymienionych w art. 18 ust. 1 rzeczonyj dyrektywy, tzn. albo wprowadzić szczególne warunki sprowadzania ptaków, albo zakazać ich importu. Komisja natomiast użyła obu tych środków prawnych.

Po drugie zaś skarżący twierdzili, że Komisja Europejska, wydając swoje wszystkie decyzje, popełniła szereg błędów proceduralnych, uchybiając tym samym zasadzie dobrej administracji i zasadzie należytej staranności. W szczególności Komisja Europejska nie posiadała wystarczających danych naukowych o epidemii/pandemii ptasiej grypy, a ponadto źle określiła tereny, na których wirus H5N1 występował.

Po trzecie, Komisja Europejska według skarżących naruszyć miała zasadę proporcjonalności poprzez zamknięcie wszystkich granic i zakazanie przywozu ptaków ze 167 państw, w sytuacji gdy inne metody walki z wirusem ptasiej grypy, takie jak między innymi system kwarantanny, działały prawidłowo. Ponadto skarżący uważali, że zakaz przywozu dzikiego ptactwa w klatkach jest nieproporcjonalny z tego względu, iż największe zagrożenie rozprzestrzenianiem się ptasiej grypy niósł za sobą import drobiu, który zakazany nie został.

Komisja Europejska w replice domagała się oddalenia skargi jako bezzasadnej. Po pierwsze twierdziła, że przepisy regulujące ochronę zdrowia i życia ludzkiego przyznają

jej szeroki zakres uznania administracyjnego co do wprowadzenia zakazów i restrykcji. Nie można też, zdaniem Komisji, twierdzić, że skarżone decyzje dotknięte zostały poważnymi wadami proceduralnymi. W szczególności nie można argumentować, że naruszona została zasada należytej staranności, ponieważ przed wydaniem decyzji Komisja Europejska prosiła o opinie naukowców.

Jeśli chodzi o zasadę proporcjonalności, to niezgodne z nią mogą być tylko te działania, które są ewidentnie nieodpowiednie do założonego celu. Natomiast ochrona zdrowia i życia ludzkiego pozwalała Komisji Europejskiej na użycie tak drastycznych środków w postaci między innymi zamknięcia granic i zakazu importu ptactwa ze wszystkich państw należących do Światowej Organizacji Zdrowia Zwierząt.

3. Wyrok Sądu

W swoim wyroku z dnia 16 grudnia 2013 roku Sąd przychylił się do większości argumentacji Animal Trading Company, uznając, że Komisja Europejska przekroczyła zakres swojego swobodnego uznania poprzez naruszenie zasady należytej staranności i w pewnym stopniu zasady proporcjonalności. Sąd zobowiązał Komisję do wypłacenia skarżącym odszkodowania. Nie wskazał jego kwoty, zobowiązał jednak strony postępowania do zawarcia ugody w tej kwestii.

Przede wszystkim Sąd wskazał na szeroki zakres swobody uznania, jaka przyznana jest unijnym instytucjom w ramach polityki ochrony zdrowia, przypominając jednak, iż nie jest to władza absolutna. W unijnym porządku prawnym istnieją bowiem pewne zasady, których celem jest ograniczenie swobody uznania, jaka przysługuje unijnym organom. Tymi zasadami są między innymi zasada proporcjonalności i zasada należytej staranności.

Zdaniem Sądu Komisja Europejska przekroczyła zasadę należytej staranności z dwóch powodów. Po pierwsze, na podstawie zasady należytej staranności na Komisji spoczywał obowiązek uzasadnienia, że na terenach, z których zakazano importu ptactwa, istnieje wirus ptasiej grypy albo kraje te były krajami tranzytowymi. Komisja Europejska takiego uzasadnienia nie przedstawiła. Po drugie zaś, zasada należytej staranności wymaga od Komisji wszelkich badań naukowych, potwierdzających poważne ryzyko zagrożenia dla zdrowia i życia ludzi. Komisja natomiast w chwili wydawania decyzji o zakazie przywozu ptaków posiadała tylko jedną opinię naukową i to w dodatku o niepełnym charakterze. Naukowcy bowiem nie potrafili jeszcze określić zarówno sposobów rozprzestrzeniania się choroby, jak i terenów, na których w owym czasie mogłaby ona występować.

Jeśli chodzi o kwestię naruszenia zasady proporcjonalności, Sąd wskazał, że zakaz zamknięcia granic dla wszystkich 167 państw był ewidentnie nieproporcjonalny, przynajmniej z geograficznego punktu widzenia. Poprzez fakt, iż Komisja naruszyła zasadę

należytej staranności, nie mogła *de facto* wykazać, że tak restrykcyjny środek jest konieczny. Natomiast Sąd nie uznał za nieproporcjonalny zakazu importu ptactwa dzikiego, w sytuacji gdy Komisja zezwoliła na import drobiu w klatkach, który według skarżących był główną przyczyną rozprzestrzeniania się ptasiej grypy.

4. Komentarz

4.1. Kwestia swobody uznania Komisji Europejskiej

Głosowany wyrok nie tylko utrwała obecną linię orzecniczą, dotyczącą odpowiedzialności Unii Europejskiej za akty uznaniowe, ale także wskazuje, jak szerokie kompetencje dyskrecjonalne posiadają unijne instytucje w polityce ochrony zdrowia i życia ludzkiego. Jednocześnie wyrok ten przypomina, iż nawet tak szeroka władza nie może być władzą absolutną i podlega pewnym, przewidzianym w prawie ograniczeniom.

Obecnie – począwszy od wyroku Trybunału Sprawiedliwości (dalej Trybunał, ETS) w sprawie *Bergaderm*⁴ – w orzecznictwie panuje podział na odpowiedzialność za akty uznaniowe i akty, w których unijne instytucje nie posiadały szerokiej władzy dyskrecjonalnej⁵. W pierwszej sytuacji należy wykazać, iż unijne instytucje przekroczyły swoje kompetencje prawodawcze w sposób poważny i oczywisty⁶. Natomiast w sytuacji gdy nie posiadają one szerokiej władzy uznaniowej, to teoretycznie sama bezprawność powinna wystarczyć do zasądzenia odszkodowania⁷.

Biorąc pod uwagę powyższe stwierdzenia, punktem wyjścia rozważań o odpowiedzialności odszkodowawczej Unii musi być zawsze kwestia swobody uznania organu wydającego szkodliwy akt⁸. Od tego bowiem zależy zastosowanie zwykłej bądź kwalifikowanej bezprawności. Ocena, czy unijnym instytucjom w danym przypadku przysługiwało szerokie uznanie administracyjne, każdorazowo należy do Trybunału i nie jest to ocena łatwa. ETS bierze pod uwagę zarówno charakter danej dziedziny, z której skarżony akt prawny się wywodzi, jak i szczegółowy zakres przepisu kompetencyjnego. Jeżeli jest on wystarczająco jasny i precyzyjny, by nałożyć konkretne, łatwo dające się

⁴ Wyroki Trybunału z dnia 4 lipca 2000 r. w sprawie C-352/98 P *Bergaderm i Goupil przeciwko Komisji*, ECR [2000], s. I-5291.

⁵ N. Półtorak, *Komentarz do art. 288*, [w:] A. Wróbel (red.), *Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską*, t. 2, Warszawa 2010, s. 879.

⁶ R. Mańko, *Glosa do wyroku Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 12 lipca 2005 w sprawie C-198/03 P Komisja v. CEVA Sante Animale S.A i Pfizer*, „Przegląd Prawa Europejskiego” 2006, nr 1/2, s. 115.

⁷ J. Łacny, *Kwalifikowane naruszenie prawa wspólnotowego przez Wspólnotę Europejską i państwa członkowskie jako przesłanka pozaumownej odpowiedzialności odszkodowawczej*, [w:] W. Czaplinski (red.), *Prawo w XXI wieku. Księga pamiątkowa 50-lecia Instytutu Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk*, Warszawa 2006, s. 157.

⁸ Ch. Hilson, *The Role of Discretion in EC Law on Non-contractual Liability*, „Common Market Law Review” 2005, vol. 42, s. 681.

zinterpretować obowiązki na instytucję, instytucja taka pomimo szerokiej władzy uznaniowej w teźże polityce nie będzie posiadać swobodnego uznania w tym jednym konkretnym przypadku.

Gorzej jednak, gdy zarówno dziedzina, jak i przepis kompetencyjny nie są wystarczająco szczegółowe, jasne i precyzyjne. Dzieje się tak dość często, ponieważ obszarów działania Unii Europejskiej, w których pozostawiono jej organom duże pole swobody, jest wiele. Wystarczy wspomnieć tylko o polityce konkurencji, gdzie Komisja Europejska posiada szerokie uprawnienia śledcze, cechujące się zasadniczo dużym zakresem swobodnego uznania⁹, politykę transportową¹⁰ czy wspólną politykę rolną¹¹.

W przypadkach takich, gdzie podstawa prawna do wydania aktu prawnego zawiera zwroty niedookreślone, jej charakter interpretować należy w świetle zasad regulujących daną unijną politykę¹² i w świetle celu, jaki akt prawny ma zamiar osiągnąć. Każde bowiem działanie Unii interpretowane winno być przez pryzmat jej celów zapisanych w art. 3 Traktatu o Unii Europejskiej¹³. Niezwykle szeroki zakres władzy dyskrecjonalnej unijnym organom nadaje zapisana w art. 191 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej¹⁴ zasada ostrożności, nakazująca instytucjom podjąć stosowne działania w celu zapobieżenia pewnemu potencjalnemu ryzyku dla zdrowia publicznego, bezpieczeństwa i środowiska, dając pierwszeństwo wymaganiom związanym z ochroną tych interesów przed interesami o charakterze gospodarczym¹⁵. Wymóg efektywnej ochrony zdrowia ludzkiego jest tak ważny, że w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości zasada ostrożności urosła do rangi ogólnej zasady prawa unijnego¹⁶. Podobnie było także i w komentowanym wyroku.

Wydaje się, że Sąd postąpił słusznie, orzekając, iż na podstawie zasady ostrożności Komisji Europejskiej przysługuje szeroki zakres uznania co do zastosowania środków zapobiegawczych w celu zahamowania rozwoju pandemii ptasiej grypy. W literaturze i orzecznictwie panuje pogląd, iż zasada ostrożności, będąca ogólną zasadą prawa unijnego¹⁷, pozostawia unijnym instytucjom szeroki zakres uznania w kwestii podjęcia

⁹ T. Korbutowicz, *Polityka konkurencji*, [w:] A. Cieśliński (red.), *Wspólnotowe prawo gospodarcze*, tom 2, s. 463.

¹⁰ *Ibidem*,

¹¹ R. Mańko, *Skarga odszkodowawcza przeciwko wspólnocie*, [w:] A. Łazowski (red.), *Prawo instytucjonalne i gospodarcze Unii Europejskiej*, Warszawa 2005, s. 653.

¹² Wyrok Sądu w sprawie T-333/10 *Animal Trading Company i inni przeciwko Komisji*, dotychczas niepublikowany, pkt 77.

¹³ Traktat o Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE. C 83/2010, dnia 30.03.2010 r., s. 13).

¹⁴ Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE C 83/2010, z dnia 30.03.2010 r., s. 48).

¹⁵ Wyrok Sądu w sprawie T-333/10 *Animal Trading Company i inni przeciwko Komisji*, pkt 79.

¹⁶ E. Iwanek-Chachaj, *Zasada prewencji i przezorności w prawie ochrony środowiska*, „*Studia Iuridica Lublinensia*” 2008, t. 11, s. 140.

¹⁷ K. Lew-Gliniecka, *Zasada przezorności i zasada prewencji w unijnym prawie ochrony środowiska. Analiza przypadku na tle uwag ogólnych*, *Studia Gdańskie. Wizje i rzeczywistość*, t. VIII, s. 211.

wszelkich działań w zakresie ochrony zdrowia i życia ludzkiego. Wskazać należy tutaj przede wszystkim orzecznictwo TSUE, wedle którego „jeżeli występuje niepewność naukowa dotycząca istnienia lub zakresu zagrożenia zdrowia ludzi, zasada ostrożności pozwala instytucjom na podjęcie działań ochronnych, bez oczekiwania, aż realność i waga tych zagrożeń zostaną w pełni udowodnione¹⁸ lub aż urzeczywistnią się niekorzystne skutki dla zdrowia”¹⁹.

W danym przypadku konkretną podstawą prawną do wydania zakazu importu productu stał się wspomniany art. 18 ust. 1 dyrektywy, pozwalający na podjęcie działań prewencyjnych w przypadku rozpowszechniania się choroby odzwierzęcej. Jest on konkretnym przejawem realizacji zasady ostrożności w praktyce. Nawet gdyby zakwestionować to, co napisano powyżej o zasadzie ostrożności, to już same zwroty pojawiające się w jego treści („Komisja może, jeśli uzna za stosowne”) wskazują na kompetencje dyskrecjonalne KE.

4.2. Naruszenie zasady należytej staranności

W sytuacji gdy unijne organy posiadają szeroki zakres swobodnego uznania, podstawową sprawą staje się przestrzeganie wszelkich reguł proceduralnych. Wśród tych gwarancji znajduje się obowiązek starannego i bezstronnego zbadania przez właściwą instytucję wszystkich istotnych okoliczności danego przypadku oraz obowiązek uzasadnienia w wystarczający sposób swojej decyzji²⁰. Zarówno w literaturze²¹, jak i w orzecznictwie²² gwarancje te potocznie nazwane zostały zasadą należytej staranności. Przestrzeganie tej zasady jest bardzo istotne, gdyż kontrola decyzji uznaniowych przez Sąd jest ograniczona tylko do sytuacji wykrycia oczywistego błędu²³. Sąd w takich przypadkach nie bada ani celowości aktu, ani przesłanki gospodarności i tym podobnych przesłanek. Dlatego też obowiązkiem Sądu orzekającego w sprawach odszkodowawczych

¹⁸ Wyrok Sądu z dnia 9 września 2011 r. w sprawie T-475/07 *Dow AgroSciences i in. przeciwko Komisji*, ECR [2011], s. II-5937, pkt 144 i przytoczone tam orzecznictwo.

¹⁹ Wyrok Sądu w sprawie *Pfizer Animal Health przeciwko Radzie*, pkt 139, 141; wyrok Sądu z dnia 11 września 2002 r. w sprawie T-70/99 *Alpharma przeciwko Radzie*, ECR [2002], s. II-3495, pkt 152, 154.

²⁰ Wyrok Trybunału z dnia 6 listopada 2008 r. w sprawie C-405/07 P *Komisja przeciwko Niderlandom*, ECR [2008], s. I-8301, pkt 56, odwołujący się w szczególności do wyroku Trybunału z dnia 21 listopada 1991 r. w sprawie C-269/90 *Technische Universität München*, ECR [1991], s. I-5469, pkt 14; wyrok Sądu w sprawie *Dow AgroSciences i in. przeciwko Komisji*, pkt 154.

²¹ I. Kawecka, *Zasada dobrej administracji w prawie wspólnotowym*, [w:] C. Mik (red.), *Zasady ogólne prawa wspólnotowego*, Toruń 2007, s. 202.

²² Wyrok Trybunału z dnia 22 czerwca 2011 r. w sprawie C-346/09 *Denkavit Nederland i in.*, ECR [2011], s. I-5517, pkt 51 i przytoczone tam orzecznictwo.

²³ P. Machnikowski, *Naruszenie prawa jako przesłanka odpowiedzialności deliktowej Unii Europejskiej*, [w:] J. Mazurkiewicz (red.), *Księga dla naszych kolegów: prace prawnicze poświęcone pamięci doktora Andrzeja Ciska, doktora Zygmunta Masternaka i doktora Marka Zagrosika*, Wrocław 2013, s. 307.

w pierwszej instancji jest sprawdzenie, czy instytucja wydająca akt uznaniowy zachowała wszelkie gwarancje proceduralne²⁴.

W głosowanym wyroku Sąd, wskazując na naruszenie zasady należytej staranności, podkreślił przede wszystkim, po pierwsze, brak odpowiedniego uzasadnienia swoich decyzji zakazujących przywozu ptaków, jak i decyzji o przedłużeniu oraz, po drugie, brak jakichkolwiek naukowych dowodów na występowanie wirusa ptasiej grypy na wszystkich obszarach, z których zakazano przywozu ptactwa.

W tym miejscu wskazać należy, iż Sąd stanął przed wcale niełatwym zadaniem określenia wzajemnych relacji pomiędzy zasadą należytej staranności a zasadą ostrożności. Wcześniej przed wydaniem wyroku w tej sprawie relacje te były niejasne. Zdaniem Sądu powoływanie się przez Komisję Europejską na zasadę ostrożności oraz na względy pilności nie zwalnia jej z obowiązku rzetelnego zbadania sprawy w postaci zebrania odpowiednich dowodów naukowych oraz uzasadnienia decyzji. Należy zgodzić się z taką argumentacją Sądu. Po pierwsze: w żadnej decyzji Komisja w uzasadnieniu nie wskazuje na pilny charakter zakazu przywozu ptaków z państw trzecich. Po drugie zaś: w orzecznictwie już wcześniej panował pogląd, iż zasada ostrożności nie może być uzasadnieniem dla przyjęcia środków arbitralnych²⁵.

Nawet gdyby przyjąć stanowisko Komisji Europejskiej, że zasada ostrożności i pilny charakter sprawy pozwalają na wydanie decyzji bez odpowiednich badań naukowych, działanie takie mogłoby być ewentualnie odpowiednie tylko wobec państw, w których wirus ptasiej grypy odnotowano, lub wobec krajów tranzytowych. Przypomnieć należy, że wirus ptasiej grypy wykryty został u ptactwa sprowadzonego z Surinamu i Tajwanu, a więc z Ameryki Południowej i południowo-wschodniej Azji. Natomiast Komisja Europejska, obawiając się o zdrowie i życie zwierząt i ludzi, postanowiła zakazać przywozu ptaków także z Afryki, Ameryki Północnej oraz Australii i Oceanii, pomimo że nie potrafiła logicznie tego uzasadnić. Działanie to było wprost nieproporcjonalne do zamierzonego celu oraz arbitralne.

4.3. Naruszenie zasady proporcjonalności

Zasada proporcjonalności wymaga, aby akty instytucji Unii nie wykraczały poza to, co jest odpowiednie i konieczne do realizacji słusznych celów, którym mają służyć, przy czym oczywiście tam, gdzie istnieje możliwość wyboru spośród większej ilości odpowiednich środków, należy stosować te najmniej dotkliwe, a wynikające z tego niedogodności nie mogą być nadmierne w stosunku do zamierzonych celów²⁶. Doktryna podkreśla przy

²⁴ K. Lenaerts, I. Maselis, K. Gutman, *UE procedural law*, Oxford 2014, s. 503.

²⁵ Wyrok Trybunału z dnia 22 grudnia 2010 r. w sprawie C-77/09 *Gowan Comércio Internacional e Serviços*, ECR [2011], s. I-13533, pkt 71.

²⁶ Wyrok TS w sprawie C-343/09 *Afton Chemical*, ECR [2010] s. I-7027, pkt 45.

tym, że w sytuacjach, w których Trybunał bada proporcjonalność środka unijnego, ogranicza się tylko do sprawdzenia, czy instytucje unijne nie przyjęły aktu prawnego, który jest „oczywiście niewłaściwy” lub „wyraźnie nieodpowiedni”²⁷. W literaturze przedmiotu wskazuje się, iż bezsprzecznie podstawową funkcją zasady proporcjonalności jest ograniczenie zakresu swobodnego uznania przyznanego instytucjom unijnym w procesie stanowienia prawa²⁸. Ścisły związek pomiędzy zasadą proporcjonalności a kompetencjami dyskrecyjnymi podkreśla także najnowsze orzecznictwo²⁹. W wielu wyrokach Trybunał Sprawiedliwości podkreśla, że w celu stwierdzenia wystarczająco istotnego naruszenia zasady proporcjonalności należy zbadać, czy prawodawca Unii naruszył w sposób oczywisty i poważny granice przysługującego mu zakresu swobodnego uznania³⁰.

W glosowanym wyroku skarżący zarzucali Komisji Europejskiej naruszenie zasady proporcjonalności w dwojaki sposób. Po pierwsze zakazano przywozu ptactwa z niemal wszystkich państw trzecich, a nie tylko z krajów, gdzie wykryto wirus ptasiej grypy, i ewentualnie krajów tranzytowych. Po drugie zaś, Komisja zabroniła importu wszelkiego ptactwa dzikiego, podczas gdy według skarżących tylko migrujące ptaki dzikie są nośnikami zarazy. Dodatkowo zakaz importu ptactwa dzikiego jest bezcelowy, ponieważ najbardziej niebezpieczny jest przywóz ptactwa hodowlanego, który nie został zakazany.

Sąd w swoim wyroku tylko w pierwszym przypadku poparł twierdzenia skarżących, orzekając o przekroczeniu zasady proporcjonalności. Drugi zarzut jednak został przez skład orzekający odrzucony jako bezzasadny.

W pierwszym przypadku nie było to jednak samoistne naruszenie zasady proporcjonalności, a tylko pośrednie: *implicite* wynikające z naruszenia zasad ostrożności i należytej staranności. Skoro bowiem Komisja Europejska naruszyła granice swobodnego uznania poprzez naruszenie tychże zasad, to automatycznie musiała także naruszyć w oczywisty sposób zasadę proporcjonalności. Wynika to – jak już wskazano powyżej – z nierozrwalnego charakteru zasady proporcjonalności z uprawnieniami dyskrecyjnymi instytucji unijnych³¹. Badając, czy unijne instytucje naruszyły zasadę proporcjonalności, zbadać na-

²⁷ A. Frąckowiak-Adamska, *Zasada proporcjonalności jako gwarancja swobód rynku wewnętrznego Wspólnoty Europejskiej*, Warszawa 2009, s. 91.

²⁸ *Ibidem* oraz J. Maliszewska-Nienartowicz, *Proporcjonalność jako zasada wyznaczająca granice działania Wspólnot Europejskich*, „Prawo i Społeczeństwo” 2005, s. 105.

²⁹ Wyrok TS w sprawie C-189/01 *Jippes i in.*, ECR [2001], s. I-5689, pkt 82; zob. podobnie i analogicznie wyrok Sądu w sprawie T- 77/09 *Gowan Comércio Internacional e Serviços*, ECR [2010], s. I-13533, pkt 82 i przytoczone tam orzecznictwo.

³⁰ Wyroki Trybunału: z dnia 4 lipca 2000 r. w sprawie C-352/98 P *Bergaderm i Goupil przeciwko Komisji*, ECR [2000], s. I-5291, pkt 42–44, z dnia 10 grudnia 2002 r. w sprawie C-312/00 P *Komisja przeciwko Camar i Tico*, ECR [2001], s. I-11355, pkt 54; wyrok Sądu z dnia 12 lipca 2001 r. w sprawach połączonych T-198/95, T-171/96, T-230/97, T-174/98 i T-225/99 *Comafrica i Dole Fresh Fruit Europe przeciwko Komisji*, ECR [2001], s. II-1975, pkt 134;

³¹ J. Maliszewska-Nienartowicz, *Proporcjonalność...*, s. 105.

leży przekroczenie przez nie swojego swobodnego uznania i *vice versa* – dla oceny, czy przekroczono swobodę uznania, należy zbadać naruszenie zasady proporcjonalności³².

W przypadku drugim Sąd odrzucił argumentację skarżących, ponieważ nie wykazali oni, iż środek przyjęty przez Komisję Europejską jest ewidentnie nieodpowiedni do zamierzonego celu. Przypomnieć należy bowiem, że Trybunał bardzo restrykcyjnie podchodzi do badania naruszenia zasady proporcjonalności przez unijne instytucje i stwierdza nieważność tylko tych aktów, które naruszają tę zasadę w sposób oczywisty i poważny³³. Nie każde naruszenie zasady proporcjonalności kwalifikować będzie się do derogacji aktu prawnego czy zasądzenia odszkodowania. Co się natomiast tyczy kontroli zasady proporcjonalności względem swobodnego uznania przyznanego unijnym instytucjom, to nie wystarczy wykazać, że dany środek nie był jedyny i najlepszy³⁴. Trzeba wskazać właśnie, iż był on ewidentnie nieodpowiedni, czyli całkowicie nie nadawał się do realizacji założonego w nim celu. Stwierdzić zatem należy, iż zakaz przywozu wszelkich ptaków dzikich przyczyniał się do ochrony zdrowia.

5. Podsumowanie

Głosowany wyrok, po pierwsze, utrwala stałą linię orzecniczą dotyczącą odpowiedzialności Unii Europejskiej za akty uznaniowe, a po drugie, pokazuje relacje pomiędzy ważnymi zasadami działania Unii Europejskiej: zasadą ostrożności, zasadą należytej staranności i zasadą proporcjonalności.

W omawianej sprawie Sąd słusznie zastosował przesłanki odpowiedzialności Unii w przypadku posiadania przez Komisję Europejską szerokiej władzy uznaniowej, jaką w danym przypadku nadawała jej zasada ostrożności. Kompetencje te są tak bardzo szerokie, iż niemal każde działanie Unii zostanie uznane za zgodne z zasadą proporcjonalności, o ile zostanie odpowiednio uzasadnione, a unijne instytucje dochowają wszelkich gwarancji proceduralnych. Większość bowiem działań Komisji Europejskiej uznana została za zgodne z zasadą proporcjonalności. Za oczywiście nieproporcjonalne uznane zostały przez Sąd tylko te działania, które jednocześnie uchybiały zasadzie należytej staranności.

³² M. Pindel, *Ciężkie i oczywiste przekroczenie granic swobodnego uznania przez instytucje unijne jako przesłanka odpowiedzialności odszkodowawczej UE*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2015, nr 100, s. 429.

³³ A. Frąckowiak-Adamska, *op. cit.*, s. 87.

³⁴ J. Maliszewska-Nienartowicz, *Zasada proporcjonalności w prawie Wspólnot Europejskich*, Toruń 2007, s. 38.

Bibliografia

- Frąckowiak-Adamska Agnieszka, *Zasada proporcjonalności jako gwarancja swobód rynku wewnętrznego Wspólnoty Europejskiej*, Warszawa 2009.
- Hilson Chris, *The Role of Discretion in EC Law on Non-contractual Liability*, „Common Market Law Review” 2005, vol. 42.
- Iwanek-Chachaj E., *Zasada prewencji i przezorności w prawie ochrony środowiska*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2008, t. 11.
- Kawecka Inga., *Zasada dobrej administracji w prawie wspólnotowym*, [w:] Cezary. Mik (red.), *Zasady ogólne prawa wspólnotowego*, Toruń 2007.
- Korbutowicz Teresa., *Polityka konkurencji*, [w:] Aleksander. Cieśliński (red.), *Wspólnotowe prawo gospodarcze*, tom 2.
- Lenaerts Koen, Maselis Ignace, Gutman Kathleen, *UE procedural law*, Oxford 2014.
- Lew-Gliniecka K., *Zasada przezorności i zasada prewencji w unijnym prawie ochrony środowiska. Analiza przypadku na tle uwag ogólnych*, Studia Gdańskie. Wizje i rzeczywistość, t. VIII.
- Łacny Justyna., *Kwalifikowane naruszenie prawa wspólnotowego przez Wspólnotę Europejską i państwa członkowskie jako przesłanka pozaumownej odpowiedzialności odszkodowawczej*, [w:] Władysław Czapliński (red.), *Prawo w XXI wieku. Księga pamiątkowa 50-lecia Instytutu Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk*, Warszawa 2006.
- Machnikowski Piotr, *Naruszenie prawa jako przesłanka odpowiedzialności deliktowej Unii Europejskiej*, [w:] Jacek Mazurkiewicz (red.), *Księga dla naszych kolegów: prace prawnicze poświęcone pamięci doktora Andrzeja Ciska, doktora Zygmunta Masternaka i doktora Marka Zagrosika*, Wrocław 2013.
- Maliszewska-Nienartowicz Justyna, *Proporcjonalność jako zasada wyznaczająca granice działania Wspólnot Europejskich*, „Prawo i Społeczeństwo” 2005.
- Maliszewska-Nienartowicz Justyna, *Zasada proporcjonalności w prawie Wspólnot Europejskich*, Toruń 2007.
- Mańko Rafał, *Glosa do wyroku Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 12 lipca 2005 w sprawie C-198/03 P Komisja v. CEVA Sante Animale S.A i Pfizer*, „Przegląd Prawa Europejskiego” 2006, nr 1/2.
- Mańko Rafał, *Skarga odszkodowawcza przeciwko wspólnotcie*, [w:] Adam Łazowski (red.), *Prawo instytucjonalne i gospodarcze Unii Europejskiej*, Warszawa 2005.
- Pindel Michał, *Ciężkie i oczywiste przekroczenie granic swobodnego uznania przez instytucje unijne jako przesłanka odpowiedzialności odszkodowawczej UE*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2015, nr 100.
- Półtorak Nina, *Komentarz do art. 288*, [w:] Andrzej Wróbel (red.), *Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską*, t. 2 Warszawa 2010.

**Prawo publiczne:
zagadnienia prawa
administracyjnego i karnego**

Jakub Artemiuk
aplikant adwokacki
Izba Adwokacka we Wrocławiu

Geneza pojęcia zabytku archeologicznego w prawie polskim

The origin of the notion of the archaeological
monument in Polish law

Streszczenie

Niniejszy artykuł ma na celu przedstawienie genezy pojęcia zabytku archeologicznego w prawie polskim. W pracy skupiono się przede wszystkim na przytoczeniu i porównaniu definicji, które pojawiały się na przestrzeni lat w różnych aktach prawnych regulujących zagadnienie ochrony dziedzictwa archeologicznego w Polsce i obejmowały swym zakresem zabytki archeologiczne. Pod uwagę wzięte zostały polskie akty prawne wydane od roku 1918 do dziś, jak również Europejska konwencja o ochronie dziedzictwa archeologicznego (poprawiona), stanowiąca przykład umowy międzynarodowej zawierającej definicję legalną zabytku archeologicznego, która jest bezpośrednio stosowana w Polsce. Artykuł stanowi próbę ukazania, jak zabytki archeologiczne były opisywane w polskim prawie oraz jak koncepcja prawna zabytku archeologicznego ewoluowała od początkowej kazuistycznej, opisowej terminologii do współczesnej syntetycznej i dość precyzyjnej definicji zabytku archeologicznego.

Słowa kluczowe

Zabytek archeologiczny, prawo i archeologia, historia prawa, ochrona zabytków, definicja zabytku archeologicznego.

Abstract

This article aims to give an insight into the genesis of the notion of the archaeological monument in Polish law. The study focuses primarily on quoting and comparing the definitions that have appeared over the years in various legal acts regulating the issue of protection of archaeological heritage in Poland and included in its scope archaeological monuments. It takes into consideration Polish laws enacted since 1918 until the present day as well as the European Convention on the Protection of the Archaeological Heritage (Revised), which is an example of an international agreement that contains a legal definition of the archaeological monument and is directly applicable in Poland. This paper aims to show how the archaeological monuments have been described in Polish law and how the legal concept of the archaeological monument has evolved from the first casuistic, descriptive terminology to the contemporary synthetic and quite precise definition of the archaeological monument.

Keywords

Archaeological monument, law & archaeology, history of law, protection of monuments, definition of the archaeological monument.

Dwie osobliwości są w krainie polskiej cudowne, zadziwiające [...]. Jedna, że na polach wsi Nochowa w pobliżu miasta Śremu w diecezji poznańskiej, a także we wsi Kozielsko w pobliżu miasteczka Łekna w powiecie pałuckim rodzą się w łonie ziemi garnki, same z siebie, wyłącznie sztuką przyrody, bez jakiegokolwiek dopomagania ludzkiego, wszelkiego rodzaju i różnych kształtów, do tych podobne, których używają ludzie, delikatne wprawdzie i miękkie, gdy tkwią jeszcze w rodzinnym swym gruncie w ziemi, przecie gdy się je wyjmuje [stają się] szczerne i stwardniałe na słońcu i wietrze¹

1. Wstęp

Pojęcie zabytku archeologicznego funkcjonuje obecnie zarówno w języku prawnym (definicja legalna zabytku archeologicznego znajduje się w ustawie z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami²), jak i w samej nauce archeologii (gdzie do dzisiaj jest żywo dyskutowane i budzi liczne spory wśród grona archeologów), jednakże w obecnym kształcie pojawiło się ono na gruncie prawa polskiego stosunkowo niedawno. Zdaniem Autora celowe jest przyjrzenie się historii ochrony dziedzictwa archeologicznego w Polsce właśnie z perspektywy formowania się i ewolucji kluczowego dla tej materii pojęcia zabytku archeologicznego. Tematyka archeologiczna budzi w społeczeństwie coraz większe zainteresowanie, jednakże związana z nią kwestia ochrony dziedzictwa archeologicznego, a zwłaszcza kształtowanie się jej ram prawnych na ziemiach polskich, jest zagadnieniem znanym jedynie wąskiemu gronu specjalistów z zakresu konserwacji zabytków, archeologii oraz prawa, zatem prześledzenie genezy pojęcia „zabytku archeologicznego” i terminów do niego zbliżonych w ujęciu historyczno-prawnym jest jak najbardziej uzasadnione.

2. Początki prawnej ochrony dziedzictwa archeologicznego w Polsce

Początki idei zachowania i upowszechnia wśród społeczeństwa zabytków i dóbr kultury w Polsce można wiązać z testamentem króla Zygmunta II Augusta z 1571 r., w którym przekazywał on swoją kolekcję tkanin „ku pospolitej potrzebie”³. Pierwsze impulsy w kwestii zorganizowanych działań na rzecz stworzenia muzealnictwa oraz kolekcjonowania i przechowywania zabytków pojawiły się razem z dotarciem na ziemię

¹ J. Długosz, *Roczniki czyli kroniki sławnego Królestwa Polskiego. Księga pierwsza. Księga druga. Do 1038*, Warszawa 2009, s. 177–178.

² T.j.: Dz. U. z 2014 r., poz. 1446 ze zm., dalej jako u.o.z.o.z.

³ J. Pruszyński, *Ochrona zabytków w Polsce. Geneza. Organizacja. Prawo*, Warszawa 1989, s. 50.

polskie prądów Oświecenia, nie zostały one jednak wcielone w życie z uwagi na upadek I Rzeczypospolitej i realizowany przez zaborców program wynarodowienia Polaków⁴.

Ze względu na ww. uwarunkowania historyczne pierwsze rodzime regulacje prawne dotyczące ochrony zabytków pojawiły się dopiero pod koniec I wojny światowej, wraz z odrodzeniem się państwowości polskiej po okresie zaborów. W społeczeństwie polskim świadomość konieczności ochrony i opieki nad zabytkami rozpowszechniała się już w XIX wieku, jednakże przed 1918 r. nie nadawano jej ram instytucjonalnych ani prawnych, co miało swoje źródło zarówno w celowej polityce zaborców, nakierowanej na systematyczną degradację i likwidację śladów polskiej kultury, jak i w fakcie, że żadne z trzech państw zaborczych nie posiadało specjalnego ustawodawstwa, poświęconego ochronie dóbr kultury i sztuki⁵.

Pierwszym aktem prawnym odradzającego się państwa polskiego bezpośrednio dotyczącym wskazanej materii był dekret Rady Regencyjnej z dnia 31 października 1918 r. o opiece nad zabytkami sztuki i kultury⁶. Artykuł 1 dekretu stanowił, że „wszelkie zabytki kultury i sztuki, znajdujące się w granicach Państwa Polskiego, wpisane do inwentarza zabytków sztuki i kultury, podlegają opiece prawa”. W art. 11 rozszerzono natomiast ochronę prawną na pozostałe, niewpisane do inwentarza zabytki: „wszelkie nieruchome i ruchome dzieła, świadczące o sztuce i kulturze epok ubiegłych, istniejące nie mniej, niż lat 50, korzystają z opieki prawa, zanim wpisane zostaną do inwentarza zabytków sztuki i kultury. Korzystają z niej także wszystkie wykopaliska i znaleziska, które z natury rzeczy nie mogą być uprzednio inwentaryzowane”.

W tym akcie prawnym próżno szukać pojęcia „zabytek archeologiczny” wskazanego *expressis verbis*. Jednakże już w art. 11 dekretu pojawiło się sformułowanie „wykopaliska i znaleziska”, które na podstawie powszechnego znaczenia, jakie przypisuje się tym terminom w potocznej polszczyźnie, identyfikować można ze współczesnym sformułowaniem „zabytek archeologiczny”. Dekret Rady Regencyjnej z dnia 31 października 1918 r. o opiece nad zabytkami sztuki i kultury zawierał w sobie swoistą kategoryzację zabytków. Mianowicie, zabytki sztuki i kultury podzielono na 3 rodzaje:

- a) zabytki nieruchome;
- b) zabytki ruchome;
- c) wykopaliska i znaleziska.

W dekrecie nie zawarto syntetycznych definicji dla poszczególnych kategorii zabytków, ustawodawca ograniczył się jedynie do wyliczenia przedmiotów, które mogły

⁴ *Ibidem*, s. 51–54. Szerzej na temat genezy ochrony zabytków w Polsce, a także sytuacji organizacyjno-prawnej ochrony zabytków pod zaborami zob. *ibidem*, s. 50–71.

⁵ J. Żywicki, *Jerzy Siennicki – pierwszy konserwator zabytków w Lublinie (1919–1930)*, „Lubelszczyzna” 1996, nr 1, s. 38.

⁶ Dz. U. z 1918 r. Nr 16, poz. 36 ze zm.

zostać zaliczone do każdej z grup zabytków sztuki i kultury, katalogi te zaś miały charakter przykładowy. W tym miejscu należy je przytoczyć w całości, celem ustalenia, czy współczesny termin „zabytek archeologiczny”, funkcjonujący w polskim ustawodawstwie, odpowiada jedynie kategorii „wykopaliska i znaleziska”, czy też zabytki archeologiczne mogą zostać zaliczone do więcej niż jednej z grup zabytków, którymi posługiwał się dekret.

I tak, na podstawie art. 12 dekretu: „za zabytki nieruchome w myśl ustawy niniejszej uznane być mogą:

- a) jaskinie, grodziska, (t. zw. szwedzkie góry i okopy), kurhany, mogiły, usypiska, cmentarzyska, ślady osad nawodnych, głązy ze stopami, misami, krzyżami, podkowami, baby kamienne i t. p.;
- b) budowle zarówno murowane, jak drewniane wraz z przynależnym im otoczeniem (ogrodem, placem), a choćby dochowane w późniejszej budowie części dawne (prezbiterja, kaplice, wieże, bramy, portale, kolumny, drzwi, kominki i t. p.); dzieła sztuk plastycznych z architekturą budynku związane (malowidła ścienne, rzeźby, sztukaterje i t. p.);
- c) luźno stojące pomniki, nagrobki, kapliczki, figury, krzyże, kolumny, słupy graniczne i t. p.;
- d) ruiny budowli, pomników i posągów;
- e) grupy budowli, wybitne pod względem estetycznym i znamienne bądź dla całych miast, osad, wsi, bądź dla ich dzielnic;
- f) na gruncie dochowane do dziś rozplanowania starych miast i dzielnic staromiejskich wraz z dawnymi, historycznymi nazwami ulic i placów;
- g) ogrody ozdobne oraz aleje stare cmentarne i przydrożne; drzewa sędziwe i okazałe, otaczające zamczyska, kościoły, kapliczki, figury, cmentarze i t. p.”

Można zatem zauważyć, że kategoria zabytków nieruchomych zawiera wyraźne odniesienia do obiektów, które dzisiaj uznawane są za przedmiot dziedzictwa archeologicznego. Zaliczyć do nich należy przede wszystkim „jaskinie, grodziska, (t. zw. szwedzkie góry i okopy), kurhany, mogiły, usypiska, cmentarzyska, ślady osad nawodnych, głązy ze stopami, misami, krzyżami, podkowami, baby kamienne i t. p.” oraz „ruiny budowli, pomników i posągów”.

Natomiast zgodnie z brzmieniem art. 18 dekretu: „za zabytki ruchome w myśl ustawy niniejszej uznane być mogą:

- a) przedmioty związane bezpośrednio z przeznaczeniem budynku (ołtarze, ambo-ny, chrzcielnice, stalle, pomniki, nagrobki, trumny w grobach kościelnych wraz z ukrytymi w nich dziełami pracy ręcznej, epitafja, tablice, vota, szaty i naczynia obrzędowe, dzwony i t. p.) oraz kolekcje przedmiotów, przechowywanych w muze-

ach, w skarbcach i składach świątyń, w zgromadzeniach cechowych, po magistratach i t. p.;

- b) dzieła sztuk plastycznych: obrazy, rzeźby, ryciny;
- c) dzieła sztuk zdobniczych i kunsztów cechowych: zbroje, oręż, rzędy, pojazdy, chorągwie, sztandary, arrasy, dywany, makaty, pasy, kilimy, hafty, koronki, ubiory, meble, sprzęty, naczynia, zegary, świeczniki, wyroby złotnicze, emalje, szkło, ceramika, kraty, okucia, zamki, godła, znaki i t. p.;
- d) monety, medale, pieczęcie, tłoki mennicze;
- e) druki, archiwalja, rękopisy zwykłe i ozdobne, oprawy ksiąg;
- f) ludowe sprzęty domowe i wyroby przemysłu ludowego”.

W tej kategorii zabytków związek z dziedzictwem archeologicznym jest już mniej oczywisty, tym niemniej zauważyć wypada, że archeolodzy w trakcie swoich badań natrafiają na sporą część wyżej wymienionych przedmiotów (lub ich pozostałości). Dotyczyć to może w szczególności wyposażenia grobowego, naczyń liturgicznych, rzeźb, elementów uzbrojenia i oręża oraz monet.

Wreszcie, omówić należy ostatnią z kategorii zabytków znanych dekretem, wyróżnioną ze względu na sposób ich pozyskania, a więc najbliższą potocznemu rozumieniu zabytku archeologicznego, tj. „wykopaliska i znaleziska”. Wykopaliska i badania powierzchniowe to podstawowe metody badawcze stosowane w archeologii po dzień dzisiejszy. Na mocy art. 23 dekretu: „za zabytki tej kategorii są uważane:

- a) wykopaliska, świadczące o dawnej kulturze (groby, pola urn i urny, narzędzia kamienne, wyroby kruszcowe i szklane, tkaniny, ceramika, monety, broń i t. p.);
- b) znaleziska przypadkowe na powierzchni ziemi lub na dnie zbiorników wody, mające cechy dawnej kultury, z rodzaju wyżej wymienionych, oraz takie, jak skarby i archiwalja, ukryte w murach, puszkach, skrytkach i t. p.”

Widać wyraźnie, że wskazane w powyższej definicji „wykopalisk i znalezisk” przedmioty mieściły się jednocześnie w definicji zabytku ruchomego. Pomimo braku wskazania wyraźnej cezurę czasowej definicja legalna wykopalisk i znalezisk z omawianego dekretu odwoływała się wprost do przymiotu „dawności” i, jak była o tym mowa wcześniej, wyróżniała te zabytki z uwagi na metodę ich pozyskania. Natomiast nieruchome zabytki archeologiczne umieszczono w bardzo szerokiej definicji zabytków nieruchomych art. 12 dekretu⁷. Zaobserwować można swoisty dualizm w ujmowaniu pojęcia zabytku archeologicznego, albowiem jedynie archeologiczne dziedzictwo ruchome zostało wyraźnie wyodrębnione spośród pozostałych zabytków ruchomych. Jak słusznie zauważył M. Trzciniński: „analizując zatem przepisy dekretu, stwierdzić wypada, iż w dokumencie tym nie występuje pojęcie zabytku archeologicznego. Ustawodawca

⁷ Zob. K. Zeidler, M. Trzciniński, *Wykład prawa dla archeologów*, Warszawa 2009, s. 13.

rozwiązał kwestię ochrony dziedzictwa archeologicznego, posługując się z jednej strony terminami «wykopaliska» i «znaleziska» i wiążąc je z zabytkami ruchomymi, z drugiej zaś wprowadził w kategorii zabytków nieruchomych przykłady zabytków, które dzisiaj niewątpliwie można określić jako nieruchome zabytki archeologiczne⁸.

Kolejnym aktem normatywnym, który swoim zakresem obejmował ochronę dziedzictwa archeologicznego, było rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 6 marca 1928 r. o opiece nad zabytkami⁹, które w znacznym stopniu powieliło zawarte w dekrete Rady Regencyjnej z 1918 r. przepisy odnoszące się do wykopalisk i znalezisk¹⁰. W art. 1 przedmiotowego rozporządzenia postanowiono, iż: „zabytkiem w rozumieniu niniejszego rozporządzenia jest każdy przedmiot tak nieruchomy, jak ruchomy, charakterystyczny dla pewnej epoki, posiadający wartość artystyczną, kulturalną, historyczną, archeologiczną lub paleontologiczną stwierdzoną orzeczeniem władzy państwowej, i zasługujący wskutek tego na zachowanie”. Za istotne *novum* uznać należy wprowadzenie przez ten przepis do definicji zabytku wyraźnego kryterium wartości archeologicznej¹¹.

Uzupełnienie definicji legalnej zabytku zamieszczonej w art. 1 rozporządzenia znalazło się w art. 2, który zawierał wyliczenie przedmiotów, które powinny zostać uznane za zabytki (w formie katalogu otwartego). Na mocy wzmiankowanego przepisu: „za zabytki mogą być w szczególności uznane:

- 1) jaskinie i grotty wraz z przedprożami; grodziska (horodyszczka, „zamczyska”, piłkarnie, t. zw. szwedzkie góry, okopy, szańce i wały); ślady osad lądowych i nawodnych; cmentarzyska szkieletowe i ciałopalne, „pola urnowe” oraz poszczególne groby, kurhany, mogiły, kopce; kopalnie przedhistoryczne (krzemienia, soli, bursztynu, miedzi, żelaza i barwików mineralnych); piece garncarskie i piece do wytapiania metali; kręgi kamienne i kamienie ustawiane; figury kamienne przedhistoryczne (t. zw. baby kamienne i posągi bóstw) i głazy obrabiane (żarna, głazy ze znakami, ze stopami, misami, krzyżami, podkowami, dołkami i t. p.);
- 2) budowle zarówno murowane, jak drewniane, wraz z wszelkimi szczegółami architektury i dekoracji ściennej oraz z otoczeniem (ogrodem, placem), a także dochowane w późniejszej budowie części dawne (prezbiterja, kaplice, wieże, bramy, portale, kolumny, drzwi, kominki i t. p.);
- 3) luźno stojące pomniki, nagrobki, kapliczki, figury, krzyże, kolumny, słupy graniczne i t.p.;
- 4) ruiny budowli, pomników i posągów;

⁸ M. Trzeciński, *Wokół definicji zabytku archeologicznego*, „Ochrona Zabytków” 2007, nr 4, s. 111.

⁹ Dz. U. z 1928 r. Nr 29, poz. 265 ze zm.

¹⁰ M. Trzeciński, *op. cit.*, s. 112.

¹¹ *Ibidem*.

- 5) grupy budowli, wybitne pod względem estetycznym i znamienne bądź dla całych osad, miast, wsi, bądź dla ich dzielnic;
- 6) na gruncie dochowane rozplanowania starych miast i dzielnic staromiejskich;
- 7) ogrody ozdobne, parki zabytkowe oraz otoczenie zabytkowych budowli i ich zespołów.
- 8) przedmioty, związane bezpośrednio z przeznaczeniem budynku (ołtarze, ambony, chrzcielnice, stalle, pomniki, nagrobki w grobach kościelnych wraz z ukrytymi w nich dziełami pracy ręcznej, epitafia, tablice, vota, szaty i naczynia obrzędowe, dzwony i t. p.);
- 9) dzieła sztuk plastycznych: obrazy, rzeźby, ryciny;
- 10) dzieła sztuk zdobniczych i kunsztów cechowych, zbroje, oręż, rzędy, pojazdy, chorągwie, sztandary, arrasy, dywany, makaty, pasy, kilimy, hafty, koronki, ubiory, meble, sprzęty, naczynia, zegary, świeczniki, wyroby złotnicze, emalje, szkło, ceramiki, kraty, okucia, zamki, godła, znaki i t. p.;
- 11) monety, medale, pieczęcie, tłoki mennicze;
- 12) druki, archiwalja, rękopisy zwykłe i ozdobne, autografy, oprawy ksiąg;
- 13) ludowe sprzęty domowe i wyroby przemysłu ludowego;
- 14) wykopaliska i znaleziska przedhistoryczne i archeologiczne;
- 15) wykopaliska i znaleziska paleontologiczne;
- 16) kolekcje przedmiotów, przechowywanych w muzeach, bibliotekach, w skarbcach i składach świątyn, zgromadzeniach cechowych, urzędach samorządowych, chociażby poszczególne przedmioty kolekcji same przez się nie miały wartości artystyczno-historycznej”.

Porównując cytowane rozporządzenie z poprzedzającym je dekretem Rady Regencyjnej, można zaobserwować, że w rozporządzeniu na poziomie definiowania zabytku zrezygnowano z wyraźnego podziału na kategorie zabytków ruchomych, nieruchomych oraz wykopalisk i znalezisk. Artykuł 2 rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z 6 marca 1928 r. zawierał katalog zabytków bez różnicowania ich na poszczególne kategorie, co niejako zmniejszyło jego czytelność. Taka konstrukcja definicji legalnej zabytku oraz w konsekwencji objęcie jednakową ochroną prawną niezwykle zróżnicowanych grup zabytków było wielokrotnie krytykowane, albowiem nie powinno się łączyć ze sobą odległych od siebie form dziedzictwa kulturowego¹².

Jeśli zaś chodzi o sam termin „zabytek archeologiczny”, to w dalszym ciągu nie pojawia się on w tekście wprost, omawiane bowiem rozporządzenie recypuje w dużym stopniu sformułowania zawarte w dekrete z 1918 r., które zostają uszczegółowione

¹² M. Trzeciński, *op. cit.*, s. 112.

bądź rozszerzone. I tak, do dziedzictwa archeologicznego odnoszą się przede wszystkim następujące kategorie zabytków wymienione w art. 2 rozporządzenia:

- a) „jaskinie i grotty wraz z przedprożami; grodziska (horodyszczca, «zamczyska», piłkalnie, t. zw. szwedzkie góry, okopy, szańce i wały); ślady osad lądowych i nawodnych; cmentarzyska szkieletowe i ciałopalne, «pola urnowe» oraz poszczególne groby, kurhany, mogiły, kopce; kopalnie przedhistoryczne (krzemienia, soli, bursztynu, miedzi, żelaza i barwików mineralnych); piece garncarskie i piece do wytapiania metali; kręgi kamienne i kamienie ustawiane; figury kamienne przedhistoryczne (t. zw. baby kamienne i posągi bóstw) i głazy obrabiane (żarna, głazy ze znakami, ze stopami, misami, krzyżami, podkowami, dołkami i t. p.)”,
- b) „ruiny budowli, pomników i posągów”,
- c) „wykopaliska i znaleziska przedhistoryczne i archeologiczne”.

Wskazane wyżej grupy zabytków archeologicznych zawierają zarówno zabytki ruchome, jak i nieruchome, bez ich różnicowania. Można zaryzykować stwierdzenie, że pomimo godnego aprobaty wprowadzenia kryterium wartości archeologicznej do definicji zabytku (co pozwala na łatwiejsze odróżnienie zabytków archeologicznych od pozostałych), to bogatsze i bardziej szczegółowe niż w dekrete Rady Regencyjnej wyliczenie różnych form zabytków, przy jednoczesnej rezygnacji z ich kategoryzacji, zmniejszyło czytelność rozporządzenia i zaowocowało bardziej kazuistyczną definicją.

3. „Obiekt archeologiczny” w ustawie z dnia 15 lutego 1962 r. o ochronie dóbr kultury

Pierwszym powojennym aktem prawnym rangi ustawowej regulującym na nowo dziedzinę ochrony dziedzictwa kulturowego, w tym dziedzictwa archeologicznego, była ustawa z dnia 15 lutego 1962 r. o ochronie dóbr kultury¹³. Przez długi czas po zakończeniu II wojny światowej (podczas której dokonywano zniszczeń, dewastacji i grabieży zabytków na niespotykaną dotąd skalę) w dalszym ciągu obowiązywały przepisy rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 6 marca 1928 r. o opiece nad zabytkami. W pierwszych latach powojennych ochrona zabytków, a zwłaszcza dziedzictwa archeologicznego, nie znajdowała się w centrum zainteresowań aparatu administracyjnego państwa polskiego. Koncentrowano się na odbudowie kraju ze zniszczeń wojennych, poświęcając środki na rekonstrukcję historycznych centrów największych miast kraju

¹³ T.j.: Dz. U. z 1999 r. Nr 98, poz. 1150 ze zm.

(przede wszystkim Warszawy), a prace nad nową ustawą przeciągały się, pomimo opracowania kilku projektów aktów normatywnych¹⁴.

Ustawa z dnia 15 lutego 1962 r. o ochronie dóbr kultury wprowadziła do języka prawnego pojęcie „dobra kultury”, które w zamyśle twórców ustawy miało posiadać szersze znaczenie od dotychczas używanego terminu „zabytek”, a tym samym zapewnić większy zakres ochrony prawnej¹⁵. Ustawodawca nie zrezygnował jednak z użycia powszechnie stosowanego w nauce i zakorzenionego w świadomości społecznej sformułowania „zabytek”, w art. 4 stanowiąc, że dobra kultury zwane będą w ustawie właśnie „zabytkami”. Wzorem swoich poprzedników również ustawa z 1962 r. zawierała enumeratywny katalog obiektów, podlegających ochronie prawnej jako obiekty zabytkowe. Artykuł 5 omawianej ustawy stanowił, że: „pod względem rzeczowym przedmiotem ochrony mogą być w szczególności:

- 1) dzieła budownictwa, urbanistyki i architektury, niezależnie od ich stanu zachowania, jak historyczne założenia urbanistyczne miast i osiedli, parki i ogrody dekoracyjne, cmentarze, budowle i ich wnętrza wraz z otoczeniem oraz zespoły budowlane o wartości architektonicznej, a także budowle mające znaczenie dla historii budownictwa;
- 2) obiekty etnograficzne, jak typowe układy zabudowy osiedli wiejskich i budowle wiejskie szczególnie charakterystyczne oraz wszelkie urządzenia, narzędzia i przedmioty będące świadectwem gospodarki, twórczości artystycznej, pojęć, obyczajów i innych dziedzin kultury ludowej;
- 3) dzieła sztuk plastycznych – rzeźby, malarstwa, dekoracji, grafiki i iluminatorstwa, rzemiosł artystycznych, broni, strojów, numizmatyki i sfragistyki;
- 4) pamiątki historyczne, jak militaria ruchome, pola bitew, miejsca upamiętnione walkami o niepodległość i sprawiedliwość społeczną, obozy zagłady oraz inne tereny, budowle i przedmioty związane z ważnymi wydarzeniami historycznymi lub z działalnością instytucji i wybitnych osobistości historycznych;
- 5) obiekty archeologiczne i paleontologiczne, jak ślady terenowe pierwotnego osadnictwa i działalności człowieka, jaskinie, kopalnie pradziejowe, grodziska, cmentarzyska, kurhany oraz wszelkie wytwory dawnych kultur;
- 6) obiekty techniki i kultury materialnej, jak stare kopalnie, huty, warsztaty, budowle, konstrukcje, urządzenia, środki transportu, maszyny, narzędzia, instrumenty naukowe i wyroby szczególnie charakterystyczne dla dawnych i nowo-

¹⁴ Zob. szerzej: J. Pruszyński, *op. cit.*, s. 181 i n.

¹⁵ Na temat uzasadnienia i sporów wokół definicji „dobra kultury” zob. J. Pruszyński, *op. cit.*, s. 216–218.

- czesnych form gospodarki, techniki i nauki, gdy są unikatami lub wiążą się z ważnymi etapami postępu technicznego;
- 7) rzadkie okazy przyrody żywej lub martwej, jeżeli nie podlegają przepisom o ochronie przyrody;
 - 8) materiały biblioteczne, jak rękopisy, autografy, iluminacje, starodruki, pierwodruki, druki-unikaty i inne cymelia, mapy, plany, nuty, ryciny, inne zapisy obrazu lub dźwięku, instrumentaria, oprawy;
 - 9) kolekcje i zbiory, posiadające wartość artystyczną lub historyczną jako całość, niezależnie od rodzaju i wartości poszczególnych składników, jeżeli nie wchodzi w skład narodowego zasobu archiwalnego;
 - 10) pracownie i warsztaty wybitnych twórców i działaczy, jak również dokumenty i przedmioty związane z ich życiem i działalnością;
 - 11) inne przedmioty nieruchome i ruchome, zasługujące na trwałe zachowanie ze względu na ich wartość naukową, artystyczną lub kulturalną;
 - 12) krajobraz kulturowy w formie ustanawianych stref ochrony konserwatorskiej, rezerwatów i parków kulturowych”.

Z kolei w art. 24 ust. 1 ustawy posłużono się zwrotem „wykopaliska i znaleziska archeologiczne”. Po raz kolejny rzuca się w oczy brak ogólnej definicji zabytku bądź dziedzictwa archeologicznego. Odnosił się do niego art. 5 ust. 5 ustawy, wymieniający „obiekty archeologiczne i paleontologiczne, jak ślady terenowe pierwotnego osadnictwa i działalności człowieka, jaskinie, kopalnie prądziejowe, grodziska, cmentarzyska, kurhany oraz wszelkie wytwory dawnych kultur”. Był to zapis mniej kazuistyczny niż analogiczne wyliczenie zawarte w art. 2 ust. 1 rozporządzenia z 1928 r. Na gruncie niniejszej ustawy pojawił się także nowy termin: „obiekt archeologiczny”, jednakże jak celnie zauważa M. Trzeciński: „termin ten, dookreślony enumeratywnie podanymi przykładami, jest wciąż mało konkretny, tym bardziej że wymienione przykłady odnoszą się do obiektów zarówno archeologicznych, jak i paleontologicznych”¹⁶.

4. Definicja zabytku archeologicznego w prawie polskim – obowiązujący stan prawny

Obecnie podstawowym aktem normatywnym regulującym sferę ochrony dziedzictwa kulturowego w Polsce, w tym ochronę zabytków archeologicznych, jest ustawa z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami. Ten akt prawny zawiera zarówno definicję zabytku w ogólności, jak i obowiązującą definicję legalną zabytku archeologicznego. W tym miejscu należy podkreślić, że niniejsza ustawa jest

¹⁶ M. Trzeciński, *op. cit.*, s. 112.

pierwszym polskim aktem normatywnym, który wprost posługuje się pojęciem zabytku archeologicznego i wyraźnie je definiuje¹⁷. W toku wcześniejszych rozważań wykazano, że poprzednie regulacje prawne posługiwały się bądź terminem „wykopaliska i znalezi-ska”, bądź „obiekt archeologiczny”, a także w sposób enumeratywny wskazywały niektóre rodzaje zabytków archeologicznych. Należy zgodzić się z M. Trzcíńskim, który zauważył, iż w aktualnie obowiązującej ustawie pojęcie zabytku archeologicznego ma charakter swoistej, kwalifikowanej kategorii zabytku¹⁸. Z definicją zabytku archeologicznego nierozzerwalnie związane jest ustawowe określenie zabytku w ogólności.

Na mocy art. 3 pkt 1 u.o.z.o.z. zabytek oznacza „nieruchomość lub rzecz ruchomą, ich części lub zespoły, będące dziełem człowieka lub związane z jego działalnością i stanowiące świadectwo minionej epoki bądź zdarzenia, których zachowanie leży w interesie społecznym ze względu na posiadaną wartość historyczną, artystyczną lub naukową”. Z kolei art. 3 pkt 4 precyzuje, że zabytek archeologiczny to „zabytek nieruchomy, będący powierzchnią, podziemną lub podwodną pozostałością egzystencji i działalności człowieka, złożoną z nawarstwień kulturowych i znajdujących się w nich wytworów bądź ich śladów albo zabytek ruchomy, będący tym wytworem”. W doktrynie wskazuje się, że polski ustawodawca w cytowanej definicji nie zastosował terminów bądź wyraźnych cezur czasowych podkreślających dawność dziedzictwa archeologicznego, a użyte kryteria definicyjne są w zasadzie ahistoryczne¹⁹.

Artykuł 6 ust. 1 pkt 3 u.o.z.o.z. zawiera natomiast przykładowe wyliczenie zabytków archeologicznych. Jest ono podobne w treści do znanych z wcześniejszych aktów prawnych katalogów zabytków uznawanych powszechnie za archeologiczne i niejako uzupełnia syntetyczną definicję zabytku archeologicznego z art. 3 pkt 4 u.o.z.o.z. Obecny katalog ustawowy zawiera zabytki archeologiczne podlegające ochronie i opiece bez względu na stan zachowania. Są to w szczególności:

- a) pozostałości terenowe pradziejowego i historycznego osadnictwa,
- b) cmentarzyska,
- c) kurhany,
- d) relikty działalności gospodarczej, religijnej i artystycznej.

Podobnie jak poprzednie wyliczenia, również powyższe wyodrębniło zabytki archeologiczne spośród innych kategorii zabytków wyłącznie na podstawie kryterium poprawnego, odwołując się do nauki i przedmiotu badań archeologii²⁰.

¹⁷ *Ibidem*, s. 111–112.

¹⁸ *Ibidem*, s. 112.

¹⁹ K. Zeidler (red.), *Leksykon prawa ochrony zabytków*, Warszawa 2010, s. 432.

²⁰ M. Cherka (red.), *Ustawa o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 39. Zob. też: M. Dreła, *Własność zabytków*, Warszawa 2006, s. 88.

Rację miał K. Zeidler, gdy wskazywał, że przedstawiona wyżej definicja legalna zabytku jako takiego jest zbieżna z powszechnym, językowym rozumieniem tego pojęcia, przy czym została w znacznym stopniu uszczegółowiona²¹. Wątpliwości może natomiast budzić to, czy poza gronem pasjonatów i osób zawodowo zajmujących się archeologią potoczne wyobrażenie zabytku archeologicznego koresponduje z jego definicją ustawową. Jednakże sama zasadność ustawowego określenia, co jest, a co nie jest zabytkiem archeologicznym, nie powinna ulegać wątpliwości, zwłaszcza biorąc pod uwagę obowiązki, jakie prawo nakłada na znalazcę zabytku archeologicznego bądź też inwestora, który chce dokonać inwestycji budowlanej na terenie, na którym stwierdzono istnienie stanowiska archeologicznego. Pewien problem stanowi brak konsekwencji polskiego ustawodawcy, który w przeszłości posługiwał się pojęciami odmiennymi od używanego obecnie sformułowania „zabytek archeologiczny” – np. „wykopaliska i znaleziska” czy też „obiekty archeologiczne i paleontologiczne”. Skutkować to może pewnym chaosem terminologicznym, utrudniającym przeciętnemu odbiorcy zrozumienie istoty tego, czym są zabytki archeologiczne. Jednakże można przyjąć, że obecnie obowiązująca ustawa stanowi próbę uporządkowania dotychczasowego stanu rzeczy. Zdaniem Autora słuszne jest oparcie definicji na pojęciu zabytku (a nie np. obiektu), gdyż jego znaczenie jest ugruntowane w języku polskim i wprost wskazuje na przedmioty posiadające pewien walor historyczny (w przeciwieństwie do używanego w poprzedniej ustawie, neutralnego i ogólnego terminu „obiekt”). Również przedwojenne regulacje, z uwagi na ich nadmierną opisowość i archaiczny język, jak również ogromne postępy w samej nauce archeologii (rozszerzenie ram czasowych przedmiotu badań archeologii aż po współczesność) nie spełniałyby dłużej skutecznie swojej roli.

W dalszej kolejności pamiętać należy, że na mocy art. 9 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.²² Rzeczpospolita Polska przestrzega wiążącego ją prawa międzynarodowego, a zgodnie z art. 91 ust. 1 Konstytucji ratyfikowane umowy międzynarodowe, po ich ogłoszeniu w Dzienniku Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej, stanowią część krajowego porządku prawnego. Zatem w polskim porządku prawnym obowiązują również definicje dotyczące zabytku archeologicznego i terminów pokrewnych zawarte w ratyfikowanych przez Polskę umowach międzynarodowych.

Aktem prawa międzynarodowego, który wprost odnosi się do będącego przedmiotem niniejszych rozważań pojęcia zabytku archeologicznego, jest bez wątpienia Europejska konwencja o ochronie dziedzictwa archeologicznego z dnia 16 stycznia 1992 r.²³ Na mocy art. 1 ust. 2 przedmiotowej konwencji uznano za przedmiot dziedzictwa arche-

²¹ K. Zeidler, *Prawo ochrony dziedzictwa kultury*, Warszawa 2007, s. 49.

²² Dz. U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483 ze zm.

²³ Europejska konwencja o ochronie dziedzictwa archeologicznego (poprawiona) sporządzona w La Valletta dnia 16 stycznia 1992 r. (Dz.U. z 1996 r., Nr 120, poz. 564) – zwana konwencją maltańską.

ologicznego: „wszelkie pozostałości, obiekty i jakiegokolwiek inne ślady ludzkości z minionych epok:

- i) których zachowanie i analiza pomogą prześledzić historię ludzkości i jej stosunek do środowiska naturalnego;
- ii) dla których wykopaliska i odkrycia oraz inne metody badań nad dziejami ludzkości i jej środowiskiem są podstawowym źródłem informacji i
- iii) które są usytuowane w jakimkolwiek miejscu podlegającym jurysdykcji Stron”.

W art. 1 ust. 3 stwierdzono natomiast, że: „dziedzictwo archeologiczne obejmuje struktury, konstrukcje, zespoły budowlane, eksploatowane tereny, przedmioty, zabytki innego rodzaju, jak też ich otoczenie znajdujące się na ziemi lub pod wodą”.

Przedstawiona definicja „dziedzictwa archeologicznego” wydaje się mieć szerszy zakres znaczeniowy niż znane na gruncie polskiej ustawy o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami pojęcie „zabytku archeologicznego”, należy ją też uznać za mniej kazuistyczną i łatwiejszą w zrozumieniu. Obydwa przytoczone terminy nie są jednak sprzeczne, a ich zakresy znaczeniowe w znacznym stopniu pokrywają się, niekiedy uzupełniając się wzajemnie. Wobec powyższego zmiana obowiązującej obecnie definicji ustawowej zabytku archeologicznego w celu jej unifikacji z przytoczoną powyżej definicją z konwencji maltańskiej nie wydaje się być konieczna. Jednakże zarówno osoby wykonujące zawód archeologa, jak i organy stosujące prawo (wojewódzcy konserwatorzy zabytków, sądy, prokuratura, Policja i in.) powinny mieć świadomość, że definicja zabytku archeologicznego zawarta w ustawie z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami nie jest jedyną funkcjonującą w obrocie prawnym i że przy stosowaniu prawa należy się również posilkować definicjami wynikającymi z wiążącego Rzeczpospolitą Polską prawa międzynarodowego.

5. Podsumowanie

Niniejsze rozważania, polegające w znacznej mierze na przytoczeniu i analizie treści zmieniających się na przestrzeni lat przepisów regulujących kwestię ochrony zabytków, w tym również zabytków archeologicznych, pozwoliły prześledzić kierunek ewolucji prawnego rozumienia i definiowania pojęć z tego zakresu oraz genezę stosowanego współcześnie przez polskiego ustawodawcę terminu „zabytek archeologiczny”. Widać wyraźnie, że w pierwszych aktach prawnych z okresu międzywojennego ruchome zabytki archeologiczne identyfikowano z pojęciem „wykopalisk i znalezisk”, natomiast nieruchome zabytki archeologiczne wymieniane były w sposób enumeratywny pośród innych rodzajów zabytków nieruchomych. Pomimo tego, że w rozporządzeniu Prezydenta RP z 1928 r. zrezygnowano z ustanowionego w dekreście Rady Regencyjnej

z 1918 r. dość klarownego trójpodziału zabytków na ruchome, nieruchome oraz wykopaliska i znaleziska, to sposób definiowania w nich zabytków, które można współcześnie uznać za archeologiczne, jest podobny, a rozporządzenie stanowiło raczej kontynuację dekretu niż jego radykalną zmianę.

W czasach powojennych na nowoczesną ustawę regulującą kompleksowo problematykę ochrony obiektów i przedmiotów o walorach zabytkowych trzeba było czekać aż do 1962 r. Jednakże w kwestii definiowania zabytku archeologicznego ustawa z 16 lutego 1962 r. o ochronie dóbr kultury nie wprowadziła widocznej rewolucji, wyraźne było oparcie się na rozwiązaniach przedwojennych. W dalszym ciągu ustawodawca operował terminem „wykopaliska i znaleziska”, posłużył się także enumeratywnym katalogiem zabytków, wyróżniając co prawda „obiekty archeologiczne”, ale współwystępujące wraz z „obiettami paleontologicznymi”.

Prawdziwą zmianę w podejściu do ustawowego definiowania obiektów i przedmiotów podlegających prawnej ochronie ze względu na ich walory archeologiczne przyniosła dopiero ustawa z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami, która po raz pierwszy ustanowiła samodzielną, syntetyczną definicję zabytku archeologicznego. Należy uznać to za duży krok naprzód, spełniający wymagania współczesnej nauki archeologii oraz środowiska konserwatorskiego. Analizując pojęcie zabytku archeologicznego w prawie polskim, nie można tracić z oczu prawa międzynarodowego, albowiem Polska ratyfikowała poprawioną Europejską konwencję o ochronie dziedzictwa archeologicznego z 1992 r. (tzw. konwencja maltańska), która w sposób niezwykle szeroki zdefiniowała „dziedzictwo archeologiczne”. W zakresie znaczeniowym tego terminu mieści się niewątpliwie ugruntowane już w prawie polskim pojęcie zabytku archeologicznego. Oczywiście obowiązująca definicja ustawowa zabytku archeologicznego nie jest idealna i bywa przedmiotem krytyki, przede wszystkim ze strony naukowców i praktyków zajmujących się archeologią, niemniej jednak stanowi ona pewne uporządkowanie dotychczasowego dorobku polskiej legislacji w tym zakresie. Dokonaną zmianę normatywną w podejściu do definiowania zabytku archeologicznego należy ocenić generalnie pozytywnie, gdyż pod warunkiem przeprowadzenia stosownej akcji edukacyjnej wśród społeczeństwa może ona przyczynić się do zwiększenia świadomości prawnej obywateli co do konieczności ochrony dziedzictwa minionych epok w postaci zabytków archeologicznych.

Bibliografia

Literatura

- Cherka Maksymilian (red.), *Ustawa o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami. Komentarz*, Warszawa 2010.
- Długosz Jan, *Roczniki czyli kroniki sławnego Królestwa Polskiego. Księga pierwsza. Księga druga. Do 1038*, Warszawa 2009.
- Drela Monika, *Własność zabytków*, Warszawa 2006.
- Pruszyński Jan, *Ochrona zabytków w Polsce. Geneza. Organizacja. Prawo*, Warszawa 1989.
- Trzciniński Maciej, *Wokół definicji zabytku archeologicznego*, „Ochrona Zabytków” 2007, nr 4, Warszawa 2008.
- Zeidler Kamil (red.), *Leksykon prawa ochrony zabytków*, Warszawa 2010.
- Zeidler Kamil, *Prawo ochrony dziedzictwa kultury*, Warszawa 2007.
- Zeidler Kamil, Trzciniński Maciej, *Wykład prawa dla archeologów*, Warszawa 2009.
- Żywicki Jerzy, *Jerzy Siennicki – pierwszy konserwator zabytków w Lublinie (1919–1930)*, „Lubelszczyzna” 1996 nr 1.

Źródła

- Dekret Rady Regencyjnej z dnia 31 października 1918 r. o opiece nad zabytkami sztuki i kultury (Dz. U. z 1918 r. Nr 16, poz. 36 ze zm.).
- Europejska konwencja o ochronie dziedzictwa archeologicznego (poprawiona) sporządzona w La Valetta dnia 16 stycznia 1992 r. (Dz. U. z 1996 r. Nr 120, poz. 564).
- Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483 ze zm.).
- Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 6 marca 1928 r. o opiece nad zabytkami (Dz. U. z 1928 r. Nr 29, poz. 265 ze zm.).
- Ustawa z dnia 15 lutego 1962 r. o ochronie dóbr kultury (t.j.: Dz. U. z 1999 r. Nr 98, poz. 1150 ze zm.).
- Ustawa z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami (t.j.: Dz. U. z 2014 r., poz. 1446 ze zm.).

Bartosz Szymkow
Uniwersytet Wrocławski

Alokacja ryzyka w umowach o partnerstwie publiczno-prywatnym

Allocation of the risk in the public-private partnership's contracts

Streszczenie

W tym artykule starałem się przedstawić podział ryzyka pomiędzy partnerami, prywatnym i publicznym, w umowach o partnerstwie publiczno-prywatnym, jego dywersyfikację, rodzaje i nieadekwatność podziału względem partnerów. Ponadto starałem się wykazać, iż pierwsze 20 lat po transformacji ustrojowej w naszym kraju to z punktu widzenia współpracy publiczno-prywatnej czas stracony oraz że dopiero konieczność zintensyfikowania prac nad organizowanymi w Polsce w 2012 r. Mistrzostwami Europy w Piłce Nożnej EURO2012 przyczyniły się w znacznym stopniu do obecnego kształtu PPP w naszym kraju. Poza regulacjami polskimi wskazałem również sposób podziału ryzyka bazujący na ustawodawstwie unijnym jako integralnej, względnie subsydiarnej sferze regulacji krajowej.

Słowa kluczowe

Partnerstwo publiczno-prywatne, PPP, alokacja ryzyka, dywersyfikacja ryzyka, partner prywatny, partner publiczny, umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym, umowa PPP.

Abstract

This article is a brief look at the risk distribution between the partners in the contracts of public-private partnership in Poland and its unification according to the European Union law regulations. According to that I have tried to show that the first 20 years of Polish transformation was more or less wasted time for PPP sector as well as that finally EURO2012 forced in some way to prepare a proper legislation, which is now useful for public-private partnership. It also shows the relations between the private and public partners according to the different aspects of the risk, its size and weight.

Keywords

Public-private partnership, PPP, risk allocation, risk diversification, private partner, public partner, public-private partnership contract, PPP contract.

1. Uwagi wstępne

Partnerstwo publiczno-prywatne we współczesnej Europie w obecnym kształcie nie ma zbyt długiej historii. Jego rozwój przypada na lata 70. XX wieku, chociaż geneza sięga już II połowy XIX wieku. Powodowane to było niedoborami fiskalnymi w finansowaniu prac i in-

westycji publicznych. To właśnie wtedy zaczęto zmieniać politykę dotyczącą utrzymania i finansowania infrastruktury na rzecz włączania podmiotów prywatnych. U podłoża tej decyzji leżało zwiększenie efektywności zarządzania obiektami, ustanowienie kontroli nad kosztami świadczenia usług, zmniejszanie podatności na wpływy polityczne. Mimo odmiennych uwarunkowań wewnętrznych w każdym kraju zakres finansowania infrastruktury przebiega według schematu sektor publiczny – sektor prywatny¹.

W polskim systemie prawnym partnerstwo publiczno-prywatne (PPP) to zjawisko stosunkowo nowe. Już sam fakt, iż droga do jego realizacji otworzyła się dopiero po transformacji 1989 r., sprawił, że dopiero 20 lat później partnerstwo publiczno-prywatne nabrało realnej formy i w dalszym ciągu dynamicznie się rozwija. Mimo iż partnerstwo publiczno-prywatne uregulowane zostało *sensu stricto* w ustawie z 28 lipca 2005 r.², określając zasady współpracy pomiędzy partnerami publicznym i prywatnym, ustawa ta nie odegrała istotnej roli w kreowaniu nowych przedsięwzięć tego typu.

Ustawa nie przyczyniła się do upowszechnienia partnerstwa publiczno-prywatnego w Polsce i nie stała się panaceum na wolny rozwój inwestycji infrastrukturalnych, a przeciż był to jej główny cel. Podstawową jej wadą były zbyt skomplikowane procedury na etapie poprzedzającym podjęcie decyzji o realizacji przedsięwzięcia w formule PPP. Podmiot publiczny musiał wykonać wiele analiz porównawczych (ekonomiczno-finansowych, prawnych, dotyczących składników majątkowych oraz rozkładu ryzyka między stronami), których wynik miał wykazać, że PPP jest korzystniejszą metodą realizacji inwestycji niż inne tradycyjne sposoby. Przeprowadzenie przedmiotowych analiz było wysoce skomplikowane i czasochłonne³.

Krytyka oraz głosy przedstawicieli nauki o nieadekwatności wprowadzonych regulacji do praktyki życia codziennego, a co za tym idzie brak odzewu zarówno ze strony organów administracji państwowej i samorządowej, jak i inwestorów prywatnych, sprawiły, że ustawodawca dopiero w lutym 2009 r. wprowadził w życie dwie ustawy dające realną możliwość wzajemnej współpracy sektora publicznego z prywatnym: ustawę z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym⁴ oraz ustawę z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi⁵.

Niewątpliwie ogromny wpływ na przyspieszenie prac legislacyjnych, a także na kształt tych ustaw, dający szersze możliwości współpracy organów administracyjnych wszystkich

¹ B. Korbus (red.), *Partnerstwo publiczno-prywatne. Poradnik*, Warszawa 2010, s. 28.

² Ustawa z dnia 28 lipca 2005 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym, Dz. U. z 2005 r. Nr 169, poz. 1420, dalej jako u.p.p.p. z 2005 r.

³ W. Gonet, *Komentarz do ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym. Wzory umów i pism*, Warszawa 2009, s. 11.

⁴ Ustawa z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym, Dz. U. z 2009 r. Nr 19, poz. 100.

⁵ Ustawa z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi, Dz. U. z 2009 r. Nr 19, poz. 101.

szczebli z przedstawicielami sektora prywatnego (w znacznym stopniu finansującego inwestycje infrastrukturalne), miały zbliżające się wówczas Mistrzostwa Europy w Piłce Nożnej UEFA 2012. Zdano sobie sprawę, iż z powodu braku właściwej regulacji prawnej dotyczącej współpracy pomiędzy partnerami publicznym i prywatnym budżet państwa nie udźwignie ciężaru zobowiązań międzynarodowych w przedmiocie realizacji inwestycji mających zapewnić odpowiednią infrastrukturę do odbycia się Mistrzostw.

To w dużej mierze dzięki wyżej wymienionym ustawom i aktom wykonawczym do nich organy administracji państwowej i samorządowej zdołały na czas wywiązać się z ciężającej na nich realizacji inwestycji infrastrukturalnych, włączając w to np. budowę stadionów czy odpowiednich odcinków sieci autostradowej.

2. Rozwój partnerstwa publiczno-prywatnego i zasady współpracy partnerów

Już od początków rozwoju współczesnej myśli administracyjnej słowo „publiczne” utożsamiane było szeroko z określeniami: powszechne, ogólnodostępne, jawne, transparentne, przeznaczone dla dobra ogółu. Przeciwstawia się mu pojęcie „prywatne”, dzieląc tym samym sfery aktywności w danym państwie na dwie części: publiczną i prywatną⁶. Nowożytne koncepcje prawa publicznego bowiem konstruowane były na zasadzie opozycji względem prawa prywatnego. Szczególną uwagę zwraca się na to, iż treść stosunku prawnego w zakresie prawa publicznego kształtowana jest w sposób jednostronny, a jej realizacja zabezpieczona jest przymusem państwowym. Inaczej wygląda to na gruncie prawa prywatnego, gdzie podstawową formą kształtowania wzajemnych stosunków prawnych jest umowa⁷. Swoboda umów to instrument dający podmiotom prywatnym szeroko rozumianą wolność kontraktacji, doboru partnerów handlowych, określania dogodnych dla siebie warunków realizacji. W przypadku niewywiązania się ze zobowiązania stronie może grozić jedynie odpowiedzialność odszkodowawcza, wynikająca z zasad ogólnych prawa cywilnego, lub szczególna, wynikająca z zawartych w umowie kar. Brak jest tu jakiegokolwiek presji dyktowanej przymusem.

Tak rozumiana dychotomia dała podstawę do rozwoju prawa w obu sferach, a następnie stała się fundamentem do ich wzajemnej korelacji, to jest do stopniowego i częściowego przejmowania obowiązków administracji publicznej przez sektor prywatny na zasadzie wzajemnej współpracy celem realizacji dobra wspólnego. Do obowiązków każdej władzy publicznej należy zaspokajanie potrzeb społecznych, niezależnie od przyjętej koncepcji funkcjonowania państwa i stawianych celów społeczno-gospodarczych. Wraz z rozwojem

⁶ J. Jacyszyn, T. Kalinowski, *Partnerstwo publiczno-prywatne*, Warszawa 2005, s. 10.

⁷ *Ibidem*, s. 11.

społeczeństw zaczęły zwiększać się potrzeby społeczne, wraz ze wzrostem zadań przeznaczonych do realizacji przez władzę publiczną zwiększać się zaczęły deficyty budżetowe, a przez to ogół obowiązków państwa względem społeczeństwa stał się coraz trudniejszy do realizacji. Zaczęto zatem poszukiwać dodatkowych źródeł kapitału, który można by wykorzystać do realizacji przedsięwzięć leżących w kompetencji władz publicznych. Szanse takie stwarza właśnie partnerstwo publiczno-prywatne⁸.

Współpraca państwa z obywatelem w tym aspekcie dała tym samym możliwość rozwiązania dwóch problemów jednocześnie – z jednej strony pozwoliła zniwelować braki i niedogodności w infrastrukturze publicznej, z drugiej zaś pozwoliła obejść przeszkody związane z brakiem środków budżetowych. Zdaniem Krystyny Brzozowskiej implementacja partnerstwa publiczno-prywatnego powinna przynieść korzyści trzem stronom: społeczeństwu jako ostatecznemu użytkownikowi infrastruktury, podmiotom publicznym odpowiedzialnym za dostarczanie usług publicznych oraz partnerom zainteresowanym zwrotem swojego kapitału. Szczególnie ostatnie lata przyniosły w wielu krajach wzrost zainteresowania kwestiami partnerstwa na niwie inwestycji publicznych z dwóch podstawowych powodów: dużych potrzeb w zakresie inwestycji infrastrukturalnych oraz malejących nadwyżek budżetowych. Inwestycje infrastrukturalne są przedsięwzięciami kapitałochłonnymi, o długim okresie zwrotu; wymagają zatem dużych nakładów kapitałowych, często trudnych do pokrycia przy tradycyjnym finansowaniu inwestycji ze środków budżetowych⁹. Niewystarczające środki własne zmuszają zarówno administrację rządową, jak i jednostki samorządu terytorialnego do poszukiwania alternatywnych źródeł i form finansowania inwestycji rozwojowych. Możliwość finansowania przez zaciągnięcie zobowiązań jest utrudniona z uwagi chociażby na fakt obciążenia przyszłych budżetów jednostki wydatkami związanymi z obsługą długu. Dodatkowym ograniczeniem są prawne limity zadłużenia jednostek samorządu terytorialnego, które od 2014 r. mają charakter indywidualny (art. 243 ustawy o finansach publicznych z 2009 r.) i są bardziej restrykcyjne niż obowiązujące wcześniej ograniczenia¹⁰.

Przytoczone wyżej ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym i koncesji na roboty budowlane obejmują w miarę kompleksowo zasady współpracy podmiotu publicznego i partnera prywatnego w ramach partnerstwa, przy czym treścią tej współpracy jest wspólna realizacja przedsięwzięcia oparta na podziale zadań i ryzyk pomiędzy podmiotem publicznym i partnerem prywatnym.

⁸ A. Jachowicz, *Partnerstwo publiczno-prywatne narzędziem efektywnej realizacji zadań publicznych*, Warszawa 2015, s. 9.

⁹ K. Brzozowska, *Partnerstwo publiczno-prywatne w Europie, cele, uwarunkowania, efekty*, Warszawa 2010, s. 7.

¹⁰ K. Marchewka-Bartkowiak, M. Wiśniewski, *Indywidualny wskaźnik zadłużenia JST – ocena krytyczna i propozycje zmian*, „Analizy BAS” nr 21(88), Biuro Analiz Sejmowych, Warszawa 2012, s. 2.

To właśnie odpowiednie oszacowanie ryzyka (i jego poszczególnych elementów) związanego z danym przedsięwzięciem, a następnie jego odpowiedni podział między partnerów jest trzonem współpracy opartej na PPP. Poprawnej współpracy partnerów oraz właściwemu oszacowaniu kosztów realizacji przedsięwzięcia sprzyja zrozumienie celów, jakim służyć ma podział ryzyka oraz jego właściwa ocena¹¹. Ocena ryzyka, jego odpowiednia alokacja pomiędzy partnerów w ramach przedsięwzięcia to czynniki decydujące o „być albo nie być” ewentualnej inwestycji. Obok analizy finansowej i socjoekonomicznej stanowią one fundament każdego planu finansowego. Godnym podkreślenia jest fakt, iż sama kwestia ryzyka w umowach o partnerstwie publiczno-prywatnym była w dotychczasowych ustawach i aktach wykonawczych do nich tylko kwestią dorozumianą, wynikającą ze zdroworozsądkowej analizy ekonomicznej i planów finansowych. Sama ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym w żaden sposób nie definiuje, co to jest ryzyko ani jakie są jego rodzaje. Brak też w niej zapisów nakładających na strony obowiązek kalkulacji ryzyka, obliczenia jego współczynników czy rozłożenia ciężaru odpowiedzialności.

Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym z 28 lipca 2005 r. nie nakładała na podmiot publiczny formalnego obowiązku kalkulacji i analizy ryzyka związanego z inwestycją. Artykuł 11 ust. 1 stanowił jedynie, że „przed podjęciem decyzji o realizacji określonego przedsięwzięcia w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego podmiot publiczny sporządzi analizę tego przedsięwzięcia w celu określenia jego efektywności oraz zagrożeń związanych z jego realizacją w taki sposób, a w szczególności w zakresie: 1) ryzyk związanych z realizacją projektowanego przedsięwzięcia, z uwzględnieniem różnych sposobów ich podziału między podmiot publiczny i partnera prywatnego oraz wpływu na poziom długu publicznego i deficytu sektora finansów publicznych; [...]”¹². Ustawodawca tym samym wskazał, że sama analiza miała dotyczyć jedynie identyfikacji ryzyk i określenia ich optymalnej alokacji oraz ich wpływu na poziom długu publicznego oraz deficytu finansów publicznych. Z uzasadnienia do projektu tej ustawy wynika, że brak wyjaśnienia, co ustawodawca rozumie pod pojęciem „ryzyka”, ma wynikać z ramowego charakteru ustawy. Kategorie ryzyka, zasady ich podziału miały być przedmiotem każdorazowego rozstrzygnięcia stron¹³. Według wielu komentatorów cytowana ustawa była *de facto* aktem prawnym martwym, gdyż do wejścia w życie nowej ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym w 2009 r. nie zostało zrealizowane nawet jedno przedsięwzięcie w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego.

¹¹ B. Korbus, M. Strawiński, *Partnerstwo publiczno-prywatne. Nowa forma realizacji zadań publicznych*, Warszawa 2006, s. 172.

¹² Art. 11 ust. 1 pkt 1 u.p.p.p. z 2005 r.

¹³ B. Korbus, *Partnerstwo...*, s. 36.

3. Rodzaje ryzyka i jego alokacja w warunkach partnerstwa publiczno-prywatnego

Uchwalając nową ustawę z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym, ustawodawca uwzględnił szerzej aspekty współpracy i odpowiedzialności strony publicznej oraz prywatnej. Już sam fakt, iż kwestia podziału ryzyka wyartykułowana jest w art. 1 ust. 2 tej ustawy, zdaje się o tym świadczyć. Nie zmienia to kwestii, iż dopiero w tym roku zostało wydane rozporządzenie w miarę jednoznacznie regulujące rodzaj ryzyka w umowach o PPP, sposób jego oceny i alokację pomiędzy partnerów. Mowa o rozporządzeniu Ministra Gospodarki z 11 lutego 2015 r. w sprawie rodzajów ryzyka oraz czynników uwzględnianych przy ich ocenie¹⁴, które weszło w życie 18 marca 2015 r. Ponieważ i w tym akcie brak definicji ryzyka, warto przyjrzeć się jego znaczeniu. Według *Słownika języka polskiego* ryzyko to „możliwość, prawdopodobieństwo, że coś się nie uda, przedsięwzięcie, którego wynik jest nieznanym, niepewnym, problematycznym”¹⁵. W. Pluta i T. Jajuga z kolei przytaczają definicję ryzyka i niepewności „jako pojęć używanych zamiennie, które oznaczają możliwości odchylenia (dodatnich lub ujemnych) efektów uzyskanych od przeciętnych oczekiwanych”¹⁶. Obie wskazane definicje podkreślają element niepewności, który może zakłócić uzyskanie planowanych efektów. Zatem można przyjąć, że ryzyko jest to możliwość nieosiągnięcia zakładanych celów¹⁷.

W prezentowanym wyżej rozporządzeniu uwzględniono, co do zasady, trzy rodzaje ryzyka:

- 1) **ryzyko budowy** – obejmujące zdarzenia powodujące zmianę kosztów lub terminów wytworzenia nowych środków trwałych lub ulepszenia już istniejących¹⁸;
- 2) **ryzyko dostępności** – obejmujące zdarzenia skutkujące niższą ilością lub gorszą jakością świadczonych w ramach umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym usług w porównaniu z wielkościami i wymaganiami uzgodnionymi w tej umowie¹⁹;
- 3) **ryzyko popytu** obejmujące zmienność popytu na określone usługi²⁰.

Mimo braku definicji legalnej ryzyka prawodawca formułuje ją poprzez wskazanie zawierających się w poszczególnych rodzajach ryzyka elementów determinujących ich treść, przez co jednocześnie wskazuje ich adresata, którym jest podmiot prywatny lub publiczny bądź też obaj na raz (ryzyko wspólne).

¹⁴ Rozporządzenie Ministra Gospodarki z dnia 11 lutego 2015 r. w sprawie rodzajów ryzyka oraz czynników uwzględnianych przy ich ocenie, Dz. U. z 2015 r., poz. 284, dalej rozporządzenie MG.

¹⁵ M. Szymczak (red.), *Słownik języka polskiego*, Warszawa 1981, t. 3, s. 155.

¹⁶ W. Pluta, T. Jajuga, *Inwestycje. Capital budgeting – budżetowanie kapitałowe*, Fundacja Rozwoju Rachunkowości w Polsce, Warszawa 1995, s. 48.

¹⁷ K. Brzozowska, *op. cit.*, s. 97.

¹⁸ § 2 rozporządzenia MG.

¹⁹ *Ibidem* § 3.

²⁰ *Ibidem* § 4.

Jako główne przesłanki ryzyka związanego z budową, którego głównym adresatem jest partner prywatny, rozporządzenie Ministra Gospodarki wymienia m.in. ryzyko związane z opóźnieniem w zakończeniu robót budowlanych, z wystąpieniem niezgodności z warunkami dotyczącymi ustalonych standardów wykonania robót budowlanych, ze wzrostem kosztów, z brakiem zasobów ludzkich i materialnych, z odbiorem technicznym środka trwałego, z wystąpieniem wad w dokumentacji technicznej czy ryzyka związanego z podwykonawcami i inne. Ogólnie ujmując, wszystko to, za co odpowiedzialny jest partner prywatny, a na co nie ma wpływu czy na temat czego nie posiada wiedzy – pomimo deklaracji ofertowej – partner publiczny. Ryzyko partnera publicznego związane jest głównie ze zmianą celów politycznych (tzw. ryzyko polityczne). Obaj zaś partnerzy ponoszą ryzyko związane z warunkami geologicznymi, geotechnicznymi i hydrologicznymi, z odkryciami archeologicznymi, z warunkami meteorologicznymi, z wypadkami, z prowadzeniem sporów lub z protestami organizacji społecznych czy strajkami. Szczególną przesłanką związaną ze wspólnym ryzykiem partnerów jest siła wyższa, związana z wystąpieniem zewnętrznych zdarzeń nadzwyczajnych, niemożliwych do przewidzenia i zapobieżenia im. Jest to jedna z nielicznych przesłanek ekskulacyjnych – co do zasady wyłączających odpowiedzialność za powstałą szkodę.

Warto podkreślić, że niektóre z wymienionych w rozporządzeniu przesłanek ryzyka są wspólne dla wszystkich trzech grup ryzyka. Przykładem jest ryzyko związane ze wzrostem kosztów, z brakiem zasobów ludzkich i materialnych, z podwykonawcami, z warunkami meteorologicznymi (ryzyko podmiotu prywatnego), z wypadkami czy z protestami organizacji społecznych czy strajkami (ryzyko wspólne). Głównym ryzykiem, jakie w sferze dostępności i popytu ponosi partner publiczny, jest wystąpienie zmian w przepisach prawnych mających wpływ na realizację przedsięwzięcia (tzw. ryzyko prawne), a także, jeżeli chodzi o dochodowość przedsięwzięcia (popyt), zmiany w obowiązującym mechanizmie cenowym.

Ryzyko popytu determinowane jest w znakomitej większości przez partnera prywatnego. Mimo iż na większość przesłanek nie ma on żadnego wpływu, chcąc partycypować w umowie o partnerstwie publiczno-prywatnym, musi godzić się na ryzyko zewnętrzne związane głównie ze zmianami cyklu koniunkturalnego, ze zmianami demograficznymi, z wystąpieniem konkurencji, z inflacją, ze zmianami technologii, ze zmianami stóp procentowych czy zmianami kursów walut.

Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym z 2008 r. nie pozwala na ustalenie rodzajów ryzyka w przedsięwzięciach typu PPP, jak również nie zawiera żadnych dyrektyw ich podziału, a cytowany wyżej akt wykonawczy wskazuje tylko trzy jego przedmiotowe rodzaje. Podmioty publiczne w praktyce często uwzględniać będą odpowiednie postanowienia: Wytycznych Komisji Europejskiej dotyczących udanego Partnerstwa

Publiczno-Prywatnego z 2003 r.²¹, Komunikatu Komisji dla Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego oraz Komitetu Regionów w sprawie partnerstw publiczno-privatnych oraz prawa wspólnotowego dotyczącego zamówień publicznych i koncesji z 15 listopada 2005 r., Zielonej Księgi w sprawie Partnerstw Publiczno-Prywatnych i prawa wspólnotowego w zakresie zamówień publicznych i koncesji²², które wymieniają różne kategorie ryzyka, a także wskazują dyrektywy jego prawidłowej alokacji. Istotne znaczenie będzie miała również decyzja Eurostatu nr 18/2004²³ dotycząca wpływu kontraktów PPP na deficyt i dług publiczny. Decyzja dotyczy sposobu oceny przez Eurostat wpływu kontraktów PPP na wielkość deficytu i długu publicznego państw członkowskich. Jednocześnie decyzja zawiera pewne dyrektywy odnośnie do optymalnego rozkładu kluczowych ryzyk w kontekście wpływu na poziom długu publicznego²⁴.

Na podstawie powyższych dokumentów można dokonać dyferencjacji ryzyka oraz jego alokacji w umowach typu PPP, które to rodzaje ryzyka są wspólne dla większości państw Unii Europejskiej. Odpowiednia alokacja ryzyka już we wstępnej fazie przedsięwzięcia pozwala na łatwiejsze nim zarządzanie w fazie samej realizacji. Na tej podstawie w szczególności wyróżnić można następujące kryteria alokacji ryzyka:

- po stronie partnera prywatnego: ryzyko związane z budową (tj. opóźnienie w zakończeniu robót budowlanych, niezgodność z warunkami dotyczącymi ustalonych standardów wykonania robót, wzrost kosztów, wystąpienie nieścistości w specyfikacji wyboru partnera prywatnego, ryzyka związane z wpływem czynników zewnętrznych, wystąpienie nieadekwatnych do celów przedsięwzięcia rozwiązań w dokumentacji projektowej, ryzyka związane z pojawieniem się lub zastosowaniem do realizacji przedsięwzięcia nowych technologii, wystąpienie wad fizycznych lub prawnych zmniejszających wartość lub użyteczność składnika majątkowego), ryzyko związane z dostępnością (niemożliwość dostarczania zakontraktowanej ilości usług, brak zgodności z normami bezpieczeństwa lub innymi normami branżowymi, wzrost kosztów, sposób i jakość prac wykonywanych w celu dostarczania usług, nieodpowiednia kwalifikacja pracowników, wystąpienie zmian technologicznych), ryzyka związane z popytem (pojawienie się konkurencji, cykliczność popytu, zmiany cen, zastosowanie przestarzałych technologii, pojawienie się nowych trendów rynkowych), ryzyka rynkowe związane

²¹ Wytoczne Komisji Europejskiej dotyczące udanego Partnerstwa Publiczno-Prywatnego, opublikowane przez Komisję Europejską, Dyrektoriat Generalny ds. Polityki Regionalnej, styczeń 2003.

²² Zielona Księga w sprawie Partnerstw Publiczno-Prywatnych i prawa wspólnotowego w zakresie zamówień publicznych i koncesji, Komisja Wspólnot Europejskich, Bruksela, 30.04.2004 r., COM (2004).

²³ Decyzja Eurostatu nr 18/2004 z 11 lutego 2004 r. dotycząca deficytu i długu. Traktowanie partnerstwa publiczno-privatnego.

²⁴ B. Korbus, *Partnerstwo...*, s. 82.

- z dostępnością nakładów na realizację przedsięwzięcia (niemożliwość pozyskania nakładów określonej jakości, niemożliwość pozyskania nakładów w określonej ilości, niemożliwość pozyskania nakładów w określonym terminie, zmiana cen, pojawienie się konkurencji, logistyka, rynek pracy), ryzyka makroekonomiczne (inflacja, zmiana wysokości stóp procentowych, ryzyko kursowe, zmiany demograficzne, związane z tempem wzrostu gospodarczego) oraz ryzyka regulacyjne/taryfowe (ryzyko wystąpienia zmian w regulacjach dotyczących systemów opłat w ramach danej dziedziny usług użyteczności publicznej, które mają wpływ na koszty realizacji przedsięwzięcia lub w wyniku których zmianie ulegnie zakres praw i obowiązków stron w ramach przedsięwzięcia);
- po stronie partnera publicznego takie jak: ryzyka związane z przygotowaniem przedsięwzięcia (dostępność informacji dotyczących planowanej realizacji przedsięwzięcia, wprowadzenie zmian w specyfikacji wyboru partnera prywatnego, sposób i jakość prowadzenia postępowania o wybór partnera prywatnego, rezygnacja z realizacji przedsięwzięcia), ryzyko polityczne (ryzyko wystąpienia zmian w sferze polityki, której kierunki związane są z rozwojem przedsięwzięć realizowanych w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego), ryzyka legislacyjne (ryzyko wystąpienia zmian w przepisach prawnych, mających wpływ na realizację przedsięwzięcia w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego), ryzyko związane z przychodami przedsięwzięcia (funkcjonowanie wynagrodzenia partnera prywatnego w ramach przedsięwzięcia, zmiana w obowiązującym mechanizmie cenowym, zmiany we wdrożeniu mechanizmu poboru opłat związanych z przedsięwzięciem), ryzyko związane z przekazaniem składników majątkowych (stan składników majątkowych przed ich przekazaniem, przepływ informacji dotyczących składników majątkowych zaangażowanych w przedsięwzięcie, wykonanie obowiązków i egzekucja praw związanych z dokonaniem przekazania, wierzytelności lub inne prawa związane z danym składnikiem majątkowym, konieczność transferu siły roboczej);
 - ryzyka wspólne dla obu partnerów to przede wszystkim: ryzyko związane z rozstrzygnięciem sporów, czyli ryzyko, którego wystąpienie wpływa na sposób i efektywność rozstrzygnięcia sporu powstałego na tle realizacji umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym (dla rozstrzygnięcia sporów rozróżniamy trzy tryby: proces sądowy, arbitraż i mediację), ryzyko związane ze stanem środowiska naturalnego (ryzyka związane z lokalizacją działań, mających na celu poprawę stanu środowiska naturalnego przed rozpoczęciem realizacji przedsięwzięcia lub ryzyka pogorszenia się stanu środowiska naturalnego w wyniku realizacji przedsięwzięcia) oraz ryzyko związane z lokalizacją przedsięwzięcia (stan prawny nieruchomości)

mości, odkrycia archeologiczne lub inne związane z dziedzictwem kulturowym, właściwość istniejącej infrastruktury, dostępność siły roboczej)²⁵.

Szczególną formą wspólnego ryzyka jest ryzyko związane z wystąpieniem siły wyższej. Wystąpienie tego czynnika może prowadzić do wielu skutków, np. braku możliwości realizacji przedsięwzięcia w ramach PPP, która w skrajnych sytuacjach może być podstawą do poniesienia odpowiedzialności. Na tej płaszczyźnie niezbędna jest znajomość regulacji zjawiska siły wyższej na gruncie kodeksu cywilnego, w szczególności art. 435. Przepis ten przewiduje wyłączenie odpowiedzialności cywilnej prowadzącego przedsiębiorstwo na wypadek szkody, jakiej doznała osoba trzecia, jeżeli szkoda ta nastąpiła między innymi wskutek siły wyższej²⁶.

4. Wnioski końcowe

W doktrynie można znaleźć jeszcze inne, bardziej ogólne sposoby podziału ryzyka związanego z umowami o partnerstwie publiczno-prywatnym. Za Krystyną Brzozowską warto przytoczyć podział na: ryzyko polityczne, ryzyko techniczne czy ryzyko ekonomiczne (gospodarcze, rynkowe)²⁷. W mojej ocenie jest to jedynie klasyfikacja nomenklaturalna, nie mająca większego znaczenia dla stron umowy o PPP. Odpowiednie oszacowanie ryzyka związanego ze współpracą partnerów, publicznego i prywatnego, a następnie jego odpowiedni podział między strony jest fundamentem każdego przedsięwzięcia. Jedną z najważniejszych kwestii dla każdej strony umowy nie tylko dotyczących partnerstwa publiczno-prywatnego jest problem odpowiedzialności związanej z jej realizacją, a co za tym idzie właśnie kwestia ciążącego na każdej ze stron ryzyka. Jego alokacja wyrażona *expressis verbis* w rozporządzeniu czy wytycznych Komisji Europejskiej, a następnie implementowana w warunkach docelowej umowy, daje potencjalnym partnerom (szczególnie prywatnym) pewną dozę zabezpieczenia czy też świadomości, z jakimi ewentualnie utrudnieniami (ryzykiem) muszą się każdorazowo liczyć w trakcie realizacji przedsięwzięcia lub jego poszczególnych etapów. To z kolei pozwala im podjąć odpowiednią decyzję o słuszności i gotowości (lub też nie) do przystąpienia do umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym. Konkludując, uważam, iż rozwój partnerstwa publiczno-prywatnego w pierwszych 20 latach transformacji w naszym kraju to czas niejako stracony. Wynika to zapewne z kształtowania się systemu gospodarki rynkowej, jej ewolucji, a także nauki ze strony sektora zarówno publicznego, jak i prywatnego.

²⁵ B. Korbus, *Partnerstwo...*, s. 83–85.

²⁶ Ustawa z dnia 16 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny, Dz. U. z 1964 r. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.

²⁷ K. Brzozowska, *op. cit.*, s. 98.

Bibliografia

- Brzozowska Krystyna, *Partnerstwo publiczno-prywatne w Europie, cele, uwarunkowania, efekty*, Warszawa 2010.
- Gonet Wojciech, *Komentarz do ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym. Wzory umów i pism*, Warszawa 2009.
- Jachowicz Andrzej, *Partnerstwo publiczno-prywatne narzędziem efektywnej realizacji zadań publicznych*, Warszawa 2015.
- Jacyszyn Jerzy, Kalinowski Tomasz, *Partnerstwo publiczno-prywatne*, Warszawa 2005.
- Korbus Bartosz, Strawiński Mariusz, *Partnerstwo publiczno-prywatne. Nowa forma realizacji zadań publicznych*, Warszawa 2006.
- Korbus Bartosz (red.), *Partnerstwo publiczno-prywatne. Poradnik*, Warszawa 2010.
- Marchewka-Bartkowiak Kamila, Wiśniewski Marcin, *Indywidualny wskaźnik zadłużenia JST – ocena krytyczna i propozycje zmian*, „Analizy BAS”, nr 21(88), Biuro Analiz Sejmowych, Warszawa 2012.
- Pluta Wiesław, Jajuga Teresa, *Inwestycje. Capital budgeting – budżetowanie kapitałowe*, Fundacja Rozwoju Rachunkowości w Polsce, Warszawa 1995.
- Szymczak Mieczysław (red.), *Słownik języka polskiego*, Warszawa 1981, t. 3.

Akty prawne

- Ustawa z dnia 16 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny, Dz. U. z 1964 r. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.
- Ustawa z dnia 28 lipca 2005 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym, Dz. U. z 2005 r. Nr 169, poz. 1420.
- Ustawa z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym, Dz. U. z 2009 r. Nr 19, poz. 100.
- Ustawa z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi, Dz. U. z 2009 r. Nr 19, poz. 101.
- Rozporządzenie Ministra Gospodarki z dnia 11 lutego 2015 r. w sprawie rodzajów ryzyka oraz czynników uwzględnianych przy ich ocenie, Dz. U. z 2015 r., poz. 284.
- Wytyczne Komisji Europejskiej dotyczące udanego Partnerstwa Publiczno-Prywatnego opublikowane przez Komisję Europejską, Dyktoriał Generalny ds. Polityki Regionalnej, styczeń 2003.
- Zielona Księga w sprawie Partnerstw Publiczno-Prywatnych i prawa wspólnotowego w zakresie zamówień publicznych i koncesji, Komisja Wspólnot Europejskich Bruksela, 30.04.2004 r., COM (2004).
- Decyzja Eurostatu nr 18/2004 z 11 lutego 2004 r. dotycząca deficytu i długu. Traktowanie partnerstwa publiczno-prywatnego.

Maciej Błażewski
Uniwersytet Wrocławski

E-administracja jako narzędzie komunikacji w procesie budowlanym

E-government as a communication tool
in the construction process

Streszczenie

E-administracja zwiększa sprawność oraz jakość działania organów administracji publicznej. Rozwój e-administracji obejmuje jedynie części aspektów procesu budowlanego, w tym: rejestrów dotyczących reglamentacji robót budowlanych, centralnych rejestrów osób uczestniczących w procesie budowlanym, elektronicznych wzorów pism, przekazywanie dokumentów innym organom, czynności w postępowaniu administracyjnym. E-administracja jest prowadzona pomiędzy organami administracji publicznej oraz organami a obywatelem. E-administrację w procesie budowlanym regulują m.in.: ustawa Prawo budowlane, ustawa o ogłaszaniu aktów normatywnych i niektórych innych aktów prawnych oraz ustawa Kodeks postępowania administracyjnego.

Słowa kluczowe

E-administracja, proces budowlany, komunikacja elektroniczna, rejestry, postępowanie administracyjne.

Abstract

E-government increases the efficiency and quality of service of public administration. The development of e-government covers only some aspects of the construction process, including: registers; electronic patterns of documents; transfer of documents to other authorities; activities in administrative proceedings. E-government is conducted inside public administration and between the authorities and citizens. E-government in the construction process is governed by, inter alia: the Act of Construction Law, the Act on promulgation of normative acts and certain other legal acts; the Code of Administrative Proceedings.

Keywords

E-government, construction process, electronic communication, register, administrative proceeding.

Wstęp

E-administracja jest narzędziem komunikacji między administracją a obywatelem lub przedsiębiorcą albo podmiotami w ramach administracji. Rozwój e-administracji jest wynikiem jednoczesnych zmian technologii oraz prawa. Rozwój ten jest ograniczony, ponieważ zmiany regulacji prawnych są wtórne wobec postępu technologii komunikacyjnych. E-administracja dotyczy procesu budowlanego, ułatwiając funkcjonowanie podmiotów tego procesu oraz organów administracji publicznej. Regulacje prawne dotyczące procesu budowlanego umożliwiają korzystanie z e-administracji w sposób niewystarczający wobec współczesnych możliwości tej technologii.

1. Pojęcie e-administracji

Nauka prawa, w wielu definicjach e-administracji, wskazuje na funkcjonalne jej znaczenie. Zdaniem M. Mulawy e-administracją są usługi świadczone przez organy administracji publicznej z zastosowaniem nowoczesnych technologii informacyjnych i telekomunikacyjnych (ITC – *information and communications technologies*)¹. Podobnie uważa M. Hacia, której zdaniem e-administracja oznacza wykorzystanie ITC w działaniach pracowników administracji publicznej². Celem e-administracji jest usprawnienie tych działań. Jak słusznie podkreśla M. Mulawa, e-administracja jest narzędziem służącym podniesieniu jakości życia odbiorców usług administracji, a nie celem samym w sobie³. A. Dąbrowska oraz M. Janoś-Kresło zauważają, że rozwój e-administracji jest korzystny jednocześnie dla organów administracji publicznej oraz obywateli⁴. Podobne zdanie wyraża E. Lulewicz, dla której celem e-administracji jest poprawa wydajności oraz zwiększenie przejrzystości działań administracji publicznej⁵. Celem e-administracji w procesie budowlanym jest zwiększenie sprawności działania organów administracji architektoniczno-budowlanych i organów nadzoru budowlanego oraz poprawienie jakości kontaktów inwestora z tymi organami.

¹ M. Mulawa, *Wpływ e-administracji na relacje między obywatelem a urzędem – wybrane zagadnienia*, [w:] T. Stanisławski, B. Przywora, Ł. Jurek (red.), *E-administracja. Szanse i zagrożenia*, Lublin 2013, s. 250.

² M. Hacia, *E-administracja szansą na usprawnienie komunikacji pomiędzy państwem a obywatelem*, [w:] T. Stanisławski, B. Przywora, Ł. Jurek (red.), *op. cit.*, s. 169.

³ M. Mulawa, *op. cit.*, s. 258.

⁴ A. Dąbrowska, M. Janoś-Kresło, *Charakterystyka wybranych e-usług na polskim rynku*, [w:] A. Dąbrowska, M. Janoś-Kresło, A. Wódkowski, *E-usługi a społeczeństwo informacyjne*, Warszawa 2009, s. 47.

⁵ E. Lulewicz, *E-administracja – szanse i zagrożenia*, [w:] T. Stanisławski, B. Przywora, Ł. Jurek (red.), *op. cit.*, s. 214.

E-administracja jest zjawiskiem relatywnie nowym, a w związku z tym nie jest upowszechniona. Możliwość stosowania tej formy komunikacji jest uwarunkowana regulacjami prawnymi oraz świadomością i umiejętnościami urzędników. Dynamika rozwoju e-administracji jest uwarunkowana dostrzeżeniem korzyści oraz przewyciężeniem barier. Zdaniem B. Kasprzyk korzyściami dla obywateli i przedsiębiorców są m.in.: dostępność do usług w dowolnym miejscu i czasie, oszczędność czasu, dostępność usług dla osób niepełnosprawnych, oszczędności materiałowe. B. Kasprzyk zaznacza, że korzyści dla administracji publicznej to m.in.: standaryzacja wymiany danych, zmniejszenie kosztów funkcjonowania, możliwość archiwizowania danych w formie elektronicznej, ograniczenie czasu obsługi petenta⁶. Bariery e-administracji wynikają ze świadomości i umiejętności urzędników oraz możliwości technologicznych i prawnych. Jak zauważa E. Lulewicz, barierą dla e-administracji jest nieumiejętność sprawnej współpracy pomiędzy organami administracji publicznej oraz obawy urzędników związane ze zmianą sposobu wykonywania pracy⁷. Zdaniem A. Dąbrowskiej oraz M. Janoś-Kresło barierą są także skomplikowane i niepełne regulacje dotyczące e-administracji⁸.

2. Poziomy i kierunki e-administracji w procesie budowlanym

Badania e-administracji w procesie budowlanym wymagają zastosowania pojęć-narzędzi, jakimi są poziomy i kierunki tego rodzaju komunikacji. Pojęcia te pozwalają określić zakres działań organów administracji publicznej.

Komunikację elektroniczną stosuje się na czterech poziomach. Pierwszym poziomem jest możliwość pozyskania informacji dotyczących działań administracji publicznej. Drugi poziom oznacza jednokierunkową interakcję polegającą na pozyskaniu informacji oraz pobraniu wzorów dokumentów. Trzeci poziom odnosi się do dwukierunkowej interakcji, która obejmuje pobranie informacji oraz pobranie i odesłanie wypełnionych wzorów. Czwartym poziomem jest transakcja, czyli pełna obsługa elektroniczna postępowania administracyjnego⁹. Poziom komunikacji elektronicznej zależy m.in. od specyfiki działań organów administracji publicznej w procesie budowlanym. Niektóre działa-

⁶ B. Kasprzyk, *Aspekty funkcjonowania e-administracji dla jakości życia obywateli*, [w:] M. G. Woźniak, *Nierówności społeczne a wzrost gospodarczy. Społeczeństwo informacyjne – regionalne aspekty rozwoju*, Rzeszów 2011, s. 346–347.

⁷ E. Lulewicz, *op. cit.*, s. 219. Podobnie uważa M. Chałupczak, *E-administracja w Polsce. Aspekty dotyczące obywateli*, [w:] T. Stanisławski, B. Przywora, Ł. Jurek (red.), *op. cit.*, s. 219.

⁸ A. Dąbrowska, M. Janoś-Kresło, *op. cit.*, s. 54.

⁹ M. Hacia, *E-PUAP szansą sprawnego funkcjonowania administracji*, [w:] T. Stanisławski, B. Przywora, Ł. Jurek (red.), *op. cit.*, s. 180; E. Ziemia, T. Papaj, J. Będkowski, *Egzemplifikacja e-government w Polsce – analiza porównawcza SEKAP i ePUAP*, „Roczniki Kolegium Analiz Ekonomicznych” 2013, nr 29, s. 430–431.

nia ze swej istoty mają charakter jednostronny lub dwustronny. Regulacje dotyczące procesu budowlanego słusznie różnicują poziom komunikacji dla tych działań.

E-administracja może obejmować trzy kierunki komunikacji: do obywateli (G2C – *government to citizens*); do przedsiębiorców (G2B – *government to business*); do pracowników administracji publicznej (G2G – *government to government*)¹⁰. Pierwsze dwa kierunki mają zewnętrzny charakter, a kierunek do pracowników administracji publicznej ma wewnętrzny charakter. E-administracja w procesie budowlanym obejmuje każdy z tych kierunków, ponieważ odbiorcami informacji może być każdy z tych podmiotów.

3. Pierwszy poziom e-administracji w procesie budowlanym

E-administracja w procesie budowlanym obejmuje zamieszczenie informacji w dwóch kategoriach rejestrów:

- 1) rejestrach dotyczących reglamentacji robót budowlanych;
- 2) centralnych rejestrach osób uczestniczących w procesie budowlanym.

Zgodnie z art. 82b ust. 1–1a p.b.¹¹ rejestrami dotyczącymi reglamentacji robót budowlanych są: rejestr wniosków o pozwolenie na budowę i decyzji o pozwoleniu na budowę; rejestr zgłoszeń budowy; rejestr wniosków o pozwolenie na budowę i decyzji o pozwoleniu na budowę dotyczących terenów zamkniętych; rejestr zgłoszeń budowy dotyczących terenów zamkniętych. W myśl art. 88a ust. 1 pkt 3 p.b. centralnymi rejestrami osób uczestniczących w procesie budowlanym są: centralny rejestr osób posiadających uprawnienia budowlane oraz centralny rejestr osób ukaranych z tytułu odpowiedzialności zawodowej w budownictwie.

Jak słusznie zauważył M. Wincenciak, rejestry te są rejestrami publicznymi służącymi do realizacji zadań przez organy administracji publicznej w procesie budowlanym¹². D. Sypniewski podkreślił, że rejestry te, jako rejestry publiczne, powinny spełniać warunki określone w przepisach prawa budowlanego¹³.

4. Rejestry dotyczące reglamentacji robót budowlanych

Rejestry obejmują m.in.: rejestr wniosków o pozwolenie na budowę i decyzji o pozwoleniu na budowę; rejestr zgłoszeń budowy; rejestr wniosków o pozwolenie na budowę i de-

¹⁰ B. Kasprzyk, *op. cit.*, s. 343–344; W. Ziemia, T. Papaj, J. Będkowski, *op. cit.*, s. 430.

¹¹ Ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 1409 ze zm.), dalej p.b.

¹² M. Wincenciak, [w:] M. Wierzbowski, A. Plucińska-Filipowicz (red.), *Prawo budowlane. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 602.

¹³ D. Sypniewski, [w:] H. Kisilowska (red.), *Prawo budowlane z umowami w działalności inwestycyjnej. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 399.

cyzji o pozwoleniu na budowę dotyczących terenów zamkniętych; rejestr zgłoszeń budowy dotyczących terenów zamkniętych. W myśl art. 82b ust. 1 p.b. rejestry te prowadzi starosta jako organ administracji architektoniczno-budowlanej. Rejestry prowadzone przez starostę są dostępne w kierunku komunikacji G2G. Zgodnie z art. 82b ust. 2 zd. 2 p.b. starosta przesyła na bieżąco, drogą elektroniczną, dane zawarte w rejestrze do organu wyższego stopnia. Na podstawie art. 82b ust. 7 p.b. dane te są jawne i publikowane na stronie podmiotowej BIP urzędu obsługującego Głównego Inspektora Nadzoru Budowlanego. Ujawnione dane są dostępne we wszystkich kierunkach komunikacji.

Rejestr wniosków o pozwolenie na budowę i decyzji o pozwoleniu na budowę oraz rejestr zgłoszeń są prowadzone w sposób uniemożliwiający zmianę dokonanych wpisów¹⁴. Dane zawarte w tych dwóch rejestrach są dostępne we wszystkich kierunkach komunikacji, z wyjątkiem danych dotyczących: adresu zamieszkania lub siedziby inwestora¹⁵, czasu postępowania w sprawie pozwolenia na budowę¹⁶ oraz innych uwag¹⁷. Dane te są dostępne jedynie w kierunku G2G. Informacje zawarte w rejestrach dotyczących terenów zamkniętych także nie podlegają ujawnieniu¹⁸. Dane dostępne we wszystkich kierunkach komunikacji mają znaczenie dla ochrony interesu prawnego osób trzecich oraz interesu publicznego. Osoby trzecie mogą uzyskać informacje dotyczące zamierzenia budowlanego, które pozwalają zbadać, czy zostały naruszone ich interesy prawne. Dane zawarte w rejestrach umożliwiają także bardziej skuteczną kontrolę działań organów administracji publicznej. Jak zauważyli T. Asman oraz E. Janiszewska-Kuropatwa, rejestry te służą wykonywaniu obowiązków tych organów¹⁹. Zgodnie z art. 84 ust. 1 pkt 2 p.b. zadaniem organów nadzoru budowlanego jest m.in. kontrola działania organów administracji architektoniczno-budowlanej. W myśl art. 88a ust. 1 pkt 2 p.b. zadaniem Głównego Inspektora Nadzoru Budowlanego jest m.in. kontrola działania organów administracji architektoniczno-budowlanej oraz organów nadzoru budowlanego.

Rejestr wniosków o pozwolenie na budowę i decyzji o pozwoleniu na budowę zawiera dwie grupy danych, które wyróżniamy ze względu na przedmiot informacji: dane dotyczące wniosku o pozwolenie na budowę oraz dane dotyczące decyzji o pozwoleniu na budowę.

¹⁴ Art. 82b ust. 6 p.b.

¹⁵ Art. 82b ust. 3a pkt 1 lit. e oraz art. 82b ust. 4a pkt 5 p.b.

¹⁶ Art. 82b ust. 3a pkt 2 lit. i tiret trzeci p.b.

¹⁷ Art. 82b ust. 3a pkt 1 lit. i, art. 82b ust. 3a pkt 2 lit. j oraz art. 82b ust. 4a pkt 12 p.b.

¹⁸ Art. 82b ust. 7 w zw. z art. 82b ust. 1 pkt 1a p.b.

¹⁹ T. Asman, E. Janiszewska-Kuropatwa, [w:] Z. Niewiadomski (red.), *Prawo budowlane. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 753.

Danymi dotyczącymi wniosku o pozwolenie na budowę są informacje dotyczące: organu administracji architektoniczno-budowlanej²⁰, wniosku²¹, inwestora²², zamierzenia budowlanego²³, projektanta²⁴, postępowania w sprawie pozwolenia na budowę²⁵ oraz inne uwagi organu²⁶.

Danymi dotyczącymi decyzji o pozwoleniu na budowę są informacje odnoszące się do: organu administracji architektoniczno-budowlanej²⁷, wniosku²⁸, czynności z postępowaniem w sprawie pozwolenia na budowę²⁹, decyzji o pozwoleniu na budowę³⁰ oraz inne uwagi³¹.

Rejestr zgłoszeń budowy zawiera informacje o zgłoszeniach budowy: wolno stojących budynków mieszkalnych jednorodzinnych, których obszar oddziaływania mieści się w całości na działce lub działkach, na których zostały zaprojektowane; wolno stojących parterowych budynków stacji transformatorowych i kontenerowych stacji transformatorowych o powierzchni zabudowy do 35 m²; sieci elektroenergetycznych obejmujących napięcie znamionowe nie wyższe niż 1 kV, wodociągowych, kanalizacyjnych, ciepłych, telekomunikacyjnych³².

²⁰ W myśl art. 82b ust. 3a pkt 1 lit. a p.b. rejestr wniosków o pozwolenie na budowę zawiera dane o nazwie i adresie organu administracji architektoniczno-budowlanej.

²¹ Zgodnie z art. 82b ust. 3a pkt 1 lit. b-c p.b. rejestr wniosków o pozwolenie na budowę zawiera dane o numerze ewidencyjnym wniosku oraz datę jego wpływu i rejestracji.

²² W świetle art. 82b ust. 3a pkt 1 lit. d-e p.b. rejestr wniosków o pozwolenie na budowę zawiera dane o imieniu i nazwisku inwestora albo nazwie inwestora oraz adres zamieszkania lub siedzibę inwestora.

²³ W myśl art. 82b ust. 3a pkt 1 lit. f p.b. rejestr wniosków o pozwolenie na budowę zawiera dane: o rodzaju i kategorii obiektu budowlanego; kubaturze budynku; nazwie, rodzaju i adresie zamierzenia budowlanego.

²⁴ Zgodnie z art. 82b ust. 3a pkt 1 lit. g p.b. rejestr wniosków o pozwolenie na budowę zawiera informacje obejmujące: imię i nazwisko oraz numer uprawnień budowlanych projektanta.

²⁵ W świetle art. 82b ust. 3a pkt 1 lit. h p.b. rejestr wniosków o pozwolenie na budowę zawiera dane o wezwaniu inwestora do uzupełnienia braków, wycofaniu wniosku, datę wycofania wniosku, dane o przekazaniu wniosku zgodnie z właściwością, pozostawieniu wniosku bez rozpoznania.

²⁶ Art. 82b ust. 3a pkt 1 lit. i p.b.

²⁷ W myśl art. 82b ust. 3a pkt 2 lit. a p.b. rejestr decyzji o pozwoleniu na budowę zawiera dane o nazwie i adresie organu administracji architektoniczno-budowlanej, który wydał decyzję.

²⁸ Zgodnie z art. 82b ust. 3a pkt 2 lit. b-c p.b. rejestr decyzji o pozwoleniu na budowę zawiera dane o numerze ewidencyjnym wniosku o pozwolenie na budowę oraz datę jego wpływu i rejestracji.

²⁹ W myśl art. 82b ust. 3a pkt 2 lit. d, h-i p.b. rejestr decyzji o pozwoleniu na budowę zawiera dane o uzupełnieniu braków wniosku, zawieszeniu postępowania w sprawie pozwolenia na budowę, uzgodnieniach z wojewódzkim konserwatorem zabytków, przyczynach wydłużenia terminu wydania decyzji o pozwoleniu na budowę, przekroczeniu ustawowego terminu wydania decyzji o pozwoleniu na budowę.

³⁰ W świetle art. 82b ust. 3a pkt 2 lit. d, h-i p.b. rejestr decyzji o pozwoleniu na budowę zawiera dane o numerze ewidencyjnym decyzji, dacie wydania decyzji, rozstrzygnięciu zawartym w decyzji.

³¹ Art. 82b ust. 3a pkt 2 lit. j p.b.

³² Art. 82b ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 29 ust. 1 pkt 1a, 2b, 19a p.b.

Danymi o zgłoszeniu budowy są informacje dotyczące: organu administracji architektoniczno-budowlanej³³, zgłoszenia budowy³⁴, inwestora³⁵, zamierzenia budowlanego³⁶, projektanta³⁷, sprzeciwu od zgłoszenia budowy³⁸ oraz inne uwagi³⁹.

Organ administracji architektoniczno-budowlanej powinien udostępnić informacje dotyczące tych zgłoszeń budowy także na swojej stronie Biuletynu Informacji Publicznej. Zgodnie z art. 30a p.b. informacje te dotyczą: dokonania zgłoszenia, wniesienia albo niewniesienia sprzeciwu.

5. Centralne rejestry osób uczestniczących w procesie budowlanym

Centralne rejestry osób uczestniczących w procesie budowlanym obejmują: centralny rejestr osób posiadających uprawnienia budowlane oraz centralny rejestr ukaranych z tytułu odpowiedzialności zawodowej. Zgodnie z art. 88a ust. 1 pkt 3 lit. a i c p.b. rejestry te prowadzi w formie elektronicznej Główny Inspektor Nadzoru Budowlanego.

Zasadą jest, że dane zawarte w tych rejestrach są dostępne w kierunku komunikacji G2G. Dane te umożliwiają sprawne działanie organów administracji publicznej w procesie budowlanym. Jak zauważył Z. Kostka, dane z centralnych rejestrów są częściowo jawne⁴⁰. Udostępnieniu podlegają dane identyfikujące oraz informacje o uprawnieniach budowlanych lub karze z tytułu odpowiedzialności zawodowej, a dane osób wpisanych do tych rejestrów przed dniem 1 stycznia 2007 r. – na ich wniosek złożony w formie pisemnej⁴¹. Dane te są dostępne we wszystkich kierunkach komunikacji, ponieważ

³³ Zgodnie z art. 82b ust. 4a pkt 1 p.b. rejestr zgłoszeń budowy zawiera dane o nazwie i adresie organu administracji architektoniczno-budowlanej.

³⁴ W myśl art. 82b ust. 4a pkt 2–3, 8–9 p.b. rejestr zgłoszeń budowy zawiera dane o: numerze ewidencyjnym zgłoszenia oraz jego datę wpływu i rejestracji, dane o: wezwaniu inwestora do uzupełnienia braków, wycofaniu zgłoszenia, przekazaniu zgłoszenia zgodnie z właściwością, pozostawieniu zgłoszenia bez rozpoznania, datę zamieszczenia informacji zgłoszenia w BIP.

³⁵ W świetle art. 82b ust. 4a pkt 4–5 p.b. rejestr zgłoszeń budowy zawiera dane o imieniu i nazwisku albo nazwie inwestora oraz o adresie zamieszkania lub siedziby inwestora.

³⁶ Zgodnie z art. 82b ust. 4a pkt 6 p.b. rejestr zgłoszeń budowy zawiera dane: o rodzaju i kategorii obiektu budowlanego; kubaturze budynku; nazwie, rodzaju i adresie zamierzenia budowlanego.

³⁷ W myśl art. 82b ust. 4a pkt 6 p.b. rejestr zgłoszeń budowy zawiera dane o: imieniu i nazwisku oraz numerze uprawnień budowlanych projektanta.

³⁸ Zgodnie z art. 82b ust. 4a pkt 10–11 p.b. rejestr zgłoszeń budowy zawiera dane o: numerze ewidencyjnym decyzji o wniesieniu sprzeciwu od zgłoszenia budowy, datę jej wydania, datę jej nadania lub wprowadzenia do systemu, informacji o niewniesieniu sprzeciwu.

³⁹ Art. 82b ust. 4a pkt 12 p.b.

⁴⁰ Z. Kostka, [w:] A. Gliniecki (red.), *Prawo budowlane. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 693.

⁴¹ Zgodnie z art. 88a ust. 5 w zw. z art. 88a ust. 2 pkt 1, 8–11 i art. 88a ust. 4 pkt 2, 3, 5–7, 9 i 10 p.b. udostępnieniu podlegają dane obejmujące: imiona i nazwisko; numer, specjalność i zakres uprawnień budowlanych; informację o przynależności do właściwej okręgowej izby samorządu zawodowego; informację o nałożonej karze z tytułu odpowiedzialności zawodowej w budownictwie – w rejestrze ukaranych z tytułu odpowiedzialności zawodowej; datę i miejsce wydania decyzji o nałożeniu kary;

umożliwiają inwestorowi ustanowienie pozostałych uczestników procesu budowlanego, którzy posiadają wymagane uprawnienia budowlane oraz nie zostali ukarani z tytułu odpowiedzialności zawodowej.

W myśl § 2 ust. 2 oraz § 7 r.c.r.⁴² wprowadzenie danych do centralnych rejestrów oraz ich zmiana i uzupełnienie nastąpi poprzez dokonanie wpisu. Jak stanowi § 4 r.c.r., wpisów do centralnych rejestrów dokonuje się na podstawie ostatecznych decyzji o: nadaniu uprawnień budowlanych albo ukaraniu w trybie odpowiedzialności zawodowej w budownictwie. Zgodnie z § 6 ust. 1 r.c.r. Główny Inspektor Nadzoru Budowlanego może wystąpić o weryfikację dokumentów przesłanych do dokonania wpisu do centralnego rejestru. W myśl § 6 ust. 2 r.c.r. organ ten dokonuje sprostowania dokonanego wpisu, gdy jest on niezgodny z: decyzją, która była podstawą wpisu, z informacjami zawartymi w tej decyzji lub ze stanem faktycznym.

Dane zawarte w centralnych rejestrach są zabezpieczone poprzez: przechowywanie dokumentów stanowiących podstawę wpisu oraz zapewnienie technicznego bezpieczeństwa rejestru. Zgodnie z § 8 r.c.r. Główny Inspektor Nadzoru Budowlanego prowadzi akta rejestrowe zawierające dokumenty stanowiące podstawę wpisu do centralnych rejestrów, do których nie mają dostępu osoby trzecie. W myśl § 9 r.c.r. akta rejestrowe są przechowywane zgodnie z przepisami dotyczącymi klasyfikowania i kwalifikowania dokumentacji dla celów rejestrowych. Zabezpieczenia te zapewniają fizyczne istnienie tych dokumentów. Jak stanowi § 2 ust. 1 r.c.r., zabezpieczenie techniczne centralnego rejestru ma na celu uniemożliwienie dokonania wpisu, zmian lub uzupełnień przez osoby nieuprawnione.

Zgodnie z § 3 ust. 1 r.c.r. centralny rejestr osób posiadających uprawnienia budowlane prowadzi się w formie kart osobowych i kart zawodowych⁴³. Karta osobowa obejmuje: dane personalne⁴⁴, miejsce zamieszkania⁴⁵, wykształcenie⁴⁶, informację o przynależności do właściwej okręgowej izby samorządu zawodowego⁴⁷, dane kontaktowe⁴⁸.

wskazanie organu wydającego decyzję o nałożeniu kary; funkcję uczestnika; datę, miejsce i kwalifikację prawną popełnionego czynu; rodzaj kary; datę upływu kary; status kary.

⁴² Rozporządzenie Ministra Infrastruktury i Rozwoju z dnia 23 października 2014 r. w sprawie wzorów i sposobu prowadzenia w formie elektronicznej centralnych rejestrów osób posiadających uprawnienia budowlane oraz ukaranych z tytułu odpowiedzialności zawodowej w budownictwie (Dz. U., poz. 1513), dalej r.c.r.

⁴³ § 3 ust. 1 r.c.r.

⁴⁴ Imiona, nazwisko, status, numer PESEL albo numer paszportu lub innego dokumentu potwierdzającego tożsamość (pkt 1–5 załącznika Nr 1 do r.c.r.).

⁴⁵ Kraj, województwo, kod pocztowy, poczta, miejscowość, ulica, nr domu, nr mieszkania (pkt 6–13 załącznika Nr 1 do r.c.r.).

⁴⁶ Wykształcenie, kierunek wykształcenia, tytuł naukowy i zawodowy (pkt 14–16 załącznika Nr 1 do r.c.r.).

⁴⁷ Zgodnie z pkt 17 załącznika Nr 1 do r.c.r. karta osobowa zawiera dane o przynależności do okręgowej izby samorządu zawodowego.

⁴⁸ Zgodnie z pkt 18 załącznika Nr 1 do r.c.r. karta osobowa określa adres do korespondencji.

Karta zawodowa zawiera dane dotyczące decyzji o nadaniu uprawnień budowlanych, w tym identyfikację, opis i rejestrację tej decyzji⁴⁹.

W myśl § 3 ust. 2 r.c.r. Centralny rejestr ukaranych z tytułu odpowiedzialności zawodowej w budownictwie prowadzi się w formie kart osobowych i kart kary⁵⁰. Karta osobowa tego rejestru jest tożsama z kartą osobową centralnego rejestru osób posiadających uprawnienia budowlane. Karta kary zawiera dane dotyczące decyzji o nałożeniu kary⁵¹, opisu kary⁵² oraz rejestracji decyzji o nałożeniu kary⁵³.

6. Drugi poziom e-administracji w procesie budowlanym

Drugi poziom elektronicznej komunikacji jest dostępny we wszystkich kierunkach. Poziom ten obejmuje możliwość odnalezienia informacji i pobrania formularzy. Przepisy prawa budowlanego, wyrażone w aktach wykonawczych do ustawy Prawo budowlane, zawierają wzory części dokumentów dotyczących procesu budowlanego. Komunikacja G2G odnosi się do wzoru decyzji o pozwoleniu na budowę (rozbiórkę)⁵⁴ oraz wzoru protokołu obowiązkowej kontroli⁵⁵. Kierunki komunikacji G2C oraz G2B stosuje się do wzorów: wniosku o pozwolenie na budowę; wniosku o pozwolenie na rozbiórkę; oświadczenia o posiadanym prawie do dysponowania nieruchomością na cele budowlane; zgłoszenia budowy lub przebudowy budynku mieszkalnego jednorodzinnego; informacji uzupełniającej do wniosku o pozwolenie na budowę i pozwolenie na rozbiórkę oraz zgłoszenia budowy lub przebudowy budynku mieszkalnego jednorodzinnego⁵⁶. Wzory te są dostępne w opublikowanych aktach wykonawczych. Zgodnie z art. 28b ust. 1 ustawy z dnia 20 lipca 2000 r. o ogłaszaniu aktów normatywnych i niektórych innych aktów prawnych⁵⁷, rozporządzenia te, ogłoszone w Dzienniku Ustaw, są udostępnione nieodpłatnie do wglądu i do pobrania w formie dokumentu elektronicznego na stronach internetowych Rządowego Centrum Legislacji. Organy administracji architek-

⁴⁹ Załącznik Nr 2 do r.c.r.

⁵⁰ § 3 ust. 2 r.c.r.

⁵¹ Pkt 1–7 załącznika Nr 3 do r.c.r.

⁵² Pkt 8–17 załącznika Nr 3 do r.c.r.

⁵³ Pkt 18–20 załącznika Nr 3 do r.c.r.

⁵⁴ Załącznik nr 6 do rozporządzenia Ministra Infrastruktury i Rozwoju z dnia 24 lipca 2015 r. w sprawie wzorów: wniosku o pozwolenie na budowę, oświadczenia o posiadanym prawie do dysponowania nieruchomością na cele budowlane, decyzji o pozwoleniu na budowę oraz zgłoszenia budowy i przebudowy budynku mieszkalnego jednorodzinnego (Dz. U., poz. 1146), dalej r.w.w.p.b.

⁵⁵ Załącznik do rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 23 czerwca 2003 r. w sprawie wzoru protokołu obowiązkowej kontroli (Dz. U. Nr 132, poz. 1231).

⁵⁶ Załączniki 1–5 r.w.w.p.b.

⁵⁷ Ustawa z dnia 20 lipca 2000 r. o ogłaszaniu aktów normatywnych i niektórych innych aktów prawnych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 1484 ze zm.).

toniczno-budowlanej mogą umieszczać wzory dotyczące komunikacji G2C oraz G2B na swoich stronach internetowych.

7. Trzeci poziom e-administracji w procesie budowlanym

Ustawa Prawo budowlane dopuszcza trzeci poziom elektronicznej komunikacji w kierunku G2G. Komunikacja ta dotyczy jedynie części informacji przekazywanej organowi wyższego stopnia. Zgodnie z art. 59d ust. 1–1a p.b. organ nadzoru budowlanego ma obowiązek przekazać organowi wyższego stopnia jeden egzemplarz protokołu z przeprowadzonej kontroli budowy. Organ ten może przekazać protokół w formie elektronicznej. Regulacja dotycząca elektronicznej komunikacji ma zatem względny charakter, ponieważ od oceny organu nadzoru budowlanego zależy sposób przekazania protokołu⁵⁸. W myśl art. 82b ust. 2 p.b. dane wprowadzane do rejestru wniosków o pozwolenie na budowę i decyzji o pozwoleniu na budowę oraz rejestru zgłoszeń budowy organ administracji architektoniczno-budowlanej przesyła drogą elektroniczną organowi wyższego stopnia na bieżąco. Regulacja ta ma na celu ciągłą aktualizację danych o planowanych zamierzeniach budowlanych.

8. Poziom czwarty e-administracji w procesie budowlanym

Czwarty poziom e-administracji w procesie budowlanym stosuje się do kierunku komunikacji G2C oraz G2B. Poziom ten dotyczy postępowań administracyjnych mających miejsce w toku procesu budowlanego. Zgodnie z art. 14 § 1 k.p.a.⁵⁹ sprawa administracyjna może zostać załatwiona w formie dokumentu elektronicznego⁶⁰. Jak podkreśla M. Cherka, regulacja ta dostosowuje zasadę pisemności do aktualnych środków technologicznych⁶¹. Czwarty poziom obejmuje czynności wykonywane przez stronę, uczestnika postępowania oraz organy administracji publicznej. Komunikacja elektroniczna jest związana ze wzmocnieniem wymagań dotyczących formy tych czynności⁶². Zastosowanie elektronicznej komunikacji w toku tego postępowania zależy od woli strony lub uczestnika postępowania

⁵⁸ Zob. R. Godlewski, [w:] H. Kisilowska (red.), *op. cit.*, s. 284.

⁵⁹ Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 267 ze zm.), dalej k.p.a.

⁶⁰ W myśl art. 3 pkt 2 ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (t.j. Dz. U. z 2014 r., poz. 1114), dalej u.i.d., dokumentem elektronicznym jest stanowiący odrębną całość znaczeniową zbiór danych uporządkowanych w określonej strukturze wewnętrznej i zapisany na informatycznym nośniku danych.

⁶¹ M. Cherka, [w:] R. Hauser, M. Wierzbowski, (red.), *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 68.

⁶² Zob. J. Borkowski, [w:] B. Adamiak, J. Borkowski, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 451; B. Adamiak, [w:] B. Adamiak, J. Borkowski, *op. cit.*, s. 324–325.

oraz spełnienia przez nich warunków technicznych (art. 39¹ § 1 k.p.a.)⁶³. Czynnościami stron lub uczestników, które mogą być podjęte za pośrednictwem komunikacji elektronicznej, są: udzielenie pełnomocnictwa (art. 33 § 2 k.p.a.); złożenie wyjaśnień lub zeznań (art. 50 § 1 k.p.a.); wniesienie podania (art. 63 § 1 k.p.a.). Organ administracji publicznej korzysta z komunikacji elektronicznej: doręczając pisma (art. 39¹ § 1 k.p.a.); prowadząc metryki sprawy (art. 66a § 1 k.p.a.); sporządzając adnotacje (art. 72 § 2 k.p.a.); wydając decyzję administracyjną (art. 107 § 1 k.p.a.); doręczając decyzję administracyjną (art. 109 § 1 k.p.a.); wydając postanowienie (art. 124 § 1 k.p.a.); doręczając postanowienie (art. 125 § 1 k.p.a.). Komunikacja elektroniczna w toku postępowania elektronicznego powinna być zabezpieczona za pomocą środków technicznych, w tym poprzez zastosowanie bezpiecznego podpisu elektronicznego weryfikowanego za pośrednictwem ważnego kwalifikowanego certyfikatu lub innych technologii⁶⁴.

9. Zakończenie

Zakres e-administracji w procesie budowlanym jest zróżnicowany w zależności od potrzeb podmiotów procesu budowlanego oraz możliwości organów administracji publicznej. E-administracja w procesie budowlanym dotyczy każdego jej kierunku i poziomu. Komunikacja elektroniczna ułatwia funkcjonowanie tych podmiotów oraz poprawia sprawność wykonywania obowiązków przez organy administracji publicznej. Zakres e-administracji jest jednak ograniczony. Środki komunikacji elektronicznej dotyczą jedynie części aspektów procesu budowlanego. Uproszczenie oraz uzupełnienie przepisów prawa budowlanego oraz rozbudowa infrastruktury technicznej administracji publicznej umożliwiłyby szybszy i szerszy przepływ informacji związanych z procesem budowlanym. Przepisy prawa budowlanego powinny umożliwiać szersze zastosowanie tego narzędzia komunikacji.

Bibliografia

- Adamiak Barbara, [w:] Barbara Adamiak, Janusz Borkowski, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2014.
- Asman Tomasz, Janiszewska-Kuropatwa Elżbieta, [w:] Zygmunt Niewiadomski (red.), *Prawo budowlane. Komentarz*, Warszawa 2013.
- Borkowski Janusz, [w:] Barbara Adamiak, Janusz Borkowski, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2014.
- Chałupczak Małgorzata, *E-administracja w Polsce. Aspekty dotyczące obywateli*, [w:] Tadeusz Stanisławski, Bogusław Przywora, Łukasz Jurek (red.), *E-administracja. Szanse i zagrożenia*, Lublin 2013.

⁶³ Zob. J. Borkowski, [w:] B. Adamiak, J. Borkowski, *op. cit.*, s. 259.

⁶⁴ *Ibidem*, s. 261.

- Cherka Maksymilian, [w:] Roman Hauser, Marek Wierzbowski, (red.), *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2014.
- Dąbrowska Anna, Janoś-Kresło Mirosława, *Charakterystyka wybranych e-usług na polskim rynku*, [w:] Anna Dąbrowska, Mirosława Janoś-Kresło, Arkadiusz Wódkowski, *E-usługi a społeczeństwo informacyjne*, Warszawa 2009.
- Godlewski Rafał, [w:] Helena Kisilowska, (red.), *Prawo budowlane z umowami w działalności inwestycyjnej. Komentarz*, Warszawa 2010.
- Hacia Marta, *E-administracja szansą na usprawnienie komunikacji pomiędzy państwem a obywatelem*, [w:] Tadeusz Stanisławski, Bogusław Przywora, Łukasz Jurek (red.), *E-administracja. Szanse i zagrożenia*, Lublin 2013.
- Hacia Marta, *E-PUAP szansą sprawnego funkcjonowania administracji*, [w:] Tadeusz Stanisławski, Bogusław Przywora, Łukasz Jurek (red.), *E-administracja. Szanse i zagrożenia*, Lublin 2013.
- Kasprzyk Beata, *Aspekty funkcjonowania e-administracji dla jakości życia obywateli*, „Nierówności społeczne a wzrost gospodarczy. Społeczeństwo informacyjne – regionalne aspekty rozwoju”, Rzeszów 2011, z. 23.
- Kostka Zdzisław, [w:] Andrzej Gliniecki (red.), *Prawo budowlane. Komentarz*, Warszawa 2012.
- Lulewicz Edyta, *E-administracja – szanse i zagrożenia*, [w:] Tadeusz Stanisławski, Bogusław Przywora, Łukasz Jurek (red.), *E-administracja. Szanse i zagrożenia*, Lublin 2013 .
- Mulawa Marta, *Wpływ e-administracji na relacje między obywatelem a urzędem – wybrane zagadnienia*, [w:] Tadeusz Stanisławski, Bogusław Przywora, Łukasz Jurek (red.), *E-administracja. Szanse i zagrożenia*, Lublin 2013.
- Sypniewski Dominik, [w:] Helena Kisilowska (red.), *Prawo budowlane z umowami w działalności inwestycyjnej. Komentarz*, Warszawa 2010.
- Wincenciak Mirosław, [w:] Marek Wierzbowski, Alicja Plucińska-Filipowicz (red.), *Prawo budowlane. Komentarz*, Warszawa 2014.
- Ziemia Ewa, Papaj Tomasz, Będkowski Jacek, *Egzemplifikacja e-government w Polsce – analiza porównawcza SEKAP i ePUAP*, „Roczniki Kolegium Analiz Ekonomicznych” 2013, nr 29.

Bartłomiej Jaworski
Uniwersytet Wrocławski

Specyfika statusu inżyniera kontraktu jako *sui generis* uczestnika procesu budowlanego

The specificity of status of the engineer (of contract)
as a *sui generis* participant in construction process

Streszczenie

Inżynier kontraktu jest szczególną instytucją prawa budowlanego, mimo że nieunormowaną obecnie przez polskiego prawodawcę. Opiera się jedynie na międzynarodowych ujednoliconych warunkach kontraktowych FIDIC i jej stosowanie – jako instytucji obcego pochodzenia – uwarunkowane jest występowaniem na terenie kraju inwestycji budowlanych finansowanych przez podmioty zagraniczne. W artykule starano się wykazać relację, jaka występuje między uczestnikami procesu budowlanego, wprost określonymi w ustawie – Prawo budowlane, a inżynierem kontraktu, wykonującym swe obowiązki jedynie na mocy umowy z inwestorem, głównie poprzez charakterystykę ich wspólnych obowiązków i uprawnień, ze szczególnym uwzględnieniem tych, które ustawodawca nakłada na inspektora nadzoru inwestorskiego. Postawiono tezę, że inżynier kontraktu jest *sui generis* uczestnikiem procesu budowlanego, gdyż jego obowiązki i przysługujące mu uprawnienia ściśle związane są z tymi, jakie posiadają osoby sprawujące samodzielne funkcje techniczne w budownictwie (w szczególności z obowiązkami inspektora nadzoru inwestorskiego). Artykuł przybliży instytucję inżyniera kontraktu, przedmiot jedynie kilku opracowań branżowych praktyki procesu budowlanego, tym popularniejszą, im więcej zawieranych jest umów o dofinansowanie z podmiotami zagranicznymi, w szczególności w związku z programami unijnymi.

Słowa kluczowe

Prawo budowlane, proces budowlany, inżynier kontraktu, uczestnicy procesu budowlanego, warunki kontraktowe FIDIC.

Abstract

Engineer (of contract) is a special institution of building law, though not normalized at present by Polish legislator. Based only on the internationally harmonized FIDIC conditions of contract, as an institution of foreign origin its use is conditional upon the occurrence of the construction projects financed by foreign entities. The article aims to demonstrate the relationship existing between the participants in the construction process, directly specified in the Act – Construction Law. The engineer carries out his or her duties by contract with the investor, which determines their joint responsibilities and powers, with particular emphasis on those that the legislature imposes on the investor's supervision inspector. They put forward the thesis that the contract engineer is a *sui generis* participant in the construction process, as his or her duties and powers are closely related to those of the persons who exercise independent technical functions in the construction industry (in particular the obligations

of the investor's inspector). The article introduces the institution of the engineer, subject only to a few studies of industry practices in the construction process, especially if it is based on funding agreements with foreign entities, in particular in connection with the EU programs.

Keywords

Construction law, construction process, engineer (of contract), participants in the construction process, FIDIC conditions of contract.

1. Wstęp

Ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane¹ wskazuje w art. 17 na inwestora, inspektora nadzoru inwestorskiego, projektanta oraz kierownika budowy (robót budowlanych) jako uczestników procesu budowlanego. Katalog ten jest zamknięty, co wyłącza możliwość utożsamiania inżyniera kontraktu z którąkolwiek z wymienionych funkcji. Co więcej, w ustawie tej w żadnym z jej przepisów nie posłużono się tym terminem, nie zawarto także słowa „kontrakt” w całym tekście. Polskie prawo budowlane, rozumiane nie tylko jako pojęcie odnoszące się do ustawy – Prawo budowlane oraz innych ustaw dotyczących procesu inwestycyjno-budowlanego, ale obejmujące swym zakresem także szeroką materię planistyczną, nie przewiduje zatem instytucji inżyniera kontraktu². Trudno tym samym ocenić rolę inżyniera kontraktu z perspektywy polskiego prawa, a zwłaszcza katalog jego obowiązków i wynikającą z tego odpowiedzialność. Sytuacja ta implikuje wiele dalszych konsekwencji, szczególnie, gdy dojdziemy do wniosku, że niniejsza instytucja podobna jest do inspektora nadzoru inwestorskiego – określonego wprost przez ustawodawcę uczestnika procesu budowlanego. Inżynier kontraktu, w przeciwieństwie do wspomnianego inspektora nadzoru inwestorskiego, nie ma umocowania ustawowego i prawnie określonego statusu prawnego oraz katalogu zadań do realizacji w trakcie procesu budowlanego. Jest to instytucja w pełni fakultatywna, opierająca się jedynie na ujednoliconych, ustalonych dla przedsięwzięć z zakresu budownictwa, transportu i ochrony środowiska, realizowanych w wyniku przetargów międzynarodowych, warunkach kontraktowych³ opracowanych przez komitet redakcyjny Międzynarodowej

¹ Dz.U. z 2013 r., poz. 1409 z późn. zm.

² Potwierdzeniem jest chociażby wyrok ZA z dnia 20 czerwca 2006 r., UZP/ZO/0-1730/06, który wprost wskazuje w uzasadnieniu, że inżynier kontraktu jest pojęciem „niezdefiniowanym normatywnie. Żaden przepis powszechnie obowiązujący nie określa bowiem definicji «Inżyniera Kontraktu». Źródłem takiej definicji nie mogą być wytyczne związane z realizacją programów pomocowych, gdyż są one tworzone na użytek konkretnych procedur w określonych uwarunkowaniach”.

³ *Warunki kontraktowe (Conditions of Contract) FIDIC*, opublikowane po raz pierwszy w 1957 roku (aktualnie zarówno w Polsce, jak i na całym świecie stosuje się wydanie czwarte z 1992 roku), są publikacją zawierającą opisy standardów w zakresie przygotowania i prowadzenia inwestycji oraz wzorce umów i zapisów umownych, a ich stosowanie wymagane jest przy realizacji kontraktów na zlecenie Banku Światowego, Europejskiego Banku Odbudowy i Rozwoju, Europejskiego Banku Inwestycyjnego oraz w ramach programów unijnych, natomiast procedury postępowania mającego na

Federacji Inżynierów-Konsultantów (*Fédération Internationale Des Ingénieurs-Conseils*) – w skrócie warunki kontraktowe FIDIC⁴. Stosowanie tego zbioru reguł⁵ (obecnie w dziewięćdziesięciu czterech krajach-członkach organizacji) daje wymierne korzyści, takie jak równowaga między wymaganiami i interesami zainteresowanych stron, zminimalizowanie wyższych niż zaplanowane kosztów, równomierne rozdzielanie między umawiającymi się stronami zagrożeń i odpowiedzialności, co skutkuje zmniejszeniem ryzyka niewłaściwej realizacji inwestycji oraz skraca jej czas⁶. Stosowanie standardowych warunków kontraktowych przyczynia się również do niższych cen ofertowych, gdyż oferenci odpowiednio wcześniej wiedzą, na jakich zasadach odbywać się będzie wykonywanie wskazanych robót⁷. Korzyści ze stosowania warunków kontraktowych FIDIC są więc ewidentne, stąd zastanawiać może fakt niewpisania przez ustawodawcę instytucji inżyniera kontraktu do polskiego prawa budowlanego. Wciąż trwa w Polsce debata publiczna na temat niestosowania warunków kontraktowych FIDIC w zakresie kontraktów i prowadzenia inwestycji w ramach zamówień publicznych⁸, zwłaszcza w branży budowlanej i kolejnictwie. Podnoszone są kwestie nieprzygotowania polskich jednostek zamawiających do stosowania wysokich standardów i warunków FIDIC. Omawiany jest również problem inkorporacji warunków kontraktowych do prawa polskiego tak, by nie została naruszona swoboda umów. Co szczególnie niekorzystne, dyskutowane wcielenie instytucji inżyniera kontraktu nie nastąpiło również w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r.

celu wyłonienie wykonawcy kontraktów opisywane są na podstawie regulacji prawnych obowiązujących w państwie zamawiającego (w Polsce głównie na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych [Dz.U. z 2015 r., poz. 2164]).

⁴ Zob. W. Abraham, *FIDIC: an Analysis of International Construction Contracts*, London 2005.

⁵ Tak naprawdę trudno jest określić charakter prawny warunków kontraktowych FIDIC. Stwierdzić należy, że są to jedynie wzorce umowne, które obowiązują w takim zakresie, w jakim przeniesione zostaną do konkretnych umów na wykonywanie czynności inżyniera kontraktu. Można więc uznać, że warunki kontraktowe FIDIC nie są prawem, gdyż w żaden sposób nie obowiązują samoistnie wobec podmiotów prawa polskiego ani europejskiego, a wymagają do swojego istnienia w obrocie prawnym przetransponowania do innych, wiążących dane podmioty aktów. Żaden obowiązujący akt prawny (krajowy czy międzynarodowy) stanowiący źródło prawa, nie zobowiązuje zatem podmiotów uczestniczących w realizacji inwestycji budowlanej do stosowania warunków kontraktowych FIDIC. Z praktycznego punktu widzenia, w przypadku włączenia ich do umowy, strony muszą je traktować tak, jak obowiązujące przepisy prawa. To, że nie posiadają one mocy norm powszechnie obowiązujących, ma swoje konsekwencje w możliwości poddawania warunków kontraktowych FIDIC dowolnym modyfikacjom, zależnym od woli stron. Wypacza się w ten sposób ich pierwotny kształt oraz zaburza sens ich stosowania. Częstą praktyką jest bowiem pomijanie w kontrakcie klauzul szczegółowych, chroniących interesy zarówno wykonawcy, jak i inwestora. Wypracowany latami właściwy sposób postępowania zostaje tym samym nieuwzględniony, co może rodzić dalsze negatywne konsekwencje.

⁶ Por. E. Baker (red.), *FIDIC Contracts: Law and Practice*, Abingdon 2009.

⁷ C. Pejovic, *Civil Law and Common Law: Two Different Paths Leading to the Same Goal*, „Victoria University of Wellington Law Review” 2001, vol. 32, s. 821.

⁸ Zob. FIDIC, *FIDIC Procurement Procedures Guide*, Geneva 2011; Z.J. Boczek, *Procedury realizacji inwestycji według FIDIC i zamówień publicznych*, Szczecin 2006.

– Prawo zamówień publicznych⁹, pomimo że jest to materia związana z procedurą udzielania zamówień publicznych. Taki konsekwentny brak odniesienia się polskiego ustawodawcy do istniejącej z powodzeniem w praktyce polskiego procesu budowlanego¹⁰ instytucji może być zamierzeniem celowym bądź też traktować należy ją jako niedopatrzenie i oceniać negatywnie. Przy dalszej analizie skłonić można się ku jednej z tych opinii, jednak już w tym miejscu zgodzić należy się z poglądem, że niemożliwe jest postawienie znaku równości pomiędzy uczestnikami procesu budowlanego a inżynierem kontraktu (czego ustawodawca konsekwentnie nie czyni). Zestawienie w tytule niniejszego artykułu „inżyniera kontraktu” z „procesem budowlanym” wywołuje świadome umiejscowienie tej instytucji w procesie budowlanym, który w ustawie – Prawo budowlane charakteryzowany jest przede wszystkim w kontekście uczestników procesu budowlanego, o czym świadczą takie artykuły jak 12 ust. 3, 17, 45 czy 81. Wskazuje to na przyjętą w artykule tezę, że inżynier kontraktu jest *sui generis* uczestnikiem procesu budowlanego.

2. Inżynier kontraktu instytucją obcego¹¹ pochodzenia

Jak zostało wskazane, genezy instytucji inżyniera kontraktu szukać należy poza polskim porządkiem prawnym. Zawarty w nazwie „kontrakt” to nic innego jak umowa, której stronami są zamawiający (inwestor) i wykonawca¹². Podkreśla to rolę inżyniera kontraktu dla procesu budowlanego, a konkretniej dla stosunków prawnych powstających na tle wykonywania robót budowlanych (realizacji inwestycji budowlanej)¹³. Obserwowane od kilku lat stosowanie niniejszej instytucji w polskim procesie budowlanym jest odpowiedzią na rosnące wymagania i potrzeby rynku inwestycji budowlanych. Inżynier kontraktu pojawił się wraz z realizowanymi w Polsce dużymi zagranicznymi kontraktami na budowę czy montaż¹⁴, które opierały się na przywołanych powyżej warunkach kontraktowych FIDIC, a jak dotąd, stosowanie ich było w Polsce wymagane

⁹ Dz.U. z 2015 r., poz. 2164.

¹⁰ Chociażby wyrok ZA z dnia 21 stycznia 2005 r., UZP/ZO/0-52/05, wskazuje, że „określenie «Inżynier Kontraktu» jest oznaczeniem funkcjonującym powszechnie w praktyce obrotu gospodarczego w tym także dla potrzeb określania przedmiotu w ramach zamówień publicznych”.

¹¹ Jak zostało już wspomniane, z uwagi na brak regulacji normatywnych dotyczących instytucji inżyniera kontraktu na gruncie prawa polskiego oraz niemożliwość wpisania warunków kontraktowych FIDIC do międzynarodowego porządku prawnego, inżynier kontraktu jawi się jako instytucja „obcego (nienormatywnego) pochodzenia”.

¹² P. Shears, G. Stephenson, *James' Introduction to English Law*, 13th Edition, Oxford 1996; K. Lewison, *The Interpretation of Contracts*, 3rd Edition, London 2004, no. 2.05.

¹³ Zob. K. Małyśa, *Nowe regulacje procesu inwestycyjno-budowlanego*, Kraków 2004, s. 19.

¹⁴ Swoje odzwierciedlenia ma to chociażby w datach wyroków wydawanych przez zespoły arbitrow – pierwsze z nich, wzmiankujące o inżynierze kontraktu, pochodzą z 2005 roku.

i popularyzowane¹⁵ między innymi przy realizacji projektów w ramach ZPORR¹⁶. Zgodnie z nimi realizowane są inwestycje budowlane współfinansowane ze środków zagranicznych (głównie strukturalnych), stąd instytucja inżyniera kontraktu występuje głównie w przedsięwzięciach z kapitałem obcym (współfinansowanych przez Unię Europejską¹⁷). W tym też upatrywać należy w ostatnim dziesięcioleciu powodu wzrostu zainteresowania niniejszą instytucją ze strony polskich podmiotów realizujących inwestycje z kapitałem zagranicznym (głównie pochodzenia unijnego). Warunki kontraktowe FIDIC stanowią podstawę do budowania indywidualnych umów o roboty budowlano-montażowe i projektowanie, które składają się z klauzul, określających wszystkie elementy więzi kontraktowej, począwszy od definicji poszczególnych pojęć, poprzez zakres obowiązków podmiotów uczestniczących w wykonywaniu kontraktu, aż do kwestii ich ubezpieczenia. Określają zatem w sposób szczegółowy rolę inżyniera kontraktu, jego obowiązki oraz odpowiedzialność względem stron kontraktu¹⁸. Umowa na wykonywanie czynności inżyniera kontraktu zawarta z zamawiającym przyjmować może różne definicje inżyniera kontraktu, jednak najczęściej formułowana jest ta opisowa, charakteryzująca go poprzez obowiązki, jakie w dalszej części umowy są na niego nałożone¹⁹. Odnieść się w tym miejscu można do Klauzuli 1 warunków kontraktowych FIDIC²⁰ i przyjąć definicję w niej zawartą, która zgodnie z zamieszczonym wyjaśnieniem nakazuje przyjąć dla definiowanych słów i zwrotów znaczenie zawarte w niniejszych objaśnieniach z wyjątkiem przypadków, kiedy kontekst wymaga inaczej. I tak, zgodnie z literą a (iv) „Inżynier” oznacza osobę powołaną przez Zamawiającego²¹ do działania jako Inżynier w ni-

¹⁵ Do upowszechnienia procedur FIDIC w Polsce przyczyniła się decyzja Komisji Europejskiej z 1994 roku, zatwierdzająca akt nr 1628/94 dotyczący wdrażania Programu Pomocowego – Phare (Poland and Hungary: Assistance for Restructuring their Economies). Akt ten służył wsparciu w pierwszym rządzie Polski i Węgier, a później i innych państw Europy Środkowej i Wschodniej, w ich drodze do przystąpienia do struktur Unii Europejskiej. Skorzystanie z funduszy programu Phare uwarunkowane było natomiast między innymi zastosowaniem warunków kontraktowych FIDIC.

¹⁶ Zintegrowany Program Operacyjny Rozwoju Regionalnego był jednym z sześciu programów operacyjnych, które służyły realizacji Narodowego Programu Rozwoju (NPR) / Podstaw Wsparcia Wspólnoty na lata 2004–2006 NPR/CSF. Program ten rozwijał cele Narodowego Programu Rozwoju, określając priorytety, kierunki i wysokość środków przeznaczonych na realizację polityki regionalnej państwa, które uruchamiane były z udziałem funduszy strukturalnych w pierwszym okresie członkostwa Polski w Unii Europejskiej.

¹⁷ Zob. FIDIC/SIDIR, *Warunki kontraktowe FIDIC: realizacja inwestycji według standardów unijnych*, Warszawa 2013.

¹⁸ Zob. FIDIC/SIDIR, *Rola inżyniera konsultanta w przedsięwzięciach*, Warszawa 1996.

¹⁹ N. G. Bunni, *The FIDIC Forms of Contract*, 3rd Edition, Dublin 2005, no. 3.5.

²⁰ FIDIC/SIDIR, *FIDIC. Warunki kontraktowe dla budowy dla robót inżynieryjno-budowlanych projektowanych przez zamawiającego*, Warszawa 2008.

²¹ Klauzula 1 obejmuje definicje głównych pojęć używanych w dokumentach kontraktu, z reguły używając wielkiej litery dla zdefiniowanych w niej terminów. Jedynymi wyjątkami są definicje zawarte w literze g, takie jak „koszt”, „dzień”, „waluta obca” i „pismo”, zaczynające się małą literą. W treści artykułu określone w Klauzuli 1 terminy „Zamawiający” i „Wykonawca” pisane będą małą literą,

niejszym Kontrakcie, której pełne nazwisko lub nazwa są wymienione jako takie w Części II niniejszych Warunków. Zawarcie definicji inżyniera kontraktu w Części II ma zapobiegać jego zmianie przez zamawiającego bez zgody wykonawcy. Zamawiającym natomiast, zgodnie z literą a (i) warunków kontraktowych FIDIC, jest osoba fizyczna lub prawna, której nazwisko lub nazwa są wymienione w Części II, oraz jej prawni następcy, ale nie (chyba że za zgodą Wykonawcy) żadna inna osoba wyznaczona przez tę osobę²². Drugą ze stron kontraktu jest Wykonawca, zgodnie z literą a (ii) – osoba fizyczna lub prawna, której oferta została zatwierdzona przez Zamawiającego, a także następcy uzyskujący prawo do tego tytułu, ale nie (chyba że za zgodą Zamawiającego) żadna inna osoba wyznaczona przez tę osobę. Jego obowiązkiem jest wykonać i ukończyć roboty, na które przedstawił ofertę, w czasie wyszczególnionym w kontrakcie. Dodatkowo ciąży na nim zobowiązanie usunięcia wszelkich usterek, jakie mogą się ujawnić w okresie gwarancji. Inżynier kontraktu nie jest zatem stroną kontraktu między zamawiającym i wykonawcą, a wymagania co do jego zatrudnienia są zawarte w umowie na wykonywanie czynności inżyniera kontraktu, która powinna określać, jakie upoważnienia zamawiający mu przekazuje.

Pomimo iż w warunkach kontraktowych FIDIC inżynier kontraktu występuje zawsze w liczbie pojedynczej, nie jest to instytucja jednoosobowa. W toku dalszej analizy zauważyć można, że zakres zadań, jaki wyznacza się inżynierowi kontraktu, wyklucza samodzielne sprawowanie tej funkcji. Najczęściej mamy do czynienia ze specjalistą (lub zespołem specjalistów) działającym w imieniu i na rzecz beneficjenta (zamawiającego) w zakresie nadzoru technicznego nad robotami budowlanymi i jakością ich wykonywania²³, nadzoru nad całością dokumentacji sporządzanej przez wykonawcę, kontroli prawidłowości stosowania procedur unijnych oraz dopełnienia w tym zakresie wszelkich formalności²⁴. Pod pojęciem „inżynier kontraktu” kryje się więc najczęściej grupą osób (przeważnie inżynierów), charakteryzujących się specjalistyczną wiedzą techniczną i tym samym posiadających wymagane prawem budowlanym uprawnienia. Podstawowym wymogiem, jaki stawia przed inżynierem kontraktu zamawiający (inwestor), jest obowiązek stałego przebywania na terenie budowy i uczestniczenia we wszystkich istotnych dla realizacji inwestycji budowlanej wydarzeniach. Z racji jednak na wieloosobo-

gdyż kontekst ich użycia nie zawsze wskazywał będzie na bezpośrednie odniesienie do warunków kontraktowych FIDIC, za wyjątkiem sytuacji, gdy przywoływane będą ich konkretne fragmenty.

²² Zob. FIDIC/SIDIR, *Warunki kontraktowe dla budowy: dla robót inżynieryjno-budowlanych projektowanych przez zamawiającego*, Kraków 2005.

²³ Por. FIDIC, *Selection by Ability: FIDIC Guidelines on Quality Based Selection of Consulting Engineers*, Warszawa 1995.

²⁴ Przykładowo taką definicję inżyniera kontraktu przyjmuje w pkt 13 *Wykazu definicji podstawowych pojęć SIIS / SIRS* z dnia 19 sierpnia 2014 r. Zakład Sieci i Usług Społeczeństwa Informacyjnego Instytutu Łączności Państwowego Instytutu Badawczego, <http://docplayer.pl/529105-Wykaz-definicji-podstawowych-pojec-siis-sirs.html> [dostęp: 12.10.2015].

wość inżyniera kontraktu, zgodnie z Subklauzulą 2.3 warunków kontraktowych FIDIC, może on przekazać Przedstawicielowi Inżyniera²⁵ każde z uprawnień i obowiązków, jakie sam posiada i może w każdej chwili odwołać takie pełnomocnictwo. Każde takie pełnomocnictwo winno być udzielone na piśmie i staje się obowiązujące nie wcześniej niż w momencie, kiedy kopie pełnomocnictwa zostaną dostarczone Zamawiającemu i Wykonawcy. Inżynier kontraktu może zatem wyznaczyć przedstawiciela inżyniera (inżyniera-rezydenta), który jest przed nim odpowiedzialny, a ma takie prawa i obowiązki, jakie zostaną mu w formie pełnomocnictwa przekazane zgodnie z Subklauzulą 2.3 warunków kontraktowych FIDIC. Wszelkie czynności dokonane przez Przedstawiciela Inżyniera mają taki sam skutek, jak gdyby były dokonane przez Inżyniera²⁶. Polecenia wydawane przez przedstawiciela inżyniera powinny mieć formę pisemną²⁷, jednakże jeżeli w jakichkolwiek okolicznościach inżynier kontraktu uzna za konieczne wydanie polecenia ustnego, wykonawca powinien się do niego zastosować. Inżynier winien w takim wypadku wystawić pisemne jego potwierdzenie przed lub po jego wykonaniu przez wykonawcę, a takie potwierdzenie będzie następnie uznane za polecenie w rozumieniu niniejszej Klauzuli. Jednocześnie przyjmuje się, że jeżeli Wykonawca w czasie nie dłuższym niż 7 dni od chwili otrzymania ustnego polecenia potwierdzi pisemnie Inżynierowi otrzymane polecenia, a to potwierdzenie nie zostanie oprotestowane przez Inżyniera w ciągu następujących 7 dni, będzie ono uznane za równoznaczne z pisemnym poleceniem Inżyniera²⁸. Inżynier kontraktu jest więc zespołem, składającym się oprócz scharakteryzowanego inżyniera-rezydenta również z innych specjalistów (asystentów), ustanowionych w zależności od specyfiki inwestycji, oraz inspektorów nadzoru inwestorskiego. I tak, Inżynier i Przedstawiciel Inżyniera mogą wyznaczyć dowolną liczbę asystentów, którzy będą pomagali Przedstawicielowi Inżyniera w wykonywaniu czynności związanych z Subklauzulą 2.2. Nazwiska, zakresy obowiązków i uprawnień tych Asystentów winny być podane pisemnie do wiadomości Zamawiającego i Wykonawcy. Osoby te (asystenci) nie będą miały prawa do wydawania Wykonawcy jakichkolwiek poleceń, oprócz takich poleceń, które mogą umożliwić im wykonywanie ich obowiązków i zapewnić akceptację materiałów, urządzeń czy robocizny jako zgodnych z Kontraktem. Wszelkie polecenia wydane przez nich w tym celu uważane będą za równorzędne z poleceniami wydanymi przez Przedstawiciela Inżyniera²⁹. Asystenci mają zatem ograniczone obowiązki, a ich liczba może być różna przy realizacji każdej inwestycji. Zakres

²⁵ Zgodnie natomiast z literą a (v) Klauzuli 1 warunków kontraktowych FIDIC „Przedstawiciel Inżyniera” – oznacza osobę wyznaczoną na pewien czas przez Inżyniera według postanowień Subklauzuli 2.2.

²⁶ *FIDIC. Warunki kontraktowe...*, Subklauzula 2.1 Obowiązki i uprawnienia Inżyniera.

²⁷ Zgodnie z literą g (iv) Klauzuli 1 warunków kontraktowych FIDIC „pisemnie” – oznacza wszelkie pismo ręczne, maszynowe lub komunikację drukującą, w tym telex, depeche i telefax.

²⁸ *FIDIC. Warunki kontraktowe...*, Subklauzula 2.5 Polecenia pisemne.

²⁹ *FIDIC. Warunki kontraktowe...*, Subklauzula 2.4 Wyznaczenie asystentów.

działania asystentów nie ogranicza się jedynie do placu budowy, a przykład ich zatrudnienia można spotkać w okolicznościach, w których prefabrykowane konstrukcyjne elementy lub urządzenia są wytwarzane w zakładach podwykonawcy, nieleżących w kraju inżyniera kontraktu lub kraju, w którym usytuowany jest plac budowy. Inżynier kontraktu (sam bądź za pomocą inżyniera-rezydenta) zobowiązany jest również do uczestniczenia we wszystkich istotnych dla realizacji inwestycji wydarzeniach. Jest tym samym koordynatorem inwestycji budowlanej, a jeżeli pozwalają mu na to posiadane uprawnienia, może również pełnić funkcję jednego z inspektorów nadzoru inwestorskiego. Kiedy prowadzenie inwestycji wiąże się z obecnością nadzoru inwestorskiego, zarówno inżynier-rezydent, jak i asystenci składają się na instytucję inżyniera kontraktu. Splata się w tym miejscu funkcja inspektora nadzoru inwestorskiego (uczestnika procesu budowlanego, wskazanego wprost w art. 17 pkt 2 ustawy – Prawo budowlane) oraz inżyniera kontraktu, niewystępującej w polskim porządku prawnym instytucji, wprowadzonej do praktyki realizacji inwestycji budowlanej dzięki warunkom kontraktowym FIDIC. O tym, że instytucja nadzoru inwestorskiego posiada wspólne implikacje z instytucją inżyniera kontraktu, świadczy chociażby fakt, iż charakter i specyfika inwestycji, w ramach których funkcjonuje inżynier kontraktu, wymagają zazwyczaj równoległego występowania nadzoru inwestorskiego. Grupa specjalistów, którzy tworzą inżyniera kontraktu, wchodzi zatem najczęściej w skład inspektora nadzoru inwestorskiego, gdyż charakter prac, jakie wykonują, ściśle związany jest z zadaniami, jakie przypisane są inspektorowi. Warto jednak podkreślić, że zakres obowiązków, jakie na mocy umowy na wykonywanie czynności inżyniera kontraktu posiada inżynier kontraktu, jest szerszy od tych, nałożonych na inspektora nadzoru inwestorskiego ustawowo i rozszerzanych dzięki umowie cywilnoprawnej (zlecenia, o dzieło, a także rzadziej umowie o pracę³⁰) o sprawowanie nadzoru inwestorskiego w trakcie realizacji procesu budowlanego. Mowa tu chociażby o zadaniach z zakresu księgowości, tak ważnych, kiedy wymóg prawidłowego rozliczenia wykorzystanych środków decyduje o możliwości dofinansowania danej inwestycji budowlanej.

3. Zakres działań inżyniera kontraktu

Rolę inżyniera kontraktu w trakcie realizacji inwestycji budowlanej można określić jako obowiązek dbania o właściwe wykonanie kontraktu przez wszystkich, którzy w tym wykonaniu mają jakikolwiek udział. Tak określone zadanie inżyniera kontraktu wykonywał będzie w dwojaki sposób, co niejednokrotnie wymagać będzie od niego wiedzy spe-

³⁰ H. Kisilowska (red.), *Prawo budowlane z umowami w działalności inwestycyjnej. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 136.

cjalistycznej z danego zakresu, w czym pomocni będą asystenci, dysponujący specjalistyczną wiedzą przy prowadzonej weryfikacji poprawności realizacji inwestycji. I tak, po pierwsze, co wynika z postanowień zawartej z inwestorem umowy na wykonywanie czynności inżyniera kontraktu, zobowiązany będzie on do wykonywania podstawowego zadania, jakim jest ogólny nadzór nad realizacją inwestycji i jej finansowaniem, zgodnie z harmonogramem³¹, nad robotami budowlanymi i ich jakością oraz całą dokumentacją sporządzaną przez wykonawcę. Wskazany zakres bardzo podobny jest do zadań realizowanych przez inspektora nadzoru inwestorskiego, który zgodnie z art. 25 ustawy – Prawo budowlane ma przede wszystkim reprezentować inwestora na budowie przez sprawowanie kontroli zgodności jej realizacji z projektem lub pozwoleniem na budowę, przepisami oraz zasadami wiedzy technicznej, a także jakości wykonywanych robót i wbudowanych wyrobów budowlanych³², a w szczególności ma zapobiegać zastosowaniu wyrobów budowlanych wadliwych i niedopuszczonych do stosowania w budownictwie; sprawdzać i odbierać roboty budowlane ulegające zakryciu lub zanikające; uczestniczyć w próbach i odbiorach technicznych instalacji, urządzeń technicznych i przewodów kominiowych oraz przygotowywać i brać udział w czynnościach odbioru gotowych obiektów budowlanych i przekazywaniu ich do użytkowania; potwierdzać faktycznie wykonane roboty oraz usunięcia wad, a także, na żądanie inwestora, kontrolować rozliczenia budowy (element fakultatywny). Jest to katalog ustawowych zadań inspektora nadzoru inwestorskiego, które mogą być i najczęściej są rozszerzane na mocy zawartej pomiędzy nim a inwestorem umowy o sprawowanie nadzoru inwestorskiego w trakcie realizacji procesu budowlanego. Inżynier kontraktu, co zostało już wcześniej wskazane, swoich obowiązków szukać może jedynie w umowie na wykonywanie czynności inżyniera kontraktu, jaką zawarł z nim zamawiający. Będą to zadania obejmujące zarówno ustawowe obowiązki inspektora nadzoru inwestorskiego, jak i inne obowiązki, wynikające ze specyfiki prowadzonej inwestycji, współfinansowanej przez podmiot zagraniczny. Do pierwszej grupy obowiązków inżyniera kontraktu należeć będzie całościowe i kompleksowe zarządzanie realizacją inwestycji budowlanej, w celu zapewnienia terminowej jej realizacji przez wykonawcę, zgodnie z postanowieniami zawartej z nim umowy i zrealizowania celu umowy. Mieścić się tu będą między innymi obowiązki: koordynowania procesu realizacji inwestycji pomiędzy wszystkimi jej uczestnikami i zamawiającym; organizowania, prowadzenia i dokumentowania narad koordynacji budowy i narad koordynacji projektowej oraz wszelkich innych spotkań z uczestnikami inwestycji odbywanych w czasie realizacji inwestycji; koordynowania prac zespołu inżyniera kontraktu i współpracy tego zespołu z inwestorem, przedstawicielem zamawiającego i projektantem; regularnego, w zakresie określonym umową, raportowania i przekazy-

³¹ Wyrok ZA z dnia 22 kwietnia 2005 r., UZP/ZO/0-749/05.

³² Zob. wyrok SN z dnia 9 lipca 1981 r., III CRN 97/81, OSNCP 1982, nr 2–3, poz. 30.

wania informacji do zamawiającego w sprawach związanych z inwestycją; współpracy z wszelkimi podmiotami administracji publicznej przeprowadzającymi kontrole realizacji inwestycji³³; egzekwowania od wykonawcy aktualizacji harmonogramów realizacji robót budowlanych; proponowania uzgodnień sposobu postępowania w przypadku konieczności wykonania robót zamiennych; opiniowania podwykonawców zgłaszanych przez wykonawcę i kontrolowania sposobu wykonywania umowy przez wykonawcę; egzekwowania od wykonawcy kompletnej dokumentacji dotyczącej podwykonawców; dokonywania comiesięcznej oceny zaawansowania robót budowlanych realizowanych przez wykonawcę; analizy i akceptacji faktur wystawianych przez wykonawcę; przygotowania dokumentacji inwestycji do obowiązkowych audytów wewnętrznych i zewnętrznych; doradzania zamawiającemu w czasie realizacji inwestycji w zakresie związanym z całościowym zarządzaniem inwestycją w kwestiach dotyczących prawa, finansów, sprawach projektowych i technicznych; sprawdzania wszelkiej dokumentacji i korespondencji przekazywanej przez wykonawcę pod kątem merytorycznym; oceniania wszelkich roszczeń i problemów narastających podczas wykonywania robót budowlanych i zgłaszanych przez wykonawcę oraz rekomendowania rozwiązań zapobiegających sporom i opóźnieniom, gdy jest to wykonalne; udziału w czynnościach odbiorowych i próbach odbiorowych robót budowlanych instalacji oraz urządzeń; egzekwowania opracowania przez wykonawcę instrukcji eksploatacji i konserwacji urządzeń i instalacji oraz dostarczenia tych dokumentów w uzgodnionej liczbie egzemplarzy do zamawiającego i przeprowadzenia szkoleń personelu związanych z dalszą eksploatacją inwestycji. Na inżynierze kontraktu spoczywa również obowiązek sprawowania ciągłego nadzoru nad opracowywaniem projektów wykonawczych przez wykonawcę oraz zapewnienia sprawnego i zgodnego z książką projektu obiegu wszelkiej dokumentacji pomiędzy wszystkimi uczestnikami inwestycji, w tym koordynacji obiegu projektów wykonawczych pomiędzy uczestnikami inwestycji a zamawiającym w terminach umożliwiających nieprzerwaną realizację robót budowlanych przez wykonawcę. Chodzi tu o takie zadania, jak codzienne administrowanie realizacją inwestycji od strony organizacyjnej i administracyjnej; współpraca z projektantem związana z pełnieniem przez niego nadzoru autorskiego w toku realizacji kontraktu czy wykonywanie wszelkich innych czynności administracyjnych związanych z realizacją inwestycji przez wykonawcę, w szczególności prowadzenie korespondencji, rejestrowanie przesyłanej dokumentacji projektowej, uzgadnianie terminów spotkań, rejestrowanie napływającej dokumentacji projektowej. Do dużej kategorii zadań, jakie nałożone są zazwyczaj na inżyniera kontraktu jako koordynatora inwestycji budowlanej, należą te związane z ewentualnym (jeżeli takowy został ustanowiony dla danej inwestycji i po-

³³ Zob. M. Strąk, *Wpływ warunków kontraktowych międzynarodowego systemu FIDIC na procedury administracyjnoprawne w zakresie inwestycji infrastrukturalnych*, Gdańsk 2015.

zwalają mu na to posiadane uprawnienia) sprawowaniem przez niego funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego w rozumieniu przepisów ustawy – Prawo budowlane. Umowa na wykonywanie czynności inżyniera kontraktu może zobowiązać inżyniera kontraktu do: zapewnienia profesjonalnego i kompetentnego nadzoru inwestorskiego nad prowadzonymi robotami; reprezentowania zamawiającego na budowie przez sprawowanie kontroli zgodności jej realizacji z projektem i pozwoleniem na budowę, przepisami oraz zasadami wiedzy technicznej; sprawdzania kwalifikacji osób zatrudnionych przez wykonawcę; sprawdzania, czy używane przez wykonawcę urządzenia i materiały posiadają odpowiednie świadectwa i certyfikaty wymagane kontraktem; sprawdzania jakości wykonywanych robót budowlanych i wyrobów budowlanych, a w szczególności zapobiegania zastosowaniu wyrobów budowlanych wadliwych i niedopuszczonych do stosowania w budownictwie; sprawdzania zgodności i autentyczności wszystkich certyfikatów, ubezpieczeń, zabezpieczeń, gwarancji, praw własności, za które wykonawca jest odpowiedzialny zgodnie z warunkami podpisanej umowy; w razie konieczności odbywania badań i inspekcji w miejscach wytwarzania elementów, komponentów oraz materiałów; potwierdzania faktycznie wykonanych robót oraz usunięcia wad (protokolarnie), w tym, w razie potrzeby, wymiany sprzętu; żądania od wykonawcy robót, kierownika budowy lub kierownika robót dokonania poprawek bądź ponownego wykonania wadliwie wykonanych robót, a także wstrzymania dalszych robót budowlanych w przypadku, gdyby ich kontynuacja mogła wywołać zagrożenie życia lub zdrowia bądź spowodować znaczne straty materialne (w przypadkach istotnych za zgodą zamawiającego). O postawionej w tytule artykułu tezie, że inżynier kontraktu jest *sui generis* uczestnikiem procesu budowlanego, w szczególny sposób świadczy przejęta z zakresu zadań inspektora nadzoru inwestorskiego możliwość, w przypadkach określonych w umowie, za zgodą zamawiającego, poleceń potwierdzonych wpisem do dziennika budowy, dotyczących przykładowo usunięcia nieprawidłowości lub zagrożeń, wykonania prób lub badań, także wymagających odkrycia robót lub elementów zakrytych, przedstawienia ekspertyz dotyczących prowadzenia robót budowlanych i dowodów dopuszczenia do stosowania w budownictwie wyrobów budowlanych oraz urządzeń technicznych. Inżynier kontraktu wykonywać może również inne zadania, mieszczące się w zakresie obowiązków inspektora nadzoru inwestorskiego, takie jak udział w czynnościach odbiorowych robót budowlanych oraz kompletnych instalacji; uczestniczenie w przekazaniu ich do użytkowania poprzez skompletowanie dokumentów oraz współpraca z zamawiającym w zakresie otrzymania pozwolenia na użytkowanie; przeprowadzanie regularnych inspekcji placu budowy oraz zapewnienie zaplecza biurowego na terenie budowy; sprawdzanie i odbiór robót budowlanych ulegających zakryciu lub zanikających; uczestniczenie w próbach i odbiorach technicznych instalacji, urządzeń technicznych i przewodów kominowych oraz przygo-

towanie i udział w czynnościach odbioru końcowego gotowego obiektu budowlanego oraz udział w powołanych przez zamawiającego komisjach odbiorowych; przekazywanie gotowego obiektu do użytkowania zamawiającemu oraz przekazywanie go w zarząd użytkownikowi; pełnienie codziennego nadzoru nad pracami wykonawczymi w swojej branży; zapewnienie zachowania w tajemnicy informacji dotyczących wykonywanego kontraktu czy informowanie przełożonych o aktualnym przebiegu prac, bezpieczeństwie oraz sposobie wykonywania inwestycji. Inżynier kontraktu jest również odpowiedzialny, w zakresie całościowego i kompleksowego zarządzania realizacją dostaw sprzętu na teren budowy w celu dostosowania terminów tych dostaw do stanu zaawansowania robót budowlanych w celu zminimalizowania ryzyka uszkodzenia sprzętu dostarczanego na teren budowy i terminowego montażu sprzętu, za przygotowanie harmonogramu dostaw sprzętu i jego bieżącą aktualizację w czasie realizacji tych dostaw; nadzór nad wyładunkiem zrealizowanych dostaw sprzętu i dokonywanie odbiorów (jeśli wystąpią); prowadzenie dokumentacji zrealizowanych i niezrealizowanych dostaw sprzętu oraz dokumentowanie powstałych opóźnień; dokonywanie nadzoru nad próbnymi rozruchami sprzętu oraz odbiorów zainstalowanego sprzętu i nadzorowanie zabezpieczenia pomieszczeń, w których sprzęt i/lub wyposażenie zostały zainstalowane; sporządzanie tygodniowych raportów dla zamawiającego o dokonanych dostawach sprzętu i prowadzonych pracach montażowych, ze szczególnym uwzględnieniem uwag co do nieprawidłowości w instalacji sprzętu i innego wyposażenia, ujawnionych wad sprzętu i wyposażenia.

Co do drugiej grupy obowiązków, jakie ciąży na inżynierze kontraktu, jest on zobowiązany do sprawowania bieżącej kontroli prawidłowości stosowania procedur wymaganych przez współfinansujący podmiot zagraniczny (w głównej mierze przez Unię Europejską). Jego obowiązki związane są z weryfikacją zgodności prac z wymaganymi w umowie o dofinansowanie, zawartej przez zamawiającego (inwestora), procedurami i polegają w dużej mierze na kontroli kosztów i finansowej koordynacji rozliczeń inwestycji w zgodzie z warunkami niniejszej umowy, a także z efektywnym zarządzaniem rozliczeniami wynikającymi z umów zawieranych przez zamawiającego z wykonawcą i podmiotami odpowiedzialnymi za dostawy sprzętu w celu wyeliminowania możliwości nałożenia na zamawiającego sankcji finansowych. Inżynier kontraktu jest tym samym pierwszym organem kontrolnym, dokonującym weryfikacji dostosowania się zamawiającego do wszelkich wymagań formalnych, jakie wynikają z umowy o jej dofinansowanie, a także oceny ryzyka na poszczególnych etapach realizacji oraz przygotowywania zmian harmonogramu zadań w przypadku wystąpienia nieprzewidzianych trudności lub przeszkód w trakcie realizacji inwestycji. Fakultatywna dla ustawowych obowiązków inspektora nadzoru inwestorskiego sprawozdawczość (kontrolowanie rozliczeń budowy na żądanie inwestora) staje się dla instytucji inżyniera kontraktu obligatoryjna na każdym etapie realizacji inwestycji. Odpowiednio sporządzone

raporty mają bowiem umożliwić sprawne rozliczenie dofinansowania, a także pozwalają na bieżącą orientację podmiotu współfinansującego w zaawansowaniu i prawidłowości przebiegu prac. Inżynier kontraktu ma zatem za zadanie: zapewnienie zgodności harmonogramu prac wykonawcy z założeniami harmonogramu realizacji inwestycji; planowanie płatności na rzecz wykonawcy, dostawców wyposażenia oraz swoich własnych z zachowaniem pełnej zgodności z planem wystąpień o środki do podmiotu współfinansującego; nadzór nad zgodnością realizacji inwestycji z założeniami przedstawionymi we wniosku o dofinansowanie oraz w opisie projektu, zgodnie z umową o dofinansowanie; monitorowanie poprawności dokumentów rozliczeniowych przedkładanych przez wykonawcę oraz wykonawców dostaw sprzętu; dokonanie rozliczenia końcowego inwestycji z uwzględnieniem rozliczenia i wsparcia przekazania środków trwałych i przygotowanie dokumentów (w szczególności raportu końcowego, dokumentów odbiorów technicznych) czy podsumowanie kosztów budowy i rozliczenie finalne budowy z wykonawcą i wykonawcami dostaw sprzętu. Niebezpieczne zatem jest, spotykane w branżowych opracowaniach dotyczących instytucji inżyniera kontraktu³⁴, określenie „strażnik procedur” w odniesieniu do tej instytucji.

4. Prawa inżyniera kontraktu i związana z nimi odpowiedzialność

Scharakteryzowane powyżej obowiązki, jakie zwykle nakładane są na inżyniera kontraktu na podstawie zawartej pomiędzy nim a zamawiającym (inwestorem) umowy, dla właściwego ich wykonywania zrekompensovane muszą być szeregiem uprawnień, jakie przysługują inżynierowi kontraktu w toku realizacji inwestycji. Ważny jest również wymóg bezstronności inżyniera kontraktu, który określa, że niezależnie od sytuacji, w której zgodnie z Kontraktem Inżynier może postępować uznaniowo: (a) wydając decyzję, opinię lub zgodę, (b) wyrażając zadowolenie lub zatwierdzenie, (c) określając wartość lub (d) w inny sposób podejmując działanie, które może dotyczyć praw i obowiązków Zamawiającego lub Wykonawcy, winien on postępować bezstronnie w ramach Kontraktu i brać pod uwagę wszystkie okoliczności³⁵. Inżynier kontraktu ma być więc instytucją profesjonalną, co wymaga, aby zawsze wtedy, gdy na mocy zawartej umowy inżynier kontraktu uprawniony jest do wydawania decyzji, opinii lub zgody, wyrażania zadowolenia lub aprobaty, określania wartości lub podejmowania jakichkolwiek innych działań wymagających od niego postępowania uznaniowego, robił to w sposób bezstronny, który zakłada zachowanie gotowości wysłuchania i rozważenia stanowiska obu stron, zarówno zamawiającego, jak i wykonawcy. Inżynier kontraktu ma więc działać w oparciu jedynie o fakty i na ich podstawie dokonywać wiążących ustaleń. I tak, realizując swoje zadania, inżynier kontraktu uprawniony jest do wstrzymywa-

³⁴ Na przykład: PM Group, *Strażnik czasu, ceny i jakości*, portal finansowy IPO.pl, http://www.ipo.pl/kadry/artykuly/straznik_czasu_ceny_i_jakosci_592668.html [dostęp: 12.10.2015].

³⁵ *FIDIC. Warunki kontraktowe...*, Subklauzula 2.6 Bezstronność Inżyniera.

nia prac, zmiany ich harmonogramu czy do dokonywania korekt wynagrodzenia wykonawcy. Przykładowo, co nasuwa skojarzenia z ustawowym obowiązkiem inspektora nadzoru inspektorskiego, jeżeli w opinii inżyniera kontraktu powstanie stan zagrożenia życia, robót budowlanych lub przyległej posiadłości, to może on, bez zwolnienia wykonawcy z żadnego z jego obowiązków i odpowiedzialności według kontraktu, polecić wykonawcy wykonanie wszelkiej pracy lub podjęcie wszelkich takich działań, które mogą w opinii inżyniera kontraktu być konieczne, aby zmniejszyć lub ograniczyć ryzyko. Wykonawca, pomimo braku aprobaty zamawiającego, ma wynikający z umowy na wykonywanie czynności inżyniera kontraktu obowiązek bezzwłocznego zastosowania się do każdego polecenia inżyniera kontraktu. Nie ulega wątpliwości, że takie działania inżyniera kontraktu mogą rodzić jego odpowiedzialność za podjęte decyzje w trakcie realizacji inwestycji budowlanej, co ma swoje odzwierciedlenie w umownym obowiązku inżyniera kontraktu do określenia dodatku do ceny kontraktowej³⁶ w związku z takim poleceniem. Mamy tu do czynienia w zasadzie jedynie z odpowiedzialnością finansową, której podstaw szukać możemy w roli inżyniera kontraktu, polegającej na nadzorze technicznym nad robotami budowlanymi i ich jakością oraz całą dokumentacją sporządzaną przez wykonawcę, powodowaną troską zamawiającego o terminową i prawidłową realizacją inwestycji budowlanej, gdyż w przeciwnym razie zaistnieć może konieczność zwrotu części bądź całości środków przekazanych przez podmiot współfinansujący (może dojść do naruszenia warunków umowy o dofinansowanie). Decyzje wydawane przez inżyniera kontraktu, by uniknąć opóźnień lub przerwania prowadzonych robót, muszą być zatem bezzwzględnie przestrzegane, zarówno przez zamawiającego, jak i wykonawcę, a zmienione mogą być jedynie przez samego inżyniera kontraktu drogą polubownego załatwienia lub przez trybunał arbitrażowy³⁷. Charakteryzowana odpowiedzialność inżyniera kontraktu jest jednak odpowiedzialnością złożoną pod względem sumy odpowiedzialności zawodowej asystentów, którzy wykonują często samodzielną funkcję techniczną w budownictwie, inspektora nadzoru inwestorskiego (jeżeli jest ustanowiony) oraz inżyniera-rezydenta, jakie składają się na odpowiedzialność wieloosobowej instytucji inżyniera kontraktu. Częstkowa odpowiedzialność asystentów, ewentualnego inspektora nadzoru inwestorskiego oraz inżyniera-rezydenta, obciąża inżyniera kontraktu, który odpowiedzialny jest zbiorowo za wykonywanie nadanych mu na mocy umowy zadań. Standardem jest więc wymóg zamawiającego (inwestora) wobec inżyniera kontraktu przedstawienia polisy ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej przed podpisaniem umowy na wykonywanie czynności inżyniera kontraktu. Zabezpiecza ona nie tylko inwestora, ale co ważniejsze również inżyniera kontraktu, który poprzez jego ściśle w polskiej praktyce procesu budowlanego powiązanie z zamawiającym (inwestorem), a co za tym idzie ograniczenie jego wymaganej

³⁶ *FIDIC. Warunki kontraktowe...*, Subklauzula 2.1 Obowiązki i uprawnienia Inżyniera.

³⁷ *FIDIC. Warunki kontraktowe...*, Klauzula 67.

warunkami kontraktowymi FIDIC bezstronności, częściej narażony jest na konsekwencje odpowiedzialności finansowej z tytułu nienależycie wykonanych obowiązków³⁸. Z drugiej też strony zaobserwować można niekorzystną dla inżyniera kontraktu praktykę, kiedy w przypadku wystąpienia nieprawidłowości w realizacji inwestycji zgodnie z umową o dofinansowanie zawartą z podmiotem współfinansującym zamawiający (inwestor) przenosi pełną odpowiedzialność na zespół inżyniera kontraktu, nie doszukując się winy po stronie swojej czy wykonawcy. Ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej ma jednostkowy charakter i ściśle podporządkowane jest umowie, zawartej pomiędzy inwestorem a inżynierem kontraktu. Chroni więc inżyniera kontraktu przez cały okres jej obowiązywania, a także obejmuje swoją polisą jego odpowiedzialność za obowiązki pełnione na mocy kontraktu wykonawczego, który będzie nadzorował. Umowa, której przedmiotem jest polisa ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej, zawarta z ubezpieczycielem, musi także zawierać zastrzeżenie, że na jej podstawie zakład ubezpieczeń udziela ochrony zarówno podmiotowi występującemu w roli inżyniera kontraktu, jak i wszystkim podmiotom działającym jako jego asystenci, a także inspektorowi nadzoru inwestorskiego³⁹. Umowa ta nie może pomijać osób pełniących samodzielne funkcje techniczne w budownictwie (przykładowo wskazanych asystentów czy inspektora nadzoru inwestorskiego) tylko dlatego, że na mocy art. 6 ust. 2 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o samorządach zawodowych architektów oraz inżynierów budownictwa⁴⁰ podlegają oni obowiązkowi ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej za szkody, które mogą wyniknąć w związku z wykonywaniem przez nich określonych ustawą – Prawo budowlane funkcji. Ubezpieczenie dobrowolne, jakiemu podlegać może inżynier kontraktu (a konkretniej, jakie wykupić u ubezpieczyciela może przedstawiciel inżyniera kontraktu – inżynier-rezydent, obejmując nim także innych członków swojego zespołu), nie stoi w sprzeczności z obowiązkowym ubezpieczeniem tych osób. Rozdzielność ryzyk wynika wyraźnie z odmienności ról pełnionych przez inżyniera kontraktu i osoby pełniące samodzielne funkcje techniczne w budownictwie. Tym samym ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej inżyniera kontraktu powinno być ubezpieczeniem kompleksowym, które obejmuje cały okres realizacji zadań wynikających z zawartej z inwestorem umowy na wykonywanie czynności inżyniera kontraktu oraz wszystkich członków zespołu inżyniera kontraktu, a także ubezpieczeniem samodzielnym – zobowiązaniem gwarancyjnym zakładu ubezpieczeń, niepowiązaniem z innymi ubezpieczonymi ryzykami⁴¹.

³⁸ Zob. FIDIC, *Ubezpieczenie zawodowej odpowiedzialności materialnej – elementarne wiadomości*, Warszawa 2006.

³⁹ M. Capik, M. Capik, *Ubezpieczenie inżyniera kontraktu. FIDIC*, „Magazyn Ubezpieczeniowy” 2003, nr 2 (80).

⁴⁰ Dz.U. z 2014 r., poz. 1946.

⁴¹ *Ibidem*.

5. Zakończenie

Reasumując, instytucja inżyniera kontraktu jest bardziej rozbudowaną formą określoną w ustawie – Prawo budowlane instytucji inspektora nadzoru inwestorskiego. Obligatoryjny (dla pewnego rodzaju kategorii inwestycji budowlanych) inspektor wzmocniony zostaje w pełni fakultatywnym inżynierem kontraktu, tak aby wprowadzić na teren budowy podmiot, który nie będzie zależny w takim stopniu od inwestora jak inspektor nadzoru inwestorskiego, stanowiący reprezentację inwestora na placu budowy. Inżynier kontraktu, jako instytucja niezależna od inwestora, nie jest zatem konstruktem normatywnym, a opiera się głównie o ujednoczone warunki kontraktowe FIDIC. Eksponuje się tym samym bezstronność inżyniera kontraktu, który zobowiązany jest działać w imieniu zamawiającego (inwestora) bez względu na stosunek prawny łączący oba te podmioty. Inżynier kontraktu pośredniczy więc we wszystkich umowach zawieranych między inwestorem a wykonawcą, a pomimo tego sam nigdy nie jest ich stroną. Umowne obowiązki inżyniera kontraktu wypełniają całość zadań stawianych przez ustawodawcę wobec inspektora nadzoru inwestorskiego. Również prawa, jakie zyskuje inżynier kontraktu na mocy warunków kontraktowych FIDIC, są znaczące dla przebiegu procesu realizacji inwestycji budowlanej, i podobnie jak w przypadku inspektora nadzoru inwestorskiego, ale także innych osób sprawujących samodzielną funkcję techniczną w budownictwie (w szczególności kierownika budowy), świadczą o możliwości stosowania przez niego władztwa⁴² w trakcie wykonywania powierzonych mu zadań. W niewielkim stopniu inżynier kontraktu, podobnie jak uczestnicy procesu budowlanego, upodabnia się pod względem katalogu środków władczych do organów nadzoru budowlanego *sensu stricto* (powiatowego inspektora nadzoru budowlanego, wojewody przy pomocy wojewódzkiego inspektora nadzoru budowlanego, jako kierownika wojewódzkiego nadzoru budowlanego, wchodzącego w skład zespolonej administracji wojewódzkiej oraz Głównego Inspektora Nadzoru Budowlanego), *ex definitione* stosujących środki władcze. Stała obecność inżyniera kontraktu (w praktyce najczęściej przedstawiciela inżyniera – inżyniera-rezydenta), wymagana przez zagraniczny podmiot współfinansujący inwestycję (głównie Unię Europejską), wywołuje także skojarzenia z rolą uczestników procesu budowlanego, która polega na nadzorowaniu realizacji inwestycji, mającym przymiot ciągłości jego występowania. Tym samym można stwierdzić, że inżynier kontraktu jest *sui generis* uczestnikiem procesu budowlanego. Zgodnie z powyższym skłonić się należy ku jednej z postawionych tez, że niewpisanie instytucji inżyniera kontraktu do żadnej z ustaw polskiego prawa budowlanego było celowym zaniechaniem ustawodawcy. Celowym, ponieważ instytucji tej konsekwentnie nie wprowadziła także żadna z licznych na przestrzeni ostatnich kilku lat nowelizacji ustawy – Prawo budowlane. Szeroko dyskutowana propozycja zawarta w Kodeksie

⁴² J. Szreniawski, *Wstęp do nauki administracji*, Lublin 2003, s. 59–60.

urbanistyczno-budowlanym⁴³ w swym tekście nigdzie nie odnosi się do zadań inżyniera kontraktu, pomimo że powołana rozporządzeniem Rady Ministrów⁴⁴ Komisja Kodyfikacyjna Prawa Budowlanego za swój główny cel, jak wskazuje uzasadnienie do wersji podstawowej projektu Kodeksu urbanistyczno-budowlanego, uznaje „konieczność budowy nowego systemu prawa procesu inwestycyjno-budowlanego, u podstaw którego ległyby pozytywne i negatywne doświadczenia minionych lat, zarówno krajowe jak i zagraniczne”. Niewpisanie natomiast instytucji inżyniera kontraktu do żadnej z ustaw polskiego prawa budowlanego należy traktować jako zaniechanie, ponieważ fakt nieunormowania na gruncie polskiego prawa instytucji inżyniera kontraktu zdecydowanie nie pomaga w realizacji dużych inwestycji z kapitałem zagranicznym, a tym trudniej odnieść tę instytucję do polskiego prawa budowlanego. Być może odpowiednia inkorporacja instytucji inżyniera kontraktu do krajowego systemu prawnego spowodowałaby wzrost zainteresowania inwestorów zagranicznych prowadzeniem inwestycji budowlanych na terenie kraju, a z pewnością mogłaby rozwiać niektóre ich obawy o mnożące się komplikacje w trakcie finansowanie przez nich inwestycji budowlanych w Polsce.

Bibliografia

Literatura

Abraham Wilfred, *FIDIC: an Analysis of International Construction Contracts*, London 2005.

Baker Ellis (ed.), *FIDIC Contracts: Law and Practice*, Abingdon 2009.

Boczek Zbigniew J., *Procedury realizacji inwestycji według FIDIC i zamówień publicznych*, Szczecin 2006.

Bunni Nael G., *The FIDIC Forms of Contract*, 3rd Edition, Dublin 2005, no. 3.5.

Capik Małgorzata, Capik Maciej, *Ubezpieczenie inżyniera kontraktu. FIDIC*, „Magazyn Ubezpieczeniowy” 2003, nr 2 (80).

Kisilowska Helena (red.), *Prawo budowlane z umowami w działalności inwestycyjnej. Komentarz*, Warszawa 2008.

Lewison Kim, *The Interpretation of Contracts*, 3rd Edition, London 2004, no. 2.05.

Małysa Katarzyna, *Nowe regulacje procesu inwestycyjno-budowlanego*, Kraków 2004.

Pejovic Caslav, *Civil Law and Common Law: Two Different Paths Leading to the Same Goal*, „Victoria University of Wellington Law Review” 2001, vol. 32.

Shears Peter, Stephenson Graham, *James' Introduction to English Law*, 13th Edition, Oxford 1996.

⁴³ Ministerstwo Infrastruktury i Rozwoju, materiały z prac Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Budowlanego, *Projekt (wersja podstawowa) Kodeksu urbanistyczno-budowlanego*, https://www.mir.gov.pl/media/5932/z40_kodeks_urbanistyczno_budowlany.pdf [dostęp: 12.10.2015].

⁴⁴ Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 10 lipca 2012 r. w sprawie utworzenia, organizacji i trybu działania Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Budowlanego (Dz.U. poz. 856).

Strąk Małgorzata, *Wpływ warunków kontraktowych międzynarodowego systemu FIDIC na procedury administracyjnoprawne w zakresie inwestycji infrastrukturalnych*, Gdańsk 2015.

Szreniawski Jan, *Wstęp do nauki administracji*, Lublin 2003.

Źródła

FIDIC, *Selection by ability: FIDIC guidelines on quality based selection of consulting engineers*, Warszawa 1995.

FIDIC, *Ubezpieczenie zawodowej odpowiedzialności materialnej – elementarne wiadomości*, Warszawa 2006.

FIDIC/SIDIR, *FIDIC. Warunki kontraktowe dla budowy dla robót inżynieryjno-budowlanych projektowanych przez zamawiającego*, Warszawa 2008.

FIDIC/SIDIR, *Rola inżyniera konsultanta w przedsięwzięciach*, Warszawa 1996.

FIDIC/SIDIR, *Warunki kontraktowe dla budowy: dla robót inżynieryjno-budowlanych projektowanych przez zamawiającego*, Kraków 2005.

FIDIC/SIDIR, *Warunki kontraktowe FIDIC: realizacja inwestycji według standardów unijnych*, Warszawa 2013.

Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 10 lipca 2012 r. w sprawie utworzenia, organizacji i trybu działania Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Budowlanego (Dz.U. poz. 856).

Ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (Dz.U. z 2013 r., poz. 1409 z późn. zm.).

Ustawa z dnia 15 grudnia 2000 r. o samorządach zawodowych architektów oraz inżynierów budownictwa (Dz.U. z 2014 r., poz. 1946).

Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2015 r., poz. 2164).

Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 lipca 1981 r., III CRN 97/81, OSNCP 1982, nr 2–3, poz. 30.

Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 21 stycznia 2005 r., UZP/ZO/0-52/05.

Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 22 kwietnia 2005 r., UZP/ZO/0-749/05.

Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 20 czerwca 2006 r., UZP/ZO/0-1730/06.

Internet

Ministerstwo Infrastruktury i Rozwoju, materiały z prac Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Budowlanego, Projekt (wersja podstawowa) Kodeksu urbanistyczno-budowlanego, https://www.mir.gov.pl/media/5932/z40_kodeks_urbanistyczno_budowlany.pdf.

PM Group, *Strażnik czasu, ceny i jakości*, Portal finansowy IPO.pl, http://www.ipo.pl/kadry/artykuly/straznik_czasu_ceny_i_jakosci_592668.html.

Zakład Sieni i Usług Społeczeństwa Informacyjnego Instytutu Łączności Państwowego Instytutu Badawczego, *Wykaz definicji podstawowych pojęć SIIS / SIRS* z dnia 19 sierpnia 2014 r., <http://docplayer.pl/529105-Wykaz-definicji-podstawowych-pojec-siis-sirs.html>.

Dariusz Wasiak

Wyższa Szkoła Bankowa we Wrocławiu

Bezpieczeństwo na drogach jako swoista *ultima ratio* czy jedynie argument dla ograniczania kompetencji organów wykonawczych gminy?

Safety on roads as *ultima ratio* or simply an argument for restricting competence of self-governmental executive bodies?

Streszczenie

W artykule przedstawiono jedną z możliwości wykorzystania klauzul generalnych „bezpieczeństwa” i „porządku publicznego” jako skutecznego instrumentu legitymującego działania władze państwa. Autor dowodzi, że klauzula generalna osadzona w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP jest w stanie skutecznie ograniczyć kompetencje organów wykonawczych gminy na płaszczyźnie ich prawa do kształtowania własnej polityki w sferze ruchu drogowego.

Słowa kluczowe

Bezpieczeństwo publiczne, porządek publiczny, kompetencje, samorząd, ruch drogowy, straż miejska, organ wykonawczy gminy.

Abstract

The article presents one of the possibilities of implementing a general clause of “security” and “public order” as an effective instrument to legitimize imperious actions of the State. The author argues that a general clause included in art. 31(3) of the Constitution of the Republic of Poland can be regarded as an argument which may effectively restrict the competence of self-government executive bodies concerning the right to develop their own policies in the area of road traffic.

Keywords

Public security, public order, competence, self-government, road traffic, self-governmental police (municipal police), executive bodies of community.

Wprowadzenie

Artykuł jest analizą jednego z wielu występujących w prawie przykładów wykorzystania przez władzę możliwości wynikających z przywoływania klauzul generalnych „bezpieczeństwa” i „porządku publicznego”. Za pomocą tych głównych nośników argumentacyjnych państwo jest w stanie osiągnąć wyznaczony przez siebie cel przy szero-

kiej, choć często medialnie kształtowanej, akceptacji społecznej¹. Wszak klauzule te, będąc nośnikami wartości, nie tylko uelastyczniają prawo, ale także – jako pewne odsłony zespołu reguł skierowanych na efektywne modelowanie informacyjne społeczeństwa – umniejszają rolę tych wartości, jak również często maskują główny cel władzy – utrzymanie kondycji ekonomicznej państwa. Zapewnienie bezpieczeństwa na drogach jest bowiem wyłącznie celem co najwyżej drugorzędym, wyznaczonym przez nieostre, wykorzystujące wielopłaszczyznowe konotacje pojęcie, które pozwala władzy dowolnie żonglować kompetencjami organów wykonawczych gminy w dziedzinie ich prawa do kształtowania własnej polityki w sferze ruchu drogowego, a tym samym zagarnąć sprawdzony już model zarządzania bezpieczeństwem i środkami publicznymi.

1. Instrumentarium

Podmiotem ochrony bezpieczeństwa publicznego jest zawsze państwo, czyli organizacja i społeczeństwo występujące jako jej element, jego przedmiotem zaś są urządzenia podstawowe, czyli urządzenia umożliwiające normalną egzystencję, a także każde mienie, w tym dobra materialne i niematerialne poszczególnych obywateli². Treścią pojęcia „bezpieczeństwo” objęta jest zatem ochrona życia, zdrowia i mienia, co skutkuje tym, że państwo poprzez realizację działań nacechowanych zachowaniami zorientowanymi na utrzymanie określonego przez siebie stanu, chroni społeczeństwo i jego interesy (w tym własne) przed szkodami im zagrażającymi, niezależnie od źródła ich powstania, w tym także przed hipotetycznymi zagrożeniami powodowanymi przez samego człowieka, czyli podmiot kształtowany instrumentalnie³. Działania takie wynikać mogą z faktu wyróżniania dwóch znaczeń pojęcia bezpieczeństwa publicznego: wąskiego i szerokiego. Pojęcie bezpieczeństwa w znaczeniu wąskim jest niczym innym jak systemem urządzeń prawnopublicznych i stosunków społecznych, którego celem jest ochrona społeczeństwa i jednostki, zwłaszcza ze strony gwałtownych czynów ludzi lub działań przyrody. Natomiast w znaczeniu szerokim owo pojęcie obejmuje też działania odwracające niebezpieczeństwa zagrażające życiu, zdrowiu i mieniu ludzi wraz z usuwaniem skutków tych zagrożeń⁴. Z tych względów za jego pośrednictwem ustrojodawca jest w stanie wpłynąć na istniejącą sieć powiązań pomiędzy jednostkami, a tym samym na kształtowanie zachowań społecznych⁵, gdyż sprawniej oddała wszelkie zagrożenia, któ-

¹ <http://www.tvp.info/17518420/raport-nik-strazom-gminnym-zabrac-mobilne-fotoradary> [dostęp 20.07.2015].

² E. Ura, *Bezpieczeństwo i porządek publiczny*, Warszawa 1983, s. 124 i n.

³ Podobnie W. Kawka, *Policja w ujęciu historycznym i współczesnym*, Wilno 1939, s. 46 i n.

⁴ S. Bolesta, *Prawoadministracyjne zagadnienia porządku publicznego*, Warszawa 1997, s. 29.

⁵ K. Sienkiewicz-Małyjurek, Z.T. Niczyporuk, *Bezpieczeństwo publiczne. Zarys problematyki*, [w:] *Organizacyjne podstawy bezpieczeństwa publicznego*, Gliwice 2011, s. 40.

re mogłyby wpłynąć na wystąpienie jakichkolwiek dysproporcji w pozycji ustrojowej każdego przewodnika politycznego.

Z kolei porządek publiczny „rozumiany być może jako dyrektywa takiej organizacji życia publicznego, która zapewnić ma minimalny poziom uwzględniania interesu publicznego. [...] Porządek publiczny zakłada nadto organizację społeczeństwa, która jest oparta na wartościach przez to społeczeństwo podzielanych”⁶. Zatem porządek publiczny to „[...] stan, który umożliwi normalne funkcjonowanie państwa i społeczeństwa, gdyż [...] porządek publiczny w państwie demokratycznym obejmuje w szczególności pewne minimum sprawności funkcjonowania instytucji państwowych. Stąd też przesłanka porządku publicznego [...] może niekiedy obejmować również niektóre interesy gospodarcze państwa”⁷. To z kolei prowadzi do wniosku, że „przesłanka porządku publicznego jest zorientowana na zapewnienie prawidłowego funkcjonowania życia społecznego i – tym samym – nie jest bezpośrednio czy wyłącznie powiązana z «państwem»”⁸.

Uwidocznione tu możliwości kształtowania porządku prawnego za pośrednictwem klauzul generalnych, zrodzone m.in. z trudności wyznaczenia jednej legalnej definicji dla tych chłonnych zakresowo pojęć, przekładają się na ich uniwersalność, a tym samym niezbędność przywoływania w aktach prawnych, gdzie wymagany jest argument, który ma legitymować wprowadzenie ograniczeń lub dokonać zmian w zakresie posiadanych praw i wolności. Dzięki bowiem przywołaniu danych argumentów jako wyznaczników niezbędności dla realizacji wyznaczonego przez ustrojodawcę celu, pojęcia te są w stanie dokonać stygmatyzacji celu, który nie musi być dodatkowo legitymizowany⁹.

Pod pojęciem metod panoptycznych rozumiem natomiast wszelkie działania inspirowo-angażujące lub dezinformujące. Stąd też metody panoptyczne mogą być rozumiane również jako działania instytucji władczych, które przy wykorzystaniu dostępnych narzędzi (w tym prawnych) są w stanie autorytatywnie kreować zachowania

⁶ M. Wyrzykowski, *Granice wolności i praw – granice władzy*, [w:] O. Radzikowska (red.), *Obywatel – jego wolności i prawa. Zbiór studiów przygotowawczych z okazji 10-lecia Urzędu Rzecznika Praw Obywatelskich*, Warszawa, 1998, s. 50.

⁷ K. Wojtyczek, *Granice ingerencji ustawodawczej w sferę praw człowieka w Konstytucji RP*, Kraków 1999, s. 189–190.

⁸ L. Garlicki, *Materialna interpretacja klauzuli demokratycznego państwa prawnego w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, [w:] S. Wronkowska (red.), *Zasada demokratycznego państwa w Konstytucji RP*, Warszawa 2006, s. 25.

⁹ Zaprezentowana teza o dowolnej stygmatyzacji celu za pośrednictwem klauzul generalnych jest wynikiem badań przeprowadzonych w latach 2011–2015, przedstawionych w dysertacji mojego autorstwa pt. *Argument z porządku publicznego jako uzasadnienie technik panoptycznych w dyskursie prawnym*. Stąd też świadomie odstępuję od szerszego przywoływania dotychczasowego dorobku naukowego, a tym samym wyjaśnię terminologii pojęciowej głoszonej przez takich autorów jak m.in.: S. Pieprzny, *Ochrona bezpieczeństwa i porządku publicznego w prawie administracyjnym*, Rzeszów 2007, oraz A. Chajbrowicz, T. Kocowski (red.), *Bezpieczeństwo wewnętrzne w działaniach terenowej administracji publicznej*, Wrocław 2009.

zbiorowe w imię utrzymania – narzuconego przez władzę – stanu bezpieczeństwa i porządku publicznego.

Władza natomiast rozumiana jest tutaj jako cała administracja publiczna, czyli władza ustawodawcza, wykonawcza i sądownicza.

Z kolei instytucje władcze to organy, czyli podmioty powiązane ze sobą i odpowiedzialne za kreowanie zachowań jednostek na płaszczyźnie wertykalnej oraz horyzontalnej, do których niewątpliwie zaliczyć należy m.in. Policję.

2. Uwagi wprowadzające

Najwyższa Izba Kontroli (NIK) w opublikowanym raporcie o stanie bezpieczeństwa na drogach stwierdziła, że zaangażowanie samorządu lokalnego w minimalizowanie negatywnych zachowań na drogach (chodzi o nadmierną prędkość) podyktowane jest jedynie chęcią pozyskiwania pieniędzy do gminnej kasy¹⁰. Dlatego też w celu zmiany tego stanu faktycznego – jak wskazuje NIK – należy odebrać gminom prawo do realizowania działań kontrolnych urzeczywistnianych za pośrednictwem straży gminnych (miejskich). Należy – jak czytamy dalej w raporcie – uposażyć w pakiet możliwości sterowania kontrolami drogowymi wyłącznie ministra właściwego do spraw wewnętrznych, gdyż tylko taki zabieg prawno-organizacyjny przełoży się na poprawę stanu bezpieczeństwa na drogach. Zadanie to będzie bowiem realizowane dodatkowo w oparciu o wieloletni Program Poprawy Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego, w którym wskazane zostaną konkretne kwoty do wydatkowania na ten cel w poszczególnych latach¹¹.

3. Istota zagadnienia

Niewątpliwie te krzywdzące – kunsztownie sprofilowane i zabarwione nutą sofistymatu oraz szczyptą oksymoronu – zawarte w raporcie NIK wnioski są wyrazistym obrazem możliwości efektywnego wykorzystywania plastycznych metod panoptycznych zorientowanych na osiągnięcie zakładanego efektu politycznego i ekonomicznego¹². Mowa tu o możliwości kształtowania każdej informacji, która pozwala na sprawne modelowanie mas (społeczeństwa)¹³. Dzięki takim zabiegom, w tym przypadku polegają-

¹⁰ <http://www.dziennikbałtycki.pl/artykul/4689272,straże-miejskie-bez-fotoradarow-samorzady-moga-stracic-spore-wplywy,id,t.html?cookie=1> [dostęp 20.07.2015].

¹¹ <https://www.nik.gov.pl/plik/id,7572,vp,9503.pdf> [dostęp 20.07.2015].

¹² Do takich metod zaliczyć można m.in. przekazywanie jedynie wybiórczych informacji, czyli informacji sprofilowanych dla wyznaczonego odbiorcy.

¹³ „Nowelizacja przepisów zakłada odebranie stacjonarnych fotoradarów straży miejskiej. Praktyka pokazała, że dla tej formacji bezpieczeństwo na lokalnych drogach nie stanowi priorytetu przy korzystaniu z fotorejestratorów. Szacuje się, że położenie kresu patologicznym praktykom łapania gminnych

cym na wybiórczym doborze upubliczniętych wniosków z przeprowadzonej kontroli, instytucje państwowe odpowiedzialne za dbałość o gospodarność państwa mogą – dzięki pozyskanej w ten sposób znaczącej akceptacji społecznej oraz w imię dbałości o bezpieczeństwo na drogach – swobodnie kształtować poszczególne elementy polityki państwa, w tym głównie jego politykę fiskalną¹⁴.

Stąd też najprawdopodobniej z tych względów w przedstawionych wnioskach nie znalazł się czy też został zmarginalizowany fakt niewydolności bądź małej operatywności służb państwowych lub ich opieszałości, a tym samym zabrakło informacji o świadomym wykorzystywaniu przez te służby kompetencji organów wykonawczych gminy do samodzielnego realizowania zadań związanych z dbałością o bezpieczeństwo na drogach. Raport nie eksponuje bowiem wyrażenie faktu, że dochody uzyskane z grzywien nałożonych za naruszenia przepisów ruchu drogowego, ujawnione za pomocą urządzeń rejestrujących, winne być w całości przeznaczone przez organy jednostek gminy na finansowanie zadań:

- 1) inwestycyjnych,
- 2) modernizacyjnych lub
- 3) remontowych związanych z siecią drogową skierowanych na poprawę bezpieczeństwa ruchu drogowego, w tym popularyzację przepisów ruchu drogowego,
- 4) działalność edukacyjną oraz
- 5) współpracę w tym zakresie z właściwymi organizacjami społecznymi i instytucjami pozarządowymi¹⁵.

Dlaczego? Odpowiedź na zrodzone pytanie czy też pytania można odnaleźć w „polityce dbałości ustawodawcy o gospodarność państwa” zawartej w ustawie budżetowej.

W założeniach do projektu budżetu państwa na rok 2016 uwidoczony jest plan przewidywanych dochodów, które jak podnosi projektodawca, mogą być nieco niższe niż zakładano w prognozach finansowych przeprowadzonych w I kwartale 2015 roku. Wiedza ta jednak nie skutkuje jakimikolwiek zmianami działań rządu, który nadal utrzymuje, że przeznaczy dodatkowe środki na wynagrodzenia dla określonych grup pracow-

budżetów z kieszeni kierowców pozbawi gminne kasy ok. 300 mln zł. Zarządzanie wszystkimi fotoradarami będzie należało do Inspekcji Transportu Drogowego, a pieniądze z mandatów otrzyma skarbowo państwa”. Zob. http://wyborcza.biz/finanse/1,125887,17429142,Nowe_przepisy_i_nowe_mandaty__PORADNIK_.html [dostęp 20.07.2015].

¹⁴ „[...] już w najbliższych miesiącach – system (kontroli) ma objąć w całym kraju 400 fotoradarów, 29 urządzeń do odcinkowego pomiaru prędkości, 20 instalacji rejestrujących na skrzyżowaniach wjazdu na czerwonym świetle oraz 29 mobilnych urządzeń rejestrujących zainstalowanych w pojazdach ITD. Montaż przy drogach ostatniej partii 100 fotoradarów, a także m.in. rejestratorów przejazdów na czerwonym świetle zaplanowany jest po wakacjach”, <http://biznes.onet.pl/straz-miejska-pozbawiona-fotoradarow/xxps89> [dostęp 20.07.2015].

¹⁵ Art. 20d ustawy z dnia 20 marca 1985 o drogach publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 460 ze zm.).

nicznych w administracji zespolonej oraz wojska¹⁶. Dlatego też w konsekwencji dodatkowe koszty – czyli nieplanowane wydatki – na utrzymanie sektora państwowego w 2016 roku mogą wzrosnąć o ponad 2 mld zł¹⁷. Aczkolwiek należy tu mocno zaakcentować, że przywołana wartość nadal rośnie – jest stale płynna, gdyż katalog grup, którym rząd zaplanował przyznać podwyżki, jest cyklicznie rozszerzany¹⁸.

Prima facie można zatem dostrzec, że w 2016 roku rząd zmuszony będzie do skoncentrowania swoich działań na wroście efektywności sektora administracji podatkowej oraz represyjności Policji i Inspekcji Transportu Drogowego (ITD)¹⁹. Oczywiście wzrost oczekiwanej efektywności wymusza na służbach państwowych prowadzących działania na rzecz poprawy porządku i bezpieczeństwa publicznego na drogach zwiększenie sankcyjności²⁰. Podstawowym kryterium oceny sprawności służb publicznych – Policji i ITD – będzie zatem wymierny efekt finansowy realizowanych działań kontrolnych.

W tym duchu ustawodawca podjął już w roku ubiegłym (2015) działania eksploracyjne naznaczone odkryciem nowych możliwości stałego finansowania rosnących zobowiązań poczynionych w okresie kampanii wyborczej²¹. Dobitnym tego przykładem są wdrożone już zmiany w ustawie z dnia 20 czerwca 1997 r. – Prawo o ruchu drogowym²², które drastycznie ograniczyły kompetencje organów wykonawczych gminy, a tym samym dotychczasową swobodę w realizowaniu powierzonych gminom zadań w zakresie dbałości o bezpieczeństwo w ruchu drogowym na swoim poziomie kompetencji. Odebranie bowiem na podstawie ustawy z dnia 24 lipca 2015 r. o zmianie ustawy – Prawo

¹⁶ <http://www.portal-mundurowy.pl> oraz <http://wiadomosci.onet.pl/kraj/andrzej-duda-do-zolnierzy-uczynie-wszystko-byscie-nie-musielismartwic-sie-o-byt/lxddd06> [dostęp 20.07.2015].

¹⁷ http://www.mf.gov.pl/documents/764034/4738924/20150609_zalozenia_budzet_panstwa_2016.pdf [dostęp 20.07.2015].

¹⁸ http://www.nszzp.pl/index.php?option=com_content&view=article&id=5776:premier-obiecuje-podwyki-od-stycznia-2016-roku&catid=1:aktualnoci-nszz-policjantow&Itemid=30 [dostęp 20.07.2015].

¹⁹ „Według szefa komisji infrastruktury Stanisława Żmijana wysokość mandatu za przekroczenie prędkości do 10 km/godz. wyniesie 3 proc., czyli 114 zł. Przy przekroczeniu o 50 km/godz. w terenie niezabudowanym stawka sięgnie 20 proc., czyli 760 zł. Ta suma zostanie podwojona (1520 zł), jeśli wykroczenie nastąpi w terenie zabudowanym. Recydywistom, którzy w ciągu roku dokonają tego cztery razy lub więcej, licząc od daty zarejestrowania pierwszego wykroczenia, mandat zostanie podwyższony do 2 tys. zł”; http://wyborcza.biz/finanse/1,125887,17429142,Nowe_przepisy_i_nowe_mandaty_PORADNIK_.html [dostęp 20.07.2015].

²⁰ <http://www.krbrd.gov.pl/files/file/Program-realizacyjny-na-lata-2015-2016.pdf> [dostęp 20.07.2015].

²¹ Zob. propozycję zmian – druk sejmowy nr 3222 – dla art. 140af ustawy – Prawo o ruchu drogowym: „1. Za naruszenie niestosowania się do ograniczenia prędkości określonego ustawą lub znakiem drogowym, lub niestosowania się do sygnałów świetlnych, ujawnione przy użyciu stacjonarnego urządzenia rejestrującego nakłada się karę pieniężną, w drodze decyzji administracyjnej”, która dowodzi zarazem, że tryb mandatowy jest niewydolny, co wpływa negatywnie na skutki finansowe dla skarbu państwa. <http://orka.sejm.gov.pl/Druki7ka.nsf/0/75165748ACCAD739C1257E0400361EA1/%24File/3222.pdf> oraz <http://wyborcza.pl/1,75478,18359948,rzad-obiecuje-lodzi-drogi-pieniadze-dla-szpi-tali-pomoc-w.html#TRrelSST> [dostęp 20.07.2015].

²² Dz. U. z 2012 r., poz. 1137 ze zm.

o ruchu drogowym oraz ustawy o strażach gminnych²³ uprawnień strażom miejskim (gminnym) do przeprowadzania kontroli drogowych ograniczyło kompetencje wójtom, burmistrzom i prezydentom w obszarze posiadanych możliwości realizowania zadań w tym zakresie.

Efektem tego – jak można dostrzec, opierając się na założeniach polityki fiskalnej – było jednak dobro ogółu, które równoznaczne jest z próbą ustabilizowania budżetu państwa dzięki dodatkowym i stałym wpływom²⁴. Albowiem jak ogłosił przewrotnie NIK: „stan bezpieczeństwa na polskich drogach w ciągu ostatnich dziesięciu lat ulegał poprawie. Jest to niewątpliwie efekt szeregu działań podejmowanych przez organy państwa, samorządy terytorialne, instytucje naukowe, organizacje pozarządowe, przedstawiciele mediów, a także osoby prywatne. Na przestrzeni ostatnich 10 lat liczba śmiertelnych ofiar wypadków spadła o 41 procent, a liczba osób rannych o 31 procent. Tendencja spadkowa utrzymuje się w całym 10-letnim okresie i to pomimo stałego wzrostu liczby pojazdów poruszających się po polskich drogach”²⁵. Stanowisku temu wtóruje Minister Spraw Wewnętrznych, który głosi, że jest „mniej wypadków drogowych oraz [nastąpił] spadek liczby zabitych i rannych osób – tak przedstawia się bilans bezpieczeństwa na polskich drogach w lipcu. Według wstępnych danych, w wypadkach zginęło o 32 osoby mniej, niż w lipcu 2014 r. Spadła także liczba wypadków – o 542 oraz liczba osób rannych – o 752”²⁶.

4. Pole dyskursu

Podjęte przez prawodawcę kroki prawne naznaczone niezbędnością ograniczania realnych możliwości organów wykonawczych gminy w kształtowaniu efektywnej polityki bezpieczeństwa na drogach, które niewątpliwie są skorelowane z polityką fiskalną, nie mogą być zatem postrzegane inaczej, jak wyłącznie przez pryzmat strategii rządu zorientowanej na uzyskanie dodatkowego, stałego i planowo zwiększanego strumienia wpływów zasilających budżet państwa już od roku 2016²⁷. Dlatego też nie można tutaj

²³ Dz. U. z 2015 r., poz. 1335.

²⁴ Zakładane zmiany weszły już w życie z dniem 1 stycznia 2016 r., <http://www.sejm.gov.pl/Sejm7.nsf/druk.xsp?nr=2973> [dostęp 20.07.2015]; <http://orka.sejm.gov.pl/Druki7ka.nsf/0/75165748ACCAD739-C1257E0400361EA1/%24File/3222.pdf>; http://samorzad.pap.pl/depesze/temat_dnia/154034/ [dostęp 20.07.2015].

²⁵ <https://www.nik.gov.pl/aktualnosci/bezpieczenstwo-na-drogach-co-udalo-sie-juz-zrobic.html> [dostęp 20.07.2015].

²⁶ <https://www.msw.gov.pl/pl/aktualnosci/13584,Na-polskich-drogach-jest-bezpieczniej.html> [dostęp 20.07.2015].

²⁷ <http://polska.newsweek.pl/nowe-stawki-mandatow-koniec-fotoradarow-dla-strazy-miejskiej-,artykuly,367421,1.html> [dostęp 20.07.2015] oraz http://samorzad.pap.pl/depesze/temat_dnia/154034/ [dostęp 20.07.2015]; <http://moto.onet.pl/aktualnosci/ponad-4-7-mld-zl-wplywu-z-systemu-poboru-oplat/tfcer> [dostęp 20.07.2015].

mówić o realizowaniu przez ustawodawcę strategii – jak głosi prawodawca – która rzekomo wyznacza nowe czy też jeszcze nierealizowane przez gminy działania na rzecz poprawy bezpieczeństwa publicznego na drogach.

Wiedza ustawodawcy o tym, że przy użyciu pojęć nieostrych przywołanych w aktach prawnych można normatywnie rozpraszać wszelką niekonsekwencję czy też niewydolność służb publicznych oraz modelować społeczeństwo, jest ogromna. Wprawdzie zależność ta została częściowo uwidoczniła przez inspektorów NIK, lecz zobrazowana na czwartym, a nawet piątym planie raportu. Z tych względów jest właśnie „niewidoczna” dla mniej zapoznanego z tą materią czytelnika²⁸. Dlatego też nowa strategia rządu – rzekomo nacechowana właściwymi działaniami na rzecz poprawy bezpieczeństwa na drogach, która w rzeczywistości skierowana jest na ograniczenie prawnie wyznaczonego wachlarza możliwości pozwalających na efektywne realizowanie zadań własnych przez gminy, o którym mowa w art. 7 ust. 1 pkt 14 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym²⁹ – jest skrajnie nieprzyjazna gminom³⁰, gdyż ogranicza możliwości działania jej „zbrojnego oręża” – straży gminnych (miejskich)³¹.

Potwierdza to Pierwszy Prezes SN, który nie dostrzegł potrzeby takich zmian, dowodząc, że opiniowane propozycje legislacyjne nie zasługują na aprobatę, gdyż takich zmian ustawowych po prostu nie można nazwać merytorycznymi i racjonalnymi³². Niestety, stanowisko to w żaden sposób nie wpłynęło na zachowanie ustawodawcy, które mogłoby się przełożyć na jego odstąpienie od wprowadzenia zmian legislacyjnych zorientowanych na odebranie możliwości prowadzenia działań kontrolnych przy użyciu tzw. fotoradarów. Dlatego też nawet pierwszy protest przedstawicieli tych formacji zaplanowany na dzień 17 sierpnia 2015 r. pod Sejmem nie był w stanie tego zmienić³³. Nie dostrzegają tego sami zainteresowani, choć zdobyte w okresie ponad 20 lat doświadczenie na polu prawnym powinno dać rękojmię, iż posiadli oni wystarczającą wiedzę o swojej znikomej pozycji strategicznej w procesie legislacyjnym. Aktywne w tej materii straże najwyraźniej nie dostrzegają, że nie są stroną, która mogłaby podjąć jakiegokolwiek rozmowy, a tym bardziej rozmowy, których efektem byłoby uzyskanie konsensusu zadawalającego obie strony. *Nota bene* konsensusu uzyskanego w trakcie sprawnych mediacji³⁴.

²⁸ <https://www.nik.gov.pl/plik/id,7572,vp,9503.pdf> [dostęp 20.07.2015].

²⁹ Dz. U. z 2013 r., poz. 594 ze zm.

³⁰ <http://www.krksmg.pl/zdaniem-rzeczownika,59,kat.html> [dostęp 20.07.2015]; <http://biznes.onet.pl/straz-miejska-pozbawiona-fotoradarow/xxps89> [dostęp 20.07.2015].

³¹ Dz. U. z 2013 r., poz. 1383 ze zm.

³² <http://orka.sejm.gov.pl/Druki7ka.nsf/0/1014F53E40250806C1257DB0003E4A1C/%24File/2973-001.pdf> [dostęp 20.07.2015].

³³ Wewnętrzna korespondencja Prefekta Krajowej Rady Komendantów Straży Miejskich i Gminnych Rzeczypospolitej sygnowana datą 12 sierpnia 2015 r.

³⁴ Pogląd ten wynika z analizy ustawy o strażach gminnych (miejskich), (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 1383 ze zm.).

5. Głos krytyki

Niewątpliwie troska o bezpieczeństwo i porządek publiczny, w tym w ruchu drogowym, należy do zadań własnych gmin. Dlatego też rolą ustawodawcy winno być zapewnienie jego podstawowym jednostkom odpowiednich środków prawnych i instytucjonalnych do ich wykonywania, gdyż „uprawnienia straży gminnych (miejskich) w zakresie kontroli ruchu drogowego nie budzą obecnie wątpliwości w praktyce stosowania prawa, w tym wykładni tych przepisów przez Sąd Najwyższy”³⁵. Niestety, przywołane stanowisko nadal pozostaje w opozycji do działań prawodawcy. Czynniki ekonomiczny – zapewnienie stabilności budżetu państwa – starannie przysłonięty niezbędną wprowadzenia zmian na rzecz zapewnienia bezpieczeństwa na drogach (tutaj jako pewien czynnik habituacyjny) wyznacza główne zachowania prawodawcy – wymóg dbałości o ogół, który określany jest przez czynnik finansowy.

Niemniej jednak strategia ustawodawcy nie może być bezkrytycznie legitymowana terminem, czy też raczej pojęciem³⁶, które wyznacza jego zakres oddziaływania i spaja go z głośnym strachem³⁷ o niekompetencji służb gminnych³⁸. Takie zachowania mogą jedynie potwierdzać hipotezę, że ustawodawca zdaje sobie sprawę z tego, iż argument z porządku lub bezpieczeństwa publicznego jest jedynie narzędziem – pewną „przepustką”, którą można sprawnie wykorzystywać, a tym samym legitymować wszelkie zachowania władcze nacechowane ingerencją w prawa i wolności jednostek, a także wpływać na poziom swobody gmin, czyli również na kompetencje organów wykonawczych gminy.

Uprawnione jest zatem twierdzenie, że klauzula porządku i bezpieczeństwa nie jest już wyłącznie nośnikiem wartości, lecz także pojęciem, które utraciło – raczej bezpowrotnie – swój pierwotny charakter. Stąd też nie może ono być obecnie utożsamiane wyłącznie z wyznacznikiem praw i wolności, lecz także z uniwersalnym narzędziem władzy o podłożu techniczno-ekonomicznym, wykorzystywanym również na arenie możliwości wprowadzania ograniczeń samorządom w zakresie realizowania zadań własnych.

³⁵ <http://orka.sejm.gov.pl/Druki7ka.nsf/0/1014F53E40250806C1257DB0003E4A1C/%24File/2973-001.pdf> [dostęp 20.07.2015].

³⁶ Z uwagą na jego pewną moc sprawczą – moc oddziaływania.

³⁷ „Głosić strach” to w tym przypadku wzbudzać niepokój wśród kierujących za pośrednictwem medialnie ukształtowanych przekazów, w których marketingowo promowany autorytet – tak jak król u Platona posiada jako jedyny inteligencję i mądrość – ma uwiarygodnić przekaz o tym, że określone organy i formacje zorientowane są tylko i wyłącznie na nakładanie mandatów, a nie na wzrost bezpieczeństwa na drogach.

³⁸ <http://www.krksmg.pl/nie-ma-takich-bredni-w-ktore-ludzie-nie-byliby-w-stanie-uwierzyc-czyli-straznicy-miejscy-niekompetentni-arogancy-niekiedy-chamscy-przynajmniej-wedlug,1148,art.html> [dostęp 20.07.2015].

6. Uwagi końcowe

Nie wyolbrzymiając negatywnego wpływu zachowań ustawodawcy na ograniczenie pewnej niezależności gmin w obszarze powierzonych im obowiązków, należy stwierdzić, że prawodawca skutecznie realizuje zamierzenia strategiczne w zakresie pozyskania stałych wpływów do budżetu państwowego. Sprawnie bowiem osłabia gminy w ich niezależności, a raczej możliwości kształtowania wewnętrznej polityki w obszarze zapewnienia porządku i bezpieczeństwa publicznego, a tym samym skutecznie podejmuje kroki w celu usunięcia straży gminnych (miejskich) z pola prawnego. Wszystkie zamierzenia realizowane są w imię polityki fiskalnej, gdyż elastyczność, a także dostosowalność straży do potrzeb poszczególnych gmin jest nie tylko atutem dla organów wykonawczych gminy, lecz także zagrożeniem dla służb państwowych. Dlaczego? Odpowiedź można odnaleźć m.in. w art. 13 ust. 3–4a oraz w art. 33 ust. 2 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji³⁹.

Niestety, zachowania ustawodawcy nie naruszają egalitaryzmu, gdyż jest on jedynie pewną odsłoną utopijnego humanitaryzmu. Dlatego też może on być zawsze kształtowany za pośrednictwem prawa i jego luk czy też blankietów. Do katalogu tego zaliczyć należy oczywiście możliwość przywoływania argumentu z porządku lub bezpieczeństwa, który wzmacniany jest wypracowaną medialnie „potrzebą społeczną”⁴⁰.

7. Wnioski

Klauzula generalna „bezpieczeństwa” oraz „porządku publicznego” osadzona w Konstytucji RP niewątpliwie wskazuje wyłącznie na źródło, a nie zakres chronionych wartości. Tym samym klauzule te pełnią w procesie sekurytyzacji rolę modelującego odsyła-

³⁹ Art. 13 ust. 3 stanowi, że: „Jednostki samorządu terytorialnego, państwowe jednostki organizacyjne, stowarzyszenia, fundacje, banki oraz instytucje ubezpieczeniowe mogą uczestniczyć w pokrywaniu wydatków inwestycyjnych, modernizacyjnych lub remontowych oraz kosztów utrzymania i funkcjonowania jednostek organizacyjnych Policji, a także zakupu niezbędnych dla ich potrzeb towarów i usług” (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 355, 529). Art. 13 ust. 4 stanowi, że: „Na wniosek rady powiatu lub rady gminy liczba etatów Policji w rewirach dzielnicowych i posterunkach Policji na terenie powiatu lub gminy może ulec zwiększeniu ponad liczbę ustaloną na zasadach określonych w art. 12 ust. 2, jeżeli organy te zapewnią pokrywanie kosztów utrzymania etatów Policji przez okres co najmniej 5 lat, na warunkach określonych w porozumieniu zawartym między organem powiatu lub gminy a właściwym komendantem wojewódzkim Policji i zatwierdzonym przez Komendanta Głównego Policji” (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 355, 529). Art. 13 ust. 4a pkt 1 stanowi, że: „Rada powiatu lub rada gminy może przekazać, na warunkach określonych w porozumieniu zawartym między organem wykonawczym powiatu lub gminy a właściwym komendantem powiatowym (miejskim) Policji, środki finansowe stanowiące dochody własne powiatu lub gminy, dla Policji z przeznaczeniem na rekompensatę pieniężną za czas służby przekraczający normę określoną w art. 33 ust. 2” (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 355, 529). Art. 33 ust. 2 stanowi, że: „Zadania służbowe policjanta powinny być ustalone w sposób pozwalający na ich wykonanie w ramach 40-godzinnego tygodnia służby, w 3-miesięcznym okresie rozliczeniowym” (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 355, 529).

⁴⁰ Zob. Z. Ziemiński, *O pojmowaniu sprawiedliwości*, Lublin 1992, s. 107.

cza do innych subiektywnie zobiektywizowanych przez władzę kryteriów i ocen tegoż bezpieczeństwa i porządku publicznego. Z tych względów państwo, będąc zobowiązane do realizacji celu, jakim jest zapewnienie bezpieczeństwa na drogach, może w tym zakresie – i to z dużą swobodą – ograniczać kompetencje organów wykonawczych gminy. Dlatego też państwo może również swobodnie przejąć każdy sprawdzony na niższym szczeblu administracji model zarządzania bezpieczeństwem lub porządkiem na drogach, a także dowolnie kształtować zaangażowanie społeczeństwa w ten (nie)zbędny proces legislacyjny. Jednakże trzeba tu wyraźnie zaakcentować, że wyznacznikiem przejęcia wypracowanego modelu działania formacji podległych organom wykonawczym gmin nie jest wyłącznie sam sposób wpływania na bezpieczeństwo na drogach, lecz przede wszystkim zakładana wielkość wpływów z tytułu nałożonych kar za naruszenia przepisów w ruchu drogowym ujawniona przez straże gminne (miejskie). Model ten łączy bowiem teoretycznie wysoką skuteczność działań na rzecz zapewnienia bezpieczeństwa na drogach z możliwością uzyskiwania stałych wpływów do budżetu, które dokonywane są niezmiennie przez samych niesubordynowanych kierujących.

Potwierdzać to może, że raport NIK o niezbędności odebrania strażom gminnym prawa do realizowania kontroli przy użyciu tzw. fotoradarów, który zaowocował ograniczeniem organom wykonawczym gminy kompetencji na płaszczyźnie ich prawa do kształtowania własnej polityki w sferze ruchu drogowego, to tylko i wyłącznie element sprofilowanej polityki dbałości NIK o gospodarność państwa. Dlatego też wprowadzone zmiany ustawowe powodowane są wyłącznie potrzebą przejęcia przez Państwo stałego strumienia możliwych wpływów do budżetu, a nie jak to starają się medialnie wypromować instytucje władcze, m.in. zachłannością gmin czy też niekompetencją strażników gminnych (miejskich).

Bibliografia

Literatura

- Bolesta Stanisław, *Prawnoadministracyjne zagadnienia porządku publicznego*, Warszawa 1997.
- Chajbowicz Andrzej, Kocowski Tadeusz (red.), *Bezpieczeństwo wewnętrzne w działaniach terenowej administracji publicznej*, Wrocław 2009.
- Garlicki Leszek, *Materialna interpretacja klauzuli demokratycznego państwa prawnego w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, [w:] Stanisława Wronkowska (red.), *Zasada demokratycznego państwa w Konstytucji RP*, Warszawa 2006.
- Kawka Waclaw, *Policja w ujęciu historycznym i współczesnym*, Wilno 1939.
- Pieprzny Stanisław, *Ochrona bezpieczeństwa i porządku publicznego w prawie administracyjnym*, Rzeszów 2007.

Sienkiewicz-Małyjurek Katarzyna, Niczyporuk Zygmunt Tadeusz, *Bezpieczeństwo publiczne. Zarys problematyki*, [w:] *Organizacyjne podstawy bezpieczeństwa publicznego*, Gliwice 2011.

Ura Elżbieta, *Bezpieczeństwo i porządek publiczny*, Warszawa 1983.

Wojtyczek Krzysztof, *Granice ingerencji ustawodawczej w sferę praw człowieka w Konstytucji RP*, Kraków 1999.

Wyrzykowski Mirosław, *Granice wolności i praw – granice władzy*, [w:] Olga Radzikowska (red.), *Obywatel – jego wolności i prawa. Zbiór studiów przygotowawczych z okazji 10-lecia Urzędu Rzecznika Praw Obywatelskich*, Warszawa 1998.

Ziemiński Zygmunt, *O pojmowaniu sprawiedliwości*, Lublin 1992.

Dzienniki ustaw

Ustawa z dnia 20 czerwca 1997 r. – Prawo o ruchu drogowym (t.j. Dz. U. z 2012 r., poz. 1137 ze zm.).

Ustawa z dnia 8 marca 1990 r o samorządzie gminnym (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 594 ze zm.).

Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. o strażach gminnych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 1383 ze zm.).

Ustawa z dnia 9 kwietnia 1990 r. o Policji (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 355 ze zm.).

Ustawa z dnia 21 marca 1985 r o drogach publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 460 ze zm.).

Ustawa z dnia 24 lipca 2015 r. o zmianie ustawy – Prawo o ruchu drogowym oraz ustawy o strażach gminnych (Dz. U. z 2015 r., poz. 1335).

Internet

<http://orka.sejm.gov.pl>

<https://www.nik.gov.pl>

<http://www.mf.gov.pl>

<https://www.msw.gov.pl>

<http://www.krbrd.gov.pl>

<http://www.nszzp.pl>

<http://www.tvp.pl>

<http://www.dziennikbaltycki.pl>

<http://wiadomosci.onet.pl>

<http://moto.onet.pl>

<http://biznes.onet.pl>

<http://wyborcza.biz>

<http://wyborcza.pl>

<http://polska.newsweek.pl>

<http://www.krksmg.pl>

<http://www.portal-mundurowy.pl>

<http://samorząd.pap.pl>

Dorota Czerwińska
Uniwersytet Wrocławski

Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 9 lipca 2015 r., III KK 375/14¹

Commentary to the Supreme Court decision
of July 9th 2015, III KK 375/14

Streszczenie

W głosowanym postanowieniu Sąd Najwyższy stanął na stanowisku, że zmiana przepisów dotyczących obecności oskarżonego na rozprawie głównej sprawiła, że z dniem 1 lipca 2015 roku uchybienia popełnione w tym zakresie przed tą datą straciły charakter bezwzględnych przyczyn odwoławczych. Autorka nie zgadza się z powyższą tezą. W glosie przeanalizowano dotychczasowe poglądy doktryny i judykatury na dopuszczalność konwalidacji wadliwych czynności procesowych, w tym nieprawidłowo przeprowadzonej rozprawy oraz wadliwości mających charakter bezwzględnej przyczyny odwoławczej. Przeprowadzone rozważania prowadzą do wniosku, że konwalidacja czynności obciążonych tak poważnymi wadliwościami jest dopuszczalna w toku postępowania w I instancji, niedopuszczalna – po uprawomocnieniu się orzeczenia, a wątpliwa – w toku postępowania odwoławczego. W końcowej części glosy autorka zauważa, że sam Sąd Najwyższy w jednym z późniejszych judykatów również zajął odmienne stanowisko, które zasługuje na aprobatę.

Słowa kluczowe

Bezwzględne przyczyny odwoławcze, przepisy przejściowe, konwalidacja czynności procesowych.

Abstract

In the commented decision the Supreme Court presented the view that recent amendments of legal provisions concerning presence of the accused during the main trial mean that infringements committed before July 1st 2015 lost the quality of absolute grounds for reversing the judgment. The author disagrees with this thesis. The commentary analyses the views on the possibility of validating deficient trial procedures (including the deficient main trial and the infringements listed as absolute grounds for reversing the judgment) expressed in earlier legal literature and jurisprudence. The author comes to the conclusion that validating highly defective trial procedures is possible before issuing the original judgments, impossible – after the judgment becomes final and doubtful – during appellate proceedings. In the concluding remarks the author points out that the Supreme Court in one of its recent judgments has already adopted a different stance than in the commented decision – and that the latter deserves merit.

Keywords

Absolute grounds for reversing the judgment, transitional provisions, validation of deficient trial procedures.

¹ „Prokuratura i Prawo” 2015, nr 11, poz. 11.

Teza: Z dniem 1 lipca 2015 r., wobec nowej treści art. 374 § 1 k.p.k. (znowelizowanego przez art. 1 pkt 120 ustawy z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw – Dz. U. z 2013 r. poz. 1247), obecność oskarżonego na rozprawie głównej przestała być obowiązkowa (poza wyjątkiem wskazanym w art. 374 § 1a k.p.k.), a w konsekwencji ewentualne uchybienia z tym związane, choć zaistniałe wcześniej, z tym dniem straciły charakter bezwzględnej przyczyny odwoławczej z art. 439 § 1 pkt 11 k.p.k.

Teza glosowanego wyroku została sformułowana w sprawie D.Z., oskarżonego o czyny z art. 177 § 1 w zw. z art. 178 § 1 k.k. oraz z art. 178a § 1 k.k. w zw. z art. 244 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k., polegające na kierowaniu pojazdem w stanie nietrzeźwości i wbrew orzeczonemu zakazowi prowadzenia pojazdów mechanicznych oraz na spowodowaniu wypadku komunikacyjnego, w którym inna osoba odniosła obrażenia, o których mowa w art. 157 § 1 k.k. Sąd I instancji skazał oskarżonego i wymierzył mu kary jednostkowe, które następnie objął węzłem kary łącznej w wymiarze dwóch lat i sześciu miesięcy pozbawienia wolności. Rozpoznający apelację obrońcy sąd odwoławczy utrzymał w mocy wyrok sądu I instancji. Od wyroku sądu odwoławczego kasację wywiódł obrońca, zarzucając mu rażące naruszenie przepisów art. 457 § 3 i art. 433 § 2 k.p.k. W toku rozpoznawania kasacji Sąd Najwyższy dostrzegł, że skazany nie był obecny na rozprawach w dniach 4 lipca 2011 r. i 1 sierpnia 2011 r. Sąd procedował w tych dniach bez jego obecności na podstawie art. 374 § 1 k.p.k., uznając, że oskarżony o terminach rozprawy został prawidłowo zawiadomiony. Tymczasem zawiadomiono nie oskarżonego, lecz jego matkę, będącą świadkiem w sprawie. Sąd Najwyższy skonkludował zatem, że doszło do uchybienia stanowiącego wówczas bezwzględną przyczynę odwoławczą z art. 439 § 1 pkt 11 k.p.k., która – na mocy art. 536 – podlega uwzględnieniu z urzędu, mimo niepodniesienia tej okoliczności w kasacji obrońcy. Mimo powyższego stwierdzenia Sąd Najwyższy zdecydował się nie uchylać wyroków i kasację oddalił.

W uzasadnieniu takiej decyzji Sąd Najwyższy wskazał, że od dnia 1 lipca 2015 r. obecność oskarżonego na rozprawie przestała być obowiązkowa wobec zmiany art. 374 § 1 k.p.k. *De lege lata* sposób procedowania przed sądem I instancji nie stanowiłby zatem bezwzględnej przyczyny odwoławczej w postaci nieobecności oskarżonego, którego obecność była obowiązkowa. Na mocy przepisów przejściowych ustawy nowelizującej z dnia 27 września 2013 r.² przepis art. 374 § 1 k.p.k. stosuje się w nowym brzmieniu również w sprawach, w których akt oskarżenia wniesiono przed 1 lipca 2015 roku. Prowadzi to zdaniem orzekającego składu SN do powstania wątpliwości, czy zaistnienie bezwzględnej przyczyny odwoławczej należy oceniać z perspektywy przepisów obowiązujących w dniu jej za-

² Ustawa z dnia 27 września 2013 roku o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego i niektórych innych ustaw, Dz. U. poz. 1247; dalej – nowela wrześniowa.

istnienia, czy w dniu orzekania przez sąd kasacyjny, co nastąpiło już po 1 lipca 2015 r. W orzeczeniu przyjęto drugie z wymienionych stanowisk, uzasadniając je trzema względami. Po pierwsze, lepiej odzwierciedla to zasadę stosowania nowych przepisów do postępowań w toku, wyrażoną w przepisach przejściowych (art. 27 noweli wrześniowej). Po drugie, stanowisko to wspiera dyrektywa interpretacyjna wyrażona w art. 29 noweli, zgodnie z którą w razie wątpliwości należy stosować ustawę w nowym brzmieniu. Po trzecie zaś, zdaniem Sądu Najwyższego, niefunkcjonalne byłoby uchylanie orzeczenia z powodu procedowania w sposób dopuszczalny przy ponownym rozpoznaniu sprawy. Sąd Najwyższy dopuścił przy tym rzecz jasna rozpatrywanie zaistniałego uchybienia jako naruszenia prawa do obrony, miałoby ono jednak charakter jedynie względnej przyczyny odwoławczej, a nie zostało w kasacji podniesione.

Nie sposób zgodzić się z zaprezentowanym powyżej stanowiskiem Sądu Najwyższego. Zasadniczy problem prawny w badanej sprawie sprowadzał się do określenia, czy do oceny zaistnienia bezwzględnej przyczyny odwoławczej zastosowanie mają przepisy z dnia jej zaistnienia (bądź z innego jeszcze momentu, np. z dnia wydania prawomocnego rozstrzygnięcia), czy też z dnia badania jej zaistnienia. Istotna jest przy tym odpowiedź na pytanie, czy raz zaistniała bezwzględna przyczyna odwoławcza w ogóle może być konwalidowana, a jeżeli tak – do kiedy. Wydaje się, że to ostatnie zagadnienie nie zostało wystarczająco wyeksponowane w rozważaniach prowadzonych w uzasadnieniu głosowanego wyroku, choć miało istotne znaczenia dla wydanego rozstrzygnięcia.

Problem konwalidacji czynności dokonanych z naruszeniem prawa procesowego – w tym wypadku pod nieobecność oskarżonego, którego obecność była obowiązkowa – był już przedmiotem zainteresowania doktryny³. W literaturze wskazuje się wprawdzie na pewną niezręczność związaną z samym terminem konwalidacja⁴, używanym często w postaci „konwalidacja uchybienia”, podczas gdy uchybienie podlega eliminacji, nie zaś – potwierdzeniu, a konwalidacja dotyczy samej wadliwej czynności procesowej. Sformułowanie to jest jednak trwale zakorzenione w piśmiennictwie i orzecznictwie⁵. Konwalidacja definio-

³ Zob. D. Karczmarska, *Bezwzględne przyczyny odwoławcze a dopuszczalność konwalidacji orzeczenia*, [w:] W. Cieślak, S. Steinborn (red.), *Profesor Marian Cieślak – osoba, dzieło, kontynuacje*, Warszawa 2013, s. 791–807.

⁴ M. Cieślak, *Glosa do postanowienia SN z dnia 13 listopada 1967 r.*, *Rw 1024/67*, „Państwo i Prawo” 1968, nr 12, s. 1089; S. Steinborn, *Konwalidacja wadliwej rozprawy oraz częściowe uchylenie wyroku w świetle bezwzględnych przyczyn odwoławczych z art. 439 § 1 k.p.k. (na marginesie wyroku Sądu Najwyższego z 21 listopada 2001 r., III KKN 81/01)*, „Palestra” 2003, nr 5–6, s. 74; S. Waltoś, *Konwalidacja w procesie karnym*, „Nowe Prawo” 1960, nr 4, s. 494–509; A. Murzynowski, *Przyczynek do zagadnienia ważności czynności procesowych wykonanych w niedopuszczalnym postępowaniu karnym*, „Nowe Prawo” 1962, nr 7–8, s. 985–994; K. Woźniewski, *Konwalidacja czynności procesowych w orzecznictwie Sądu Najwyższego w latach 1970–2004*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2005, t. XIV, s. 1163–1179; R. Kmiecik, *Konwalidacja i konwersja wadliwych dowodów w procesie karnym*, „Państwo i Prawo” 1989, nr 5, s. 91–100.

⁵ D. Karczmarska, *op. cit.*, s. 792–793.

wana jest przy tym jako „usunięcie z mocą wsteczną wady, jaką dotknięta jest czynność procesowa, zespół czynności lub całe postępowanie jeszcze przed wydaniem orzeczenia kończącego proces”, w szczególności bez wniesienia środka odwoławczego⁶. Funkcją czynności zmierzających do konwalidacji orzeczenia jest albo usunięcie samego uchybienia, albo usunięcie jego negatywnych skutków, w obu przypadkach – z mocą wsteczną⁷.

Zasadą w procesie karnym jest ocenianie legalności i prawidłowości czynności według okoliczności istniejących w chwili jej dokonywania, wyjątkiem zaś – dopuszczenie możliwości późniejszego usunięcia braków wówczas istniejących. Przyjęcie powyższej zasady uzasadnione jest należyтым zagwarantowaniem interesów i uprawnień stron postępowania. W braku takiej zasady dopuszczalne byłoby m.in. podejmowanie wszelkich tzw. wrażliwych czynności dowodowych bez zaistnienia przesłanek ich dokonania, o ile *ex post* udałoby się je w toku czynności odnaleźć. Stwarzałoby to ryzyko nadużyć w toku postępowania karnego i czyniło normy gwarancyjne nieskutecznymi. Niezasadne jest jednak także rygorystyczne odrzucenie możliwości jakiegokolwiek konwalidacji w toku postępowania wszelkich uchybień, byłoby to bowiem sprzeczne z zasadą szybkości postępowania, a nadto niecelowe i – jak się wydaje – nadgwarancyjne. W doktrynie panuje zatem zgodność co do generalnej dopuszczalności usuwania zaistniałych w toku postępowania uchybień⁸. Sporna jest jednak kwestia dopuszczalności konwalidacji uchybień zaliczonych do kategorii bezwzględnych przyczyn odwoławczych w toku postępowania⁹, a także sposób ich naprawy.

Szczególny, również w zakresie konwalidacji, status uchybień wymienionych w art. 439 § 1 k.p.k., uzasadniony jest ich wagą. W odniesieniu do bezwzględnych przyczyn odwoławczych wskazuje się w piśmiennictwie, że „każde z uchybień [...] w tak istotnym stopniu obraża podstawowe zasady prawidłowego procedowania i orzekania w sprawach karnych, że – bez dodatkowego badania związku między uchybieniem a treścią rozstrzygnięcia – należy przyjąć, iż rozstrzygnięcie nie może być uznane za rezultat rzetelnego procesu”¹⁰. W doktrynie prawa karnego procesowego brak zgody co do dopuszczalności konwalidacji czynności dotkniętych tak poważnym uchybieniem. T. Grzegorzcyk uznaje za niedopuszczalną konwalidację uchybień zaliczanych do bezwzględnych przyczyn odwoławczych¹¹, które mogą być jego zdaniem usunięte jedynie przez uchylenie orzeczenia w postępowaniu odwoławczym. Trafne wydaje się jednak przeciwne stanowisko S. Waltosia, dopuszczające choćby konwalidację czynności przeprowadzonych pod nieobecność obrońcy obligatoryjnego poprzez ich powtórzenie jeszcze

⁶ S. Steinborn, *op. cit.*, s. 73–74.

⁷ W. Daszkiewicz, *Prawo karne procesowe. Zagadnienia ogólne*, t. 2, Poznań 2001, s. 29.

⁸ K. Woźniewski, *op. cit.*, s. 1163–1164.

⁹ Zob. D. Karczmarzka, *op. cit.*, s. 793 i cyt. tam literatura.

¹⁰ D. Świecki, *Apelacja w postępowaniu karnym*, Warszawa 2012, s. 233.

¹¹ T. Grzegorzcyk, [w:] T. Grzegorzcyk, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 2014, s. 390.

w tej samej instancji. Autor ten słusznie zauważył, że w takiej sytuacji „wszystkie wymagania ustawy zostały zaspokojone, chociaż nieco później, aniżeli należało to uczynić. W każdym razie wyrok zapadał w sytuacji, w której już tych uchybień nie było”¹².

Opowiadając się w tym miejscu za dopuszczeniem możliwości konwalidowania czynności dotkniętych niektórymi uchybieniami wymienionym przez ustawodawcę jako bezwzględne przyczyny odwoławcze, należy jednak przyznać, że stanowisko to nie jest oczywiste. Z jednej bowiem strony wadliwości wskazane w art. 439 § 1 k.p.k. stanowią wyjątkowo rażąco obrazę przepisów postępowania, co uzasadniałoby rygorystyczne eliminowanie wszystkich orzeczeń nią dotkniętych z obrotu prawnego. Z drugiej jednak – okoliczności te wywołują tak daleko idące skutki procesowe (w postaci uchylenia orzeczenia niezależnie od granic zaskarżenia i podniesionych zarzutów), że wykluczenie wszelkiej możliwości ich konwalidacji prowadzić może częstokroć do nierozpoznania sprawy w rozsądnym terminie. Oto bowiem sąd I instancji, orientując się w toku postępowania, że na jednej z rozpraw procedował bez obowiązkowej obecności oskarżonego, nie mógłby naprawić skutków tego uchybienia przez powtórzenie czynności przeprowadzonych na tej rozprawie. Musiałby zatem procedować dalej ze świadomością, że z całą pewnością jego orzeczenie zostanie uchylone z powodu wcześniej popełnionego uchybienia. Nie pozostaje to w zgodzie z zasadą szybkości postępowania ani nie służy gwarantowaniu procesowych uprawnień stron, które byłyby równie chronione przez powtórzenie czynności. Rzecz jasna, nie wszystkie bezwzględne przyczyny odwoławcze mogą być w ten sposób „naprawione”, albowiem niektóre z nich, jak np. śmierć oskarżonego czy przedawnienie karalności, ze swej istoty są nieodwracalne. Inne jednak dość łatwo poddają się konwalidacji poprzez powtórzenie wadliwie przeprowadzonych czynności, a zatem rozprawy przeprowadzonej pod nieobecność obrońcy obligatoryjnego lub oskarżonego, którego obecność była obowiązkowa, albo czynności przeprowadzonych przez sąd nienależycie obsadzony. Pogląd ten znajduje oparcie w doktrynie¹³ i orzecznictwie¹⁴. Wydaje się jednak, że konwalidacja wadliwie przeprowadzonej rozprawy¹⁵ wskutek zmiany okoliczności w toku postępowania, a zatem np. uzupełnienia składu sądu lub prowadzenia jej dalszej części już pod obecność oskarżonego, nie jest możliwa bez powtórzenia czynności obciążonych zaistnieniem bezwzględnej przyczyny odwoławczej. Nie budzi przecież wątpliwości, że zaistnienie takich uchybień, choćby podczas części rozprawy głównej, stanowi bezwzględną przyczyną odwoławczą. Dopuszczenie konwa-

¹² S. Waltoś, *op. cit.*, s. 495–496.

¹³ S. Steinborn, *op. cit.*, s. 73 i n.

¹⁴ Zob. m.in. uchwała SN z dnia 30 września 1998 r., I KZP 13/98, OSNKW 1998, z. 9–10, poz. 45.

¹⁵ Pod pojęciem tym rozumiem fragment rozprawy przeprowadzonej przy nienależytej obsadzie składu orzekającego (art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k.) albo pod nieobecność oskarżonego (art. 439 § 1 pkt 11) lub obrońcy (art. 439 § 1 pkt 10), których obecność była obowiązkowa.

lidacji uchybień takich jak nieobecność oskarżonego lub obrońcy bez powtórzenia czynności przeprowadzonych pod ich nieobecność niweczyłoby sens przepisów uznających je za bezwzględne przyczyny odwoławcze. Każdorazowo wystarczyłaby bowiem obecność oskarżonego na jednej z późniejszych rozpraw, by uniknąć obciążenia orzeczenia bezwzględną przyczyną odwoławczą. Również Sąd Najwyższy stoi na stanowisku, że warunkiem konwalidacji czynności obciążonych tego typu wadliwościami jest ich powtórzenie. W jednym z judykatów¹⁶ stwierdzono kategorycznie, że uchybienie polegające na nieuczestniczeniu w rozprawie obrońcy „może być konwalidowane w toku dalszego postępowania sądowego, jednakże za skonwalidowane można je uznać tylko, i wyłącznie, wtedy gdy wszystkie czynności postępowania dowodowego, przeprowadzone na rozprawie podczas nieobecności obrońcy oskarżonego, którego obecność na niej jest obowiązkowa, zostaną powtórzone”.

Dopuszczając co do zasady możliwość konwalidacji uchybienia w postaci nieobecności oskarżonego, którego obecność była obowiązkowa, należy zatem rozważyć możliwe jej sposoby, a także termin, do którego konwalidacja jest możliwa.

Naturalnym sposobem konwalidacji wskazanego powyżej uchybienia jest powtórzenie wszystkich dokonanych podczas wadliwie przeprowadzonej rozprawy czynności. Jak wyżej wskazano, nie wydaje się możliwe zaakceptowanie sanacji takiego uchybienia w jakikolwiek inny sposób. Problematyczna jest jednak dopuszczalność konwalidacji poważnej wadliwości przeprowadzonych już w postępowaniu czynności wskutek zmiany ustawy. Wydaje się, że w doktrynie dominuje stanowisko w zasadzie bezwarunkowo akceptujące taką konwalidację, na co wskazują wypowiedzi T. Grzegorzycy¹⁷, S. Steinborna¹⁸ czy S. Waltośa¹⁹. Rozróżnić należy jednak, jak się wydaje, co najmniej trzy sytuacje: zmianę ustawy w toku postępowania w tej samej instancji, w której dopuszczono się uchybienia, zmianę ustawy w toku postępowania odwoławczego przy uchybieniu popełnionym w I instancji, zmianę ustawy po prawomocnym zakończeniu postępowania.

Zgodzić należy się z pewnością, że złagodzenie wymogów dokonywania określonych czynności procesowych przed wydaniem wyroku przez instancję, w której dopuszczono się uchybienia, może konwalidować zaistniałe wadliwości. W chwili wyrokowania, a zatem oceniania skuteczności i wyników dokonanych czynności procesowych, należy bowiem uznać wadliwe wcześniej czynności za dokonane *lege artis*. Problematyczna jest jednak możliwość uchylenia wadliwości czynności dokonanych przed sądem I instancji przez zmianę ustawy dokonaną w toku postępowania odwoławczego. Nie formułując w tym miejscu generalnych wniosków ze względu na duże w tym zakresie znaczenie konkretnych przepi-

¹⁶ Wyrok SN z dnia 21 listopada 2001 r., III KKN 81/01, „Biuletyn SN” 2002, nr 4, poz. 18.

¹⁷ T. Grzegorzycy, [w:] T. Grzegorzycy, J. Tylman, *op. cit.*, s. 390.

¹⁸ S. Steinborn, *op. cit.*, s. 76–77.

¹⁹ S. Waltoś, *op. cit.*, s. 498–499.

sów przejściowych, należy zauważyć, że wprawdzie sąd odwoławczy przyjmuje co do zasady za podstawę orzeczenia przepisy obowiązujące i stan faktyczny ustalony w chwili własnego wyrokowania²⁰ i ma kompetencje do orzekania reformatoryjnego, a nie jedynie kasatoryjnego, to jednak nie rozpoznaje sprawy „od zera”, a jego działalność sprowadza się do kontroli orzeczenia pierwszej instancji. W przypadku analizowanym w glosowanym orzeczeniu należy zauważyć, że skoro w toku całego postępowania pierwszoinstancyjnego przepisy wymagały obecności oskarżonego na rozprawie głównej i mu ją gwarantowały, to – choćby w chwili wyrokowania odwoławczego już tego nie robiły – oskarżonemu nie zapewniono standardu proceduralnego wymaganego przepisami w chwili dokonywania czynności. Jeżeli zatem nawet uznać, że takie uchybienie traciłoby charakter bezwzględnej przyczyny odwoławczej, to należy je wnikliwie rozpatrywać w kontekście naruszenia prawa do obrony oskarżonego i postulować w tym zakresie przyjęcie postawy gwarancyjnej, rygorystycznie eliminującej z obrotu prawnego tak wadliwe orzeczenia. W chwili jego wydawania było ono bowiem dotknięte bezwzględną przyczyną odwoławczą. Stanowczo natomiast należy odrzucić – o czym jeszcze będzie mowa – możliwość uwzględnienia przez sąd kasacyjny zmian ustawy dokonanych po uprawomocnieniu się orzeczenia.

Powyższe rozważania mają już bezpośredni związek z wyznaczeniem końcowego momentu dopuszczalności konwalidacji wadliwych czynności. Nie budzi wątpliwości możliwość konwalidacji przez powtórzenie czynności lub zmianę ustawy do czasu wyrokowania przez sąd I instancji. Nie jest jednak możliwa konwalidacja przez powtórzenie wadliwej rozprawy (a zatem i czynności dowodowych) po wydaniu wyroku pierwszoinstancyjnego. Z tą chwilą bowiem wyniki wadliwie przeprowadzonych czynności zostały włączone do podstawy faktycznej orzeczenia, powodując i jego wadliwość. Wprawdzie po 1 lipca 2015 r. ustawodawca w znacznie szerszym zakresie dopuścił postępowanie dowodowe przed sądem odwoławczym (nowe brzmienie art. 452 k.p.k.), jednak należy wykluczyć możliwość powtarzania czynności dowodowych z postępowania przed sądem I instancji celem sanowania bezwzględnej przyczyny odwoławczej. Sąd odwoławczy nie może mocą własnych działań usunąć takiej wady orzeczenia sądu I instancji, która zgodnie z art. 439 § 1 k.p.k. skutkować musi obligatoryjnym jego uchyleniem. Stanowiłoby to zaprzeczenie samej istoty bezwzględnych przyczyn odwoławczych.

Nie ulega zatem wątpliwości, że nie jest dopuszczalne konwalidowanie wadliwie przeprowadzonej rozprawy po prawomocnym rozstrzygnięciu sprawy, a nawet po zakończeniu sprawy w danej instancji. Jeżeli wadliwość rozprawy przyjęła formę ujętą w art. 439 § 1 k.p.k., wydane w danej instancji orzeczenie dotknięte jest bezwzględną przyczyną odwoławczą. Nie mogą tej oceny zmienić czynności podejmowane po wydaniu tegoż orzeczenia ani późniejsza zmiana stanu prawnego. Szczególnie stanowczo na-

²⁰ Wskazuje na to m.in. brzmienie art. 427 § 3 k.p.k.

leży przy tym odrzucić możliwość uwzględnienia w postępowaniu kasacyjnym jakichkolwiek okoliczności sanujących, zaistniałych po uprawomocnieniu się wyroku. Rolą sądu kasacyjnego jest bowiem jedynie kontrola prawidłowości prawomocnego orzeczenia z punktu widzenia prawa materialnego i procesowego. Kryterium tej oceny musi być zawsze stan prawny z chwili wydawania orzeczenia, albowiem to z wówczas obowiązującymi normami musi ono być zgodne.

Przenosząc powyższe na grunt głosowanego orzeczenia, warto zauważyć, że rację ma oczywiście Sąd Najwyższy, stwierdzając, że przepisy dotyczące obecności oskarżonego na rozprawie głównej mają zastosowanie w nowym brzmieniu również do spraw wszczętych przed 1 lipca 2015 r. Sęk jednak w tym, że nie wpływa to na ocenę uchybień procesowych popełnionych przed tą datą (w szczególności jeżeli do tego czasu prawomocnie zakończono postępowanie), a jedynie powoduje, że nieobecność oskarżonego na terminie rozprawy odbywającym się po tej dacie nie stanowi bezwzględnej przyczyny odwoławczej z art. 439 § 1 pkt 11 k.p.k. W rezultacie Sąd Najwyższy, mimo że literalnie zadeklarował jedynie stosowanie nowego stanu prawnego w momencie orzekania, faktycznie zastosował go z mocą wsteczną do oceny czynności procesowych dokonanych przed wejściem w życie noweli wrześniowej, mimo że kontrola prawidłowości bądź wadliwości prawomocnego orzeczenia winna być dokonana według stanu prawnego z dnia jego wydania.

Warto zauważyć, że odmienne stanowisko od wyrażonego w głosowanym orzeczeniu Sąd Najwyższy w innym składzie zajął już w wyroku z dnia 2 października 2015 r., III KK 132/15²¹. W analogicznym stanie faktycznym Sąd Najwyższy uchylił wyrok i przekazał sprawę do ponownego rozpoznania na podstawie art. 439 § 1 pkt 11 k.p.k. W uzasadnieniu – bezpośrednio odnosząc się do treści głosowanego postanowienia – Sąd Najwyższy wskazał, że nie widzi podstaw faktycznych i prawnych do odstąpienia do utrwalonego w doktrynie i judykaturze poglądu o braku wpływu zmiany przepisów po **prawomocnym** zakończeniu postępowania. Sąd Najwyższy wskazał, że skoro wyroki sądów obu instancji zapadły przed 1 lipca 2015 r., a postępowanie zostało prawomocnie zakończone, to nie znajduje zastosowania reguła „chwytania w locie” zmian przepisów postępowania. Do kontroli prawomocnego przecież orzeczenia zastosowanie znajdują przepisy obowiązujące w dniu jego wydania. Nie jest również możliwa konwalidacja zaistniałego już uchybienia po prawomocnym zakończeniu postępowania. Za taką wykładnią przemawia również zasada zaufania do prawa i działań organów sądowniczych oraz fakt, że bezwzględne przyczyny odwoławcze należą do tak poważnych uchybień, że winny być uwzględniane także z urzędu i nawet w razie cofnięcia środka odwoławczego.

Stanowisko wyrażone w wyroku o sygn. III KK 132/15 zasługuje na aprobatę i należy wyrazić nadzieję, że stanowisko wyrażone w głosowanym postanowieniu pozosta-

²¹ Legalis nr 1341812.

nie odosobnione, a aprobatę zyska judykat późniejszy, zwłaszcza że podobne stany faktyczne z pewnością jeszcze przez wiele lat będą pojawiać się na wokandach polskich sądów odwoławczych i Sądu Najwyższego.

Bibliografia

Literatura

- Cieślak Marian, *Glosa do postanowienia SN z dnia 13 listopada 1967 r., Rw 1024/67*, „Państwo i Prawo” 1968, nr 12.
- Daszkiewicz Wiesław, *Prawo karne procesowe. Zagadnienia ogólne*, t. 2, Poznań 2001.
- Grzegorzczak Tomasz, Tylman Janusz, *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 2014.
- Karczmarzka Dorota, *Bezwzględne przyczyny odwoławcze a dopuszczalność konwalidacji orzeczenia*, [w:] Cieślak Wojciech, Steinborn Sławomir (red.), *Profesor Marian Cieślak – osoba, dzieło, kontynuacja*, Warszawa 2013.
- Kmieciak Romuald, *Konwalidacja i konwersja wadliwych dowodów w procesie karnym*, „Państwo i Prawo” 1989, nr 5.
- Murzynowski Andrzej, *Przyczynek do zagadnienia ważności czynności procesowych wykonanych w niedopuszczalnym postępowaniu karnym*, „Nowe Prawo” 1962, nr 7–8.
- Steinborn Sławomir, *Konwalidacja wadliwej rozprawy oraz częściowe uchylenie wyroku w świetle bezwzględnych przyczyn odwoławczych z art. 439 § 1 k.p.k. (na marginesie wyroku Sądu Najwyższego z 21 listopada 2001 r., III KKN 81/01)*, „Palestra” 2003, nr 5–6.
- Świecki Dariusz, *Apelacja w postępowaniu karnym*, Warszawa 2012.
- Waltoś Stanisław, *Konwalidacja w procesie karnym*, „Nowe Prawo” 1960, nr 4.
- Woźniowski Krzysztof, *Konwalidacja czynności procesowych w orzecznictwie Sądu Najwyższego w latach 1970–2004*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2005, t. XIV.

Źródła

- Postanowienie SN z dnia 9 lipca 2015 r., III KK 375/14, „Prokuratura i Prawo” 2015, nr 11, poz. 11.
- Uchwała SN z dnia 30 września 1998 r., I KZP 13/98, OSNKW 1998, z. 9–10, poz. 45.
- Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego, Dz.U. Nr 89, poz. 555 ze zm.
- Ustawa z dnia 27 września 2013 roku o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego i niektórych innych ustaw, Dz. U. poz. 1247 ze zm.
- Wyrok SN z dnia 21 listopada 2001 r., III KKN 81/01, „Biuletyn SN” 2002, nr 4, poz. 18.
- Wyrok SN z dnia 2 października 2015 r., III KK 132/15, Legalis nr 1341812.

ISSN 2450-3932