



Uniwersytet
Wrocławski



*Folia Iuridica
Universitatis
Wratislaviensis*

Vol. 6, No. 1/2017



100-LECIE
SĄDU
NAJWYŻSZEGO
I SĄDOWNICTWA
POWSZECHNEGO
1917 - 2017



Folia Iuridica Universitatis Wratislaviensis

pod redakcją Leonarda Górnickiego
(*Uniwersytet Wrocławski*)

Vol. 6, No. 1

Wrocław 2017

Kolegium Redakcyjne

prof. dr hab. Leonard Górnicki – przewodniczący
dr Julian Jezioro – zastępca przewodniczącego
mgr Aleksandra Dorywała – sekretarz
mgr Bożena Górna – członek
mgr Tadeusz Juchniewicz – członek

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. UWr Rafał Wojciechowski, dr hab. Przemysław Kaczmarek
Prawo europejskie i międzynarodowe: dr hab. prof. nadzw. UWr Barbara Mielnik, dr hab. prof. nadzw. UWr Dagmara Kornobis-Romanowska
Prawo administracyjne: dr hab. prof. nadzw. UWr 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. UWr Lidia Klat-Wertelecka, Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii, Uniwersytet Wrocławski
д-р юрид. наук, проф. Тетяна Олександрівна Коломоєць, Декан юридичного факультету, Запорізький національний університет
dr hab. prof. nadzw. UWr 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. Hendryk Malevski, Mykolo Romerio universitetas, Teisės fakultetas, Baudžiamosios teisės ir proceso institutas, Vilnius, Lietuva
dr. hab. prof. nadzw. UWr Jacek Mazurkiewicz, Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii, Uniwersytet Wrocławski
dr hab. prof. nadzw. UWr Mirosław Sadowski, Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii, Uniwersytet Wrocławski
prof. dr hab. Zofia Sienkiewicz, emerytowany profesor Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii, Uniwersytet Wrocławski
проф. д-р Татьяна Станиславовна Волчешкая, Балтийский федеральный университет имени Иммануила Канта, Калининград, Российская Федерация
prof. д-р. Олег Александрович Зайцев, Московская академия экономики и права, Москва, 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: Magdalena Gad, 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

PRAWO PORÓWNAWCZE. ZAGADNIENIA PRAWA EUROPEJSKIEGO

Bartłomiej Jaworski

L'égalité devant les charges publiques as the basic of state liability on equity under French law 9

Андрей Алексеевич Богустов

Привилегированные акции в модельном законодательстве СНГ: сравнительно-правовой анализ 19

Серова О.А.

Генетические заболевания: защита интересов матери и ребенка 33

Natalia Kohtamäki

Beitrag der europäischen Finanzaufsichtsagenturen zur Gestaltung des Finanzbin-
nenmarktes..... 43

Iwona Moryc

Pojęcie sprawy dotyczącej spadku w prawie UE 61

PRAWO PUBLICZNE: ZAGADNIENIA PRAWA KARNEGO MATERIALNEGO I PROCESOWEGO ORAZ PRAWA ADMINISTRACYJNEGO

Tomasz Tyburcy

Cel przywłaszczenia jako subiektywny element bezprawia przestępstwa kradzieży ... 79

Dorota Czerwińska

Głosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 7 czerwca 2016 r., V KK 30/16 ... 99

Maciej Błażewski

Zasada zapewnienia bezpieczeństwa w e-administracji 107

ZAGADNIENIA PRAWA CYWILNEGO I MEDYCZNEGO

Katarzyna Smyk

Charakter prawny zgody pacjenta na gruncie prawa cywilnego 121

Bartłomiej Jaworski

Odpowiedzialność podmiotów władzy publicznej na podstawie art. 417² Kodeksu cywilnego..... 139

Iga Jaworska

Stwierdzenie nieważności małżeństwa w prawie kanonicznym i świeckim..... 151

Z HISTORII PRAWA

Julia Picur

O zbiorze *Statuta y przywileje koronne z lacińskiego języka na polskie przełożone, nowym porządkiem zebrane*, autorstwa Jana Herburt 167

**Prawo porównawcze.
Zagadnienia prawa
europejskiego**

Bartłomiej Jaworski
University of Wrocław

L'égalité devant les charges publiques as the basic of state liability on equity under French law

L'égalité devant les charges publiques jako podstawa odpowiedzialności państwa na zasadzie słuszności w prawie francuskim

Abstract

State liability on equity is a legal institution, guaranteeing citizens a possibility of acquiring compensations for damages resulting from legitimate actions of the public authority. In the Polish legal system it is regulated by art. 4172 of the Act – Civil Code and is an element of a panel of regulations art. 417–420 of the Civil Code, standardising the issues of liability of the public authority. Article 4172 has a special and auxiliary character, considering the liability for a damage caused by the public authority as a result of its legal actions as a revision of liability on general terms. In the French law the counterpart of the Polish principle of equity is the principle of equity before public burdens (*l'égalité devant les charges publiques*), which is the basis for the authority's liability for legal actions. This non-code construction, being a domain of the administration law, was shaped in France especially by the case law of the Council of State and the Court of Competence and today is used to settle damages caused during hospital treatment, based on equity to the public hospital. This institution is similar to the Polish one but the commonness of its usage in France, as well as its non-code character, are sufficient reasons to conduct an in-depth research in that regard.

Keywords

principle *l'égalité devant les charges publiques*, state liability on equity, the principle of equity under French law

Streszczenie

Odpowiedzialność państwa na zasadzie słuszności jest instytucją prawną, gwarantującą możliwość uzyskania przez obywateli odszkodowania za szkody powstałe na skutek legalnego działania podmiotów władzy publicznej. W polskim systemie prawnym jest ona regulowana na mocy art. 417² ustawy – Kodeks cywilny i stanowi element zespołu przepisów art. 417–420 kodeksu cywilnego, normujących kwestię odpowiedzialności władzy publicznej. Artykuł 417² ma więc charakter wyjątkowy i pomocniczy, traktując odpowiedzialność za szkodę wyrządzoną przez władzę publiczną w następstwie jej działania legalnego, jako korektę odpowiedzialności na zasadach ogólnych. W prawie francuskim odpowiednikiem polskiej kodeksowej zasady słuszności jest zasada równości wobec ciężarów publicznych (*l'égalité devant les charges publiques*), stanowiąca podstawę odpowiedzialności państwa za działania legalne. Ta pozakodeksowa konstrukcja, będąca domeną prawa administracyjnego, została we Francji ukształtowana w stopniu szczególnym przez orzecznictwo Rady Stanu oraz Trybunału Kompetencyjnego i znajduje dziś swoje zastosowanie w kwestii szkód wyrządzonych przy leczeniu

na zasadach słuszności wobec szpitali publicznych. Instytucja ta podobna jest do polskiej, jednak zarówno powszechność jej stosowania we Francji, jak i jej pozakodeksowy charakter stanowią wystarczający powód do prowadzenia pogłębionych badań w tym zakresie.

Słowa kluczowe

zasada *l'égalité devant les charges publiques*, odpowiedzialność państwa na zasadzie słuszności, zasada słuszności w prawie francuskim

1. Introduction

The State performing the public tasks, undertakes actions that may lead in their consequences to the occurrence of damages on the side of citizens. Widely recognized liability of the public authorities is an issue analysed in the studies of law firms, both Polish and foreign, which brings together a number of fundamental problems of a constitutional, axiological and philosophical nature, and tracing its dynamic evolution – especially in recent years – both nationally and internationally, one can consider that it reflects, to some extent, the nature of the state-individual relationship and allows to identify the ongoing changes in legal thinking and functioning of the new democratic mechanisms. More frequently the matter of a concern to the doctrine of the law is the institution of civil liability for illegal actions or lack thereof of the public authority, regulated in the Polish legal system under article 417 and 417¹ of the Act – Civil Code¹. These provisions do not predict, however, a situation in which an entity of the public authority acts in accordance with the law, and yet causes damage, which is why the legislator in Art. 417² of the Code decided to introduce the institution of auxiliary liability, based on an equity. Both, illegal activities (unlawful activities, abandonment) as well as legal ones, can cause damage directly or indirectly to citizens. It is recognized that the provisions of art. 417² introduce liability for the so-called legal damages, so for such impairments that arose in spite of a lawful act. Therefore, in the Polish legal system the provisions of the Civil Code, give rise to a claim of the citizens against broadly understood public authorities for compensation (redress) for the damage that has been caused to them as a result of legitimate activities of those entities. Important, at this point, is an indication necessary to meet the conditions to be able to make a claim for damages to the State Treasury. In addition, the action of the entity of the public authority must be legal, the damage suffered must be severe and occurring only on the person (it cannot be property damage), there must be an adequate causal link between the action of the entity and the damage occurred, and most importantly, granting compensation must be justified by the principle of equity interpreted on a case by case basis by a court. Necessary to meet the criterion of equitable grounds is a moral support (approval) for granting compensation. For example, art. 417² of the Polish Civil Code as such approval

¹ The Act dated 23 April 1964 – Civil Code (Dz. U. from 2016, item 380).

indicates “the inability of the victim to work or a difficult material situation,” and also, due to the open directory (as evidenced by the use of the term “and especially” by the legislator) other circumstances under which granting compensation would be supported by an appropriate moral acquiescence. Rectification of the damage arising from an action of legal entities of the public authority must, however, take into account the existence of ethical reasons, which must directly justify the need to rely on considerations of equity.

2. The principle of equity and the French *l'égalité devant les charges publiques*

The principle of equity, as well as art. 417² in relation to art. 417 of the Polish Civil Code, is complementary in nature to the expressed in the Civil Code general principles. It is used when one cannot use the principle of guilt, and there are no grounds to apply the principle of risk. This article departs from the general principle of social life and introduces in its place associated with it the principle of equity. The genesis of application of the principle equity is the fact that the damage was caused as a result of actions taken by the public authorities for the implementation of the objectives of general interest. According to it, it would not be reasonable for an individual to bear only the burden of the effects of the activities of the public authorities undertaken in the interest of the whole society². Therefore, each decision of the court to grant compensation (or satisfaction) to the victim should be considered *in concreto*, taking into account the financial situation of the individual citizen, the degree of incapacity of the victim to work and indicate the existence of general interest underlying a particular action of the entity of the public authority, and also take into account circumstances relating to the causal event (the severity of the damage suffered or its durability³) and even the behaviour of the victim⁴.

Under French law, however, adjustment of Member State liability for damage caused is the domain of the administrative law (not the civil law). It is therefore a field of responsibility of the State, regulated outside the Civil Code. In France, the principle of equity

² According to M. Safjan: “It is based on the assumption that the actions of the public authorities, which, due to their substance, are taken in the general interest, should not lead to the abandonment of all the risks of damage to the individual, even when it was not possible to avoid the damage and it is a consequence of the fully lawful conduct of public authorities. In such cases, because the burden of actions taken in the general interest should be distributed more fairly – on the whole society or a particular community, especially when it comes to damage particularly acute, related to the upset of health, injury or loss of life” – See M. Safjan (red.), *Standardy prawne Rady Europy. Teksty i komentarze, t. II, Prawo cywilne [Legal standards of the Council of Europe. Texts and commentaries, vol. II, Civil Law]*, Instytut Wymiaru Sprawiedliwości, Warsaw 1995, p. 35–37.

³ M. Safjan, *Odpowiedzialność odszkodowawcza władzy publicznej [Liability for damages of the public authorities]*, Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis, Warsaw 2004, p. 8; P. Dzienis, *Odpowiedzialność cywilna władzy publicznej [Civil liability the public authorities]*, C.H. Beck, Warsaw 2006, p. 234.

⁴ Cf. judgment of the Supreme Court dated 22 May 2003, II CKN 96/01, LEX no. 137609.

before public burdens (*l'égalité devant les charges publiques*), as the basis for the liability of the State, which is not based on the principle of guilt, has been formed to a degree by the particular law of the State Council and the Court of Competence⁵. The principle of equity before public burdens, as a principle a fundament (*fondement*) of the State liability for damage caused by the legal action, in the course of the issuing subsequent decisions, the subject of which was the problem of responsibility for the factual states, for which the existence of guilt was not required⁶, has been supplemented by formed on its basis of general principles (*cause*) justifying the imposition of an obligation for compensation. In situations in which the Council of State shapes liability of the State without guilt, equity is the only justification of responsibility⁷. It happens when the judge citing the principle of equity before public burdens, permits granting compensation for abnormal and outstanding damages, incurred in the general interest. Principle of equity is the direct norm, from which derives the right to compensation⁸. Analysis of decisions in which the Council of State accepted responsibility for breach of equity before public burdens indicates in fact that in these cases it is not so much the fact of sustaining an exceptional and serious damage is the justification of liability, but the result of the assessment of all circumstances associated with causing the damage, which allows to qualify this type of liability as the liability on an equitable basis. And so the first decision in which the Council of State adopted the liability of the State for breach of equity before public burdens was that of 14 January 1938⁹ of La Fleurette case. According to the factual state, because of the adoption of a normative act banning the sale products, which have not been produced exclusively based on milk as cream, the factory of La Fleurette, which was the only manufacturer producing a substitute cream in France, had to close its plant. Council of State, referring to the principle of equity before public burdens, acknowledged that the factory should be compensated, because the burden for the damage should be held by the whole society. In the Commune de Gavarnie case, in turn, because of the adoption of a normative act by the mayor ordering pedestrians to walk one designated route in order to ensure the safety of people in the tourist town, the owner of the store located on another route suffered a considerable decrease in sale of souvenirs. Although the ordinance of the mayor was in accordance with the law, the Council

⁵ E. Bagińska, *Odpowiedzialność odszkodowawcza za wykonanie władzy publicznej [Liability for damages the execution of public authority]*, C.H. Beck, Warsaw 2006, s. 37–58.

⁶ The principle of equity has given rise in France to the formation of acute liability, among others for damages caused by public works, damages incurred as a result of shooting military exercises, the damage caused by the dangerous things. The French doctrine emphasises however that next to the principle of equity the justification of liability in these cases is the theory of risk (see M. Letourneur, *The Concept of Equity in French Public Law*, [w:] R.A. Newman (ed.), *Equity in the World's Legal Systems. A Comparative Study*, Brussels 1973, p. 125–130).

⁷ M. Letourneur, *The Concept of Equity...*, p. 269.

⁸ Por. J.P. Gilli, *La responsabilité d'équité de la puissance publique*, Dalloz 1971, p. 125–130.

⁹ Rev. dr. publ., 1938, p. 87.

of State, in its decision of 22 April 1963, acknowledged that the seller must be compensated from the community because the infringement of the principle of equity before public burdens. The seller cannot bear negative consequences for adoption of the measure in the field of public administration¹⁰. And so, liability for breach of equity before public burdens can be used in situations in which caused damage is excessive and should be borne by the whole community¹¹. A criterion must therefore be met for reasons of fairness, since it is necessary for such circumstances to occur, in the light of which granting compensation will be supported by an appropriate moral acquiescence. A citizen cannot therefore bear the loss for even a legitimate State activity undertaken in the public interest.

L'égalité devant les charges publiques principle is applicable also in the current case-law of the French Council of State, particularly in terms of the damage caused by treatment. Originally, the French administrative case-law, were taking only liability for damage caused by treatment on an equitable basis against public hospitals. The first decision, which was based on the principle of equity before public burdens, was the decision of the Court of Appeal in Lyon on 21 December 1990 on Gomez case. In accordance with the actual state, a minor boy, affected by distortion of the spine, was treated with a new method, which resulted in the paralysis of the legs. According to the ruling of the Court of Appeal the boy should have been granted compensation because of application of a new therapeutic method, the effects of which were not yet known but it was associated with a particular risk that the hospital has taken in order to verify the effectiveness of this kind of treatment. In spite of the choices of method proven, safer and commonly used so far, the hospital decided to use the experimental treatment and the risk of such action, in accordance with the ruling of the Court of Appeal in Lyon, could not be fully borne by only the boy, to which the method was applied. Completed was therefore a condition of grounds of equity as well as the other three conditions for State liability on an equitable basis: hospital took hazardous, yet fully legitimate action, there was a severe personal injury, and there was a direct causal link between the adoption by the hospital the experimental methods of treatment and a heavy injury resulting on the boy. Legal effect of the hospital resulted in exceptional and abnormal heavy complications, and the non-standard method of treatment was chosen despite the absence of a threat to the patient's life¹².

¹⁰ *Activité juridique – Droit administratif*, 1963, p. 208; por. R. Szczepaniak, *Odpowiedzialność odszkodowawcza jednostek samorządu terytorialnego [Liability for damages of local government units]*, Wydawnictwa Prawnicze, Warsaw 2001, p. 270.

¹¹ C. Klein, *Equity at the French Conseil d'Etat*, [w:] A. Rabello (ed.), *Aequitas and Equity, Equity in Civil Law and Mixed Jurisdictions*, The Leonard Davis Institute for International Relations, Jerusalem 1993, p. 330.

¹² Por. M. Nesterowicz, *Odpowiedzialność cywilna za szkody wyrządzone przy leczeniu w prawie francuskim (według ustawy z 4 III 2002 r. o prawach pacjentów)*, "Prawo i Medycyna" 2002, no. 12 [*Civil liability*]

3. *Solidarité nationale* as the basis for guaranteed State liability on an equitable basis

The basis for State liability on an equitable basis for damage caused by treatment with the application of the principle of social solidarity (*solidarité nationale*), was a decision dated 9 April 1993 on Bianchi case, in which the French Council of State has adopted a State liability on an equitable basis for the risk of therapeutic effect (*les aléas thérapeutiques*). In this case, after the vertebral arteriography under anaesthesia patient suffered paralysis. Council of State found that the risk is known but its occurrence exceptional, and there was no reason to believe that the patient is not particularly susceptible to it. Additional premise, speaking for granting damages was the fact that the medical action was a direct cause of the damage, which remained unconnected with both the initial state the patient and predictable development of this state and had extremely severe character. According to the interpretation of the Council of State, the liability for damages referred to as the risk of therapeutic effect occurs when the damage is caused as a result of a medical accident (*l'accident médical*), when the damage is the result of involuntary action of a doctor (*l'affection iatrogène*) and when the evidence of external cause exempts of liability for hospital infection (*infection nosocomiale*). Therapeutic risks catalogue also includes cases where the injury was caused as a result of medical intervention, undertaken in exceptional circumstances and outside the scope of ordinary activities of a doctor or medical institution. The occurrence of the medical accident, in accordance with article L 1142-1 of the French Act dated 4 March 2002 on the rights of patients and the quality of the health care system, „opens up the right to compensation for the damage arising from *solidarité nationale*, if it is directly attributable to preventive, diagnostic or therapeutic activities, and if it had abnormal consequences for the patient's health condition as its predictable consequences¹³.” Thus, shaped by the administrative case-law, based on the principle of equity before public burdens, the responsibility of public hospitals on an equitable basis for damage caused by the treatment, under this Act, was extended also to cases where the patient has suffered damage as a result of treatment in a private hospital¹⁴. The law on patients' rights and quality of the health

ity for damages caused by medical treatment under the French law (according to the Act of March 4, 2002. On patients' rights), “Right and Medicine” 2002, no. 12], p. 117–193.

¹³ LOI n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, Art. L. 1142-1.

¹⁴ Por. M. Nesterowicz, *Odpowiedzialność cywilna za szkody... [Civil liability for damages...]*, p. 117; E. Bagińska, *Odpowiedzialność odszkodowawcza... [Liability for damages...]*, p. 48; Y. Lambert-Faivre, *La loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé*, Dalloz 2002, Chronique nr 17, p. 1367–1369; K. Bączyk-Rozwadowska, *Odpowiedzialność cywilna za szkody wyrządzone przy leczeniu [Civil liability for damages caused by medical treatment]*, Dom Organizatora TNOiK, Toruń 2007, p. 310 and n.

care system therefore only determines the possibility of a claim for compensation for damage caused by the treatment only after the onset of the so-called medical accident and in accordance with the principle of *solidarité nationale* and it is irrelevant whether the patient suffered damage as a result the actions of a public or private hospital. What is worth emphasising, the principle of social solidarity is an extension of the principle of equity before public burdens, and in order to be used, benchmarks must be filled for the possibility of claims for State liability on an equitable basis. Medical action must be lawful and between it and the damage occurred there must be a direct cause and effect relationship, and most importantly, the condition for the application of the principle *solidarité nationale* is the occurrence of the damage having exceptionally severe character¹⁵. The compensation may be granted only if medical acts “represent the character the severity established by a decree, evaluated by taking into account the loss of functional ability and consequences on the private and professional life, taking into account the degree of permanent disability or duration of the temporary inability to work”. It is also important to indicate that the consequences such as damages were abnormal and unpredictable in nature to the initial condition of the patient. This premise has been softened in relation to the requirements arising from the judgment in the Bianchi case, where a requirement was made that the damage remained unconnected with the patient’s initial condition. The French doctrine indicates a favourable interpretation for the victim of that condition¹⁶. The case-law accepts that the damage is not related to the initial state of the patient despite the existence of a causal link between the damage and the specific patient’s predispositions that may increase the risk of its formation, if not revealed until the day of the accident¹⁷. The premise of serious character of the personal damage in relation to private and professional life is fulfilled only when the degree of disability of the victim is at least 25%, according to the rules established by the decree of the Council of State¹⁸. The introduction of this restriction was criticized in the French doctrine¹⁹. Reference is made to fact that it excludes the application of the equity regime against most victims. To draw the line of possibility to obtain compensation from the degree of incapacity determined by the decree is also based only on the ability of the body functions, while the text of the Act requires that the assessment of the serious nature of personal injury was made taking into account the effects on both private and professional life of victim (considering each case individually). Meanwhile, even moderate personal

¹⁵ Por. K. Bączyk-Rozwadowska, *Odpowiedzialność cywilna... [Civil liability...]*, p. 307.

¹⁶ D. Philoupoulos, *La réparation des risques sanitaires au titre de la solidarité nationale mise à l'épreuve devant le juge*, Recueil Dalloz 2007, no. 26, p. 1813–1817.

¹⁷ La décision du Conseil d’Etat du 27 Octobre 2000 au Centre hospitalier d’Angoulême.

¹⁸ Décret n° 2003-314 du 4 avril 2003, modifié par le décret n° 2011-76 du 19 janvier 2011 (JORF n°81 du 5 avril 2003 page 6114 texte n° 25).

¹⁹ Y. Lambert-Faivre, *La loi n° 2002-303...*, p. 1370–1371.

injury can in certain cases lead to serious consequences in professional life of victims (the French doctrine provides here frequently examples of the cellist devoid of a finger, or the pilot devoid of an eye²⁰). Replacement of individual assessment with a constant, used in each case norm may therefore frequently lead to undesirable consequences. In order to facilitate the settlement of disputes, the Act as an alternative to litigation, provides the establishment of regional conciliation committee, and in cases where the *solidarité nationale* is applied, the French National Office for Compensation for Medical Accidents (*L'Office national d'indemnification des accidents médicaux*)²¹ participates in the proceedings.

4. Conclusions

The principle of equity before public burdens and the principle of social solidarity, provide the basis for the use of State liability on an equitable basis in the French law. Compensation for lawful activities of the public authorities, may be granted if it is obviously wrong, that the effects of the damage are incurred only by an injured person when the action was taken in the general interest, the damage was suffered by one person or a limited number of people, and the action is exceptional in nature or damage was exceptional due to the action²². The State liability on an equitable basis characterized in this article, represents a special guarantee for the protection of citizens' rights against the legal interference of the public authority entities, which causes personal injury. The French non-code regulation regarding this type of liability is particularly noteworthy because in France it is used much more widely than in Poland, and by analysing the current case law in this area, a conclusion can be drawn that this institution is evolving towards the widest possible implementation range, and applies not only to the liability of the public authorities, but also private entities, in terms of the responsibility on an equitable basis for damage caused by treatment. The growing number of claims, both in Poland and in France, for compensation for damages caused by the legal action the State, and the amount of granted compensation, evidence undoubtedly an interesting phenomenon of democratisation of the relationship between an individual and the State and deserve a special analysis in this regard.

²⁰ M. Letourneur, *The Concept of Equity...*, p. 318.

²¹ Y. Lambert-Faivre, *La loi n° 2002-303...*, p. 1367-1369; K. Bączyk-Rozwadowska, *Odpowiedzialność cywilna... [Civil liability...]*, p. 320-333.

²² Cf. Principle 2 of the Council of Europe recommendations No. R / 84/15 dated 18 September 1984 on liability of public authorities.

Sources:

- The Act dated 23 April 1964 – Civil Code (Dz. U. of 2016, item 380).
- The Act dated 17 June 2004 amending the Act – the Civil Code and some other acts (Dz. U. No. 162, item 1692).
- Judgment of the Supreme Court dated 22 May 2003, II CKN 96/01, LEX no. 137609.
- Council of Europe Recommendation No. R / 84/15 dated 18 September 1984, on liability of the public authorities.
- LOI n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.
- La décision du Conseil d'Etat du 27 Octobre 2000 au Centre hospitalier d'Angoulême.
- Décret n° 2003-314 du 4 avril 2003, modifié par le décret n° 2011-76 du 19 janvier 2011 (JORF n°81 du 5 avril 2003 page 6114 texte n° 25).
- Activité juridique – Droit administratif, 1963.
- Rev. dr. publ., 1938, p. 87.

Reference:

- Bagińska E., *Odpowiedzialność odszkodowawcza za wykonanie władzy publicznej [Liability for damages the execution of the public authority]*, C.H. Beck, Warsaw 2006.
- Bączyk-Rozwadowska K., *Odpowiedzialność cywilna za szkody wyrządzone przy leczeniu [Civil liability for damages caused by medical treatment]*, Dom Organizatora TNOiK, Toruń 2007.
- Dzienis P., *Odpowiedzialność cywilna władzy publicznej [Civil liability of the public authorities]*, C.H. Beck, Warsaw 2006.
- Gilli J.P., *La responsabilité d'équité de la puissance publique*, Dalloz 1971.
- Lambert-Faivre Y., *La loi n° 2002–303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé*, Dalloz 2002, Chronique no. 17.
- Nesterowicz M., *Odpowiedzialność cywilna za szkody wyrządzone przy leczeniu w prawie francuskim (według ustawy z 4 III 2002 r. o prawach pacjentów)*, „Prawo i Medycyna” 2002, nr 12. [*Civil liability for damages caused by medical treatment under the French law (according to the Act of March 4, 2002. On patients' rights)*, “Right and Medicine” 2002, no. 12]
- Newman R.A. (ed.), *Equity in the World's Legal Systems. A Comparative Study*, Brussels 1973.
- Philoupoulos D., *La réparation des risques sanitaires au titre de la solidarité nationale mise à l'épreuve devant le juge*, Recueil Dalloz 2007, no. 26.
- Rabello A. (ed.), *Aequitas and Equity, Equity in Civil Law and Mixed Jurisdictions*, The Leonard Davis Institute for International Relations, Jerusalem 1993.
- Safjan M. (red.), *Standardy prawne Rady Europy. Teksty i komentarze, t. II, Prawo cywilne [Legal standards of the Council of Europe. Texts and commentaries, vol. II, Civil Law]*, Instytut Wymiaru Sprawiedliwości, Warsaw 1995.
- Safjan M., *Odpowiedzialność odszkodowawcza władzy publicznej [Liability for damages of the public authorities]*, Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis, Warsaw 2004.
- Szczepaniak R., *Odpowiedzialność odszkodowawcza jednostek samorządu terytorialnego [Liability for damages of local government units]*, Wydawnictwa Prawnicze, Warsaw 2001.

Андрей Алексеевич
Богустов*
Гродненский Государственный университет
им. Янки Купалы

Andrei A. Bogustov*
Yanka Kupala State University of Grodno

Andrei A. Bogustow*
Uniwersytet Państwowy
im. Janki Kupały w Grodnie

Привилегированные акции в модельном законодательстве СНГ: сравнительно-правовой анализ

Preference stock in the model legislation of the CIS: comparative law analysis

Uprzywilejowane akcje w modelowym ustawodawstwie WNP:
analiza porównawcza prawna

Аннотация

Предметом исследования выступают понятие и признаки привилегированной акции в модельном законодательстве для государств-участников СНГ. Целью работы является выявление современных тенденций правового регулирования выпуска и обращения привилегированных акций на примере модельного законодательства для государств-участников СНГ. Методологическую основу исследования составляет метод сравнительного правоведения. В ходе исследования автор пришел к выводу, что модельное акционерное законодательство отражает ряд современных тенденций развития гражданского права: увеличения видов акций, сближение правового статуса акции и облигации, сближение и взаимозаимствования законодательства стран англо-американской и романо-германской систем гражданского права.

Ключевые слова

Акция, модельное законодательство, облигация, привилегированная акция, ценная бумага.

Abstract

The subject of the research is the notion and the features of a preference stock in the model legislation for the states – participants of the CIS. The aim of the research is the exposure of the current trends in legal regulation of preference stock issue and handling as exemplified by the model legislation for the states – participants of the CIS. The methodological basis of the research includes the comparative jurisprudence approach. In the course of investigation the author has come to the conclusion that the model legislation governing the issue and handling of stock reflects a number of current trends of the development of civil law. i.e.: the differentiation of types of stock, the approximation of the legal

* Кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры международного права Гродненского Государственного университета им. Янки Купалы; Candidate of Law, Associate Professor, Department of International Law, Yanka Kupala State University of Grodno; Kandydat nauk prawnych, docent, Katedra Prawa Międzynarodowego, Uniwersytet Państwowy im. Janki Kupały w Grodnie.

status of a share and a bond, the approximation and mutual loanword in the legislation of the countries of the common and continental law.

Keywords:

share, model legislation, bond, preference stock, security.

Streszczenie

Przedmiotem analizy jest pojęcie i cechy uprzywilejowanej akcji w modelowym ustawodawstwie dla państw-uczestników WNP. Celem pracy jest ukazanie współczesnych tendencji w zakresie prawnej regulacji wypuszczenia i zwrotu uprzywilejowanych akcji na przykładzie modelowego ustawodawstwa dla państw-uczestników WNP. Metodologiczną podstawę badania stanowi metoda porównawczego prawoznawstwa.

Podczas analizy autor doszedł do wniosku, że modelowe ustawodawstwo akcyjne odzwierciedla wiele współczesnych tendencji rozwoju prawa cywilnego: zwiększenia rodzajów akcji, zbliżenia prawnego statusu akcji i obligacji, zbliżenia i wzajemnego zapożyczenia ustawodawstw krajów angloamerykańskiego i kontynentalnego systemu prawa cywilnego.

Słowa kluczowe

Akcja, modelowe ustawodawstwo, obligacja, uprzywilejowana akcja, papier wartościowy.

Введение

За время прошедшее с момента распада СССР вновь возникшие независимые государства успели создать национальные гражданско-правовые системы. Но, несмотря на все существующие отличия, законодательство постсоветских стран имеет значительное число сходных черт. В литературе по сравнительному правоведению отмечается, что они „по прежнему формируют некую общность государств и правовых систем, которую можно было бы условно рассматривать как логическое развитие, точнее – продолжение, переход от социалистической правовой семьи к постсоциалистической”¹, у них „остаются схожими базовые принципы, структура и юридическая техника”².

Это объясняется целым рядом причин, к числу которых можно отнести общность социально-экономических и теоретических источников развития национального права. Немаловажную роль в обеспечении гармонизации и унификации гражданского законодательства постсоветских стран играют модельные (рекомендательные) акты, разрабатываемые в рамках СНГ. С точки зрения сближения национальных правовых систем СНГ, как любая другая региональная межгосударственная организация, имеет очевидные преимущества. К числу достоинств подобных объединений относится то, что они „созданы и их структура определена самими государствами, и они призваны активно работать в направлении уни-

¹ М.Н. Марченко, *Сравнительное правоведение. Общая часть*, Москва 2001, с. 484.

² Х. Бехруз, *Сравнительное правоведение*. Одесса, Москва 2008, с. 456.

фикации. Они действуют в единых геополитических рамках, где у входящих в них государств возникают сходные проблемы, решаемые сходным образом. Сообщества основаны на единстве или на близости правовых концепций, что позволяет предварительно устанавливать пределы унификации и облегчает ее последующее осуществление”³.

Но модельные акты не только выступают образцом для разработки национального законодательства, но и отражают современные тенденции развития правовой доктрины. Можно согласиться с тем, что: „Одним из важнейших условий обеспечения высокой эффективности и реальной результативности такого вида акта является его всестороннее и последовательное научное обоснование, обуславливающее использование современных законотворческих технологий”⁴.

Наиболее ярко эта роль модельного законодательства проявляется в отраслях регулирования сформировавшихся после образования на постсоветском пространстве независимых государств. К числу таких областей без сомнения относится и акционерное право. Проведение анализа модельных актов, направленных на регулирование данной группы отношений, представляет интерес еще и по причине того, что процесс унификации и гармонизации акционерного права имеет существенные отличия. Для него „характерна рецепция тех конструкций, институтов и регулирующих положений, которые оправдали свою эффективность в ином государстве. Такая ситуация позволяет ряду ученых говорить не об унификации, а о «копировании» иностранного акционерного законодательства”⁵. То есть анализ модельного акционерного законодательства позволяет исследовать более широкий вопрос о влиянии права стран Западной Европы и США на рекомендательные акты СНГ.

Основными документами, разработанными в данной области в рамках СНГ, являются Модельные законодательные положения о защите прав инвесторов на рынке ценных бумаг от 14 апреля 2005 года (далее – Модельные положения)⁶ и Модельный закон об акционерных обществах от 28 октября 2010 года (далее – Модельный закон)⁷. В рамках настоящей статьи мы остановимся лишь на проблемах регулирования отношений, связанных с привилегированными акциями.

³ М. Ансель, *Сравнительное право и унификация права*, [в:] *Очерки сравнительного права*, ред. В.А. Туманов, Москва 1981, с. 197.

⁴ Х. Бехруз, *op. cit.*, с.140.

⁵ А.Н. Кирсанов, *Очерк о сравнительно-правовом исследовании природы юридических лиц*, Москва 2011, с. 64

⁶ Постановление Межпарламентской Ассамблеи государств – участников СНГ № 25-7 от 14 апреля 2005 г. Модельные законодательные положения о защите прав инвесторов на рынке ценных бумаг, Информационный бюллетень Межпарламентской Ассамблеи государств – участников СНГ, 2005, № 36.

⁷ Постановление Межпарламентской Ассамблеи государств – участников СНГ № 35-13 от 28 октября 2010 г. Модельный закон об акционерных обществах, Информационный бюллетень Межпарла-

1. Понятие и типы привилегированных акций в модельном законодательстве

Модельные акты определяют такие ценные бумаги предельно широко. Из ст. 2 Модельных положений следует, что привилегированные акции это „как правило, неголосующие акции общества, которые предоставляют их владельцам специальную привилегию на получение заранее определенных дивидендов и ликвидационной стоимости”. Модельный закон (п. 1 ст. 30), давая определение привилегированной акции, перечисляет преимущества, предоставляемые ее владельцу по сравнению с собственниками обыкновенных акций „по вопросам размера дивидендов, очередности получения дивидендов, а также очередности получения причитающейся ему части имущества общества, распределяемого в случае его ликвидации”. Подобный подход к определению привилегированных акций является традиционным для современного корпоративного права. Например, столь же широкая дефиниция используется в польском праве – в § 1 ст. 351 k.s.h.⁸ закреплено, что общество может выпускать акции с особыми определенными уставом правомочиями.

Применение подобных формулировок открывает возможность для существования большого числа разновидностей таких акций. Например, В.П. Мозолин еще в середине 60-х годов XX века указывал: „Сам термин привилегированные акции ныне говорит лишь о наиболее общих чертах понятия этого вида акций, не раскрывая конкретных особенностей многочисленных и весьма разнообразных категорий привилегированных акций, выпускаемых корпорациями”⁹.

Множественность типов привилегированных акций находит закрепление в ст. 31 Модельного закона. К ним относятся акции с фиксированным и нефиксированным размером дивидендов.

При фиксации размера дивидендов они „устанавливаются в фиксированной сумме на одну акцию или фиксированном проценте к номинальной стоимости акции” (п. 3 ст. 31 Модельного закона). В свою очередь такие акции могут быть кумулятивными, частично кумулятивными или некумулятивными. Привилегированные акции с фиксированным размером дивидендов становятся кумулятивными, если в уставе общества установлено, что невыплаченный или неполностью выплаченный по ним дивиденд, размер которого установлен уставом общества, накапливается и выплачивается не позднее срока, определенного уставом общества. Если уставом общества такой срок не установлен, привилегированные акции кумулятивными не являются.

ментской Ассамблеи государств – участников СНГ, 2011, №49.

⁸ Ustawa z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych, Dz. U. z 2000 r., poz. 1037 ze zm.

⁹ В.П. Мозолин, *Корпорации, монополии и право в США*, Москва 1966, с.205.

Из анализа п. 4 – 5 ст. 31 Модельного закона следует, что кумулятивные акции предоставляют их собственникам право на получение всех накопленных за определенный срок дивидендов одним платежом или право на получение дивидендов в последующем периоде, если общество не выплатило их в предыдущем периоде. Частично кумулятивные акции предоставляют право на получение части накопленных дивидендов в последующем периоде, если общество не выплатило их в предыдущем периоде, а некумулятивные акции такого права не предоставляют.

Помимо этого привилегированные акции предоставляют их владельцам право на получение части имущества общества в случае его ликвидации в размере, соответствующем ликвидационной стоимости этой акции (п. 3 – 4 ст. 30 Модельного закона). Выплата определенной уставом ликвидационной стоимости происходит до распределения имущества между иными акционерами (п. 1 ст. 181 Модельного закона).

Модельное законодательство наделяет владельцев привилегированных акций еще одним правомочием – первоочередным правом на приобретение дополнительно выпускаемых акций принадлежащих им типов (п. 3 ст. 4 Модельных положений). Это направлено на обеспечение возможности сохранения доли привилегированных акций определенного типа, которыми владели инвесторы до размещения дополнительных акций.

Однако, несмотря на закрепление возможности для выпуска различных типов привилегированных акций и определения прав их держателей, модельное законодательство содержит достаточно серьезное ограничение, связанное, на наш взгляд, с необходимостью предоставления дополнительных гарантий прав акционеров в условиях переходного характера экономики постсоветских стран. Модельное законодательство не только указывает на основные виды привилегированных акций, но и закрепляет их исчерпывающий перечень. Это существенно отличает модельное законодательство от права стран с развитым рынком ценных бумаг. Например, в польской юридической литературе высказывается мнение, что „устав общества может предусматривать и иные привилегии, например в отношении приобретения вновь выпускаемых акций либо в отношении аннулирования акций”¹⁰.

¹⁰ E. Gniewek (red.), *Podstawy prawa cywilnego i handlowego. Tom II. Prawo handlowe*, Warszawa 2002, s. 147.

2. Тенденция сближения правового режима простых и привилегированных акций в модельном законодательстве

Существование различных типов привилегированных акций приводит к их сближению с обыкновенными (простыми) акциями. В свою очередь это служит одним из доказательств влияния американского корпоративного права на модельное законодательство СНГ, поскольку именно в США увеличение видов акций „привело к смыванию различий обыкновенных и привилегированных акций”¹¹.

Прежде всего, сближение режима простых и привилегированных акций находит отражение в том, что все они могут существовать исключительно в форме именных ценных бумаг (п. 1 ст. 24 Модельного закона).

Это положение имеет не только технико-юридическое, но и политико-правовое значение. Законодательство стран континентальной системы права, как правило, допускает существование как именных, так и предъявительских акций. Например, прямое указание на такую возможность содержится в § 1 ст. 334 k.s.h. и подкрепляется требованиями как к уставу акционерного общества (п. 5 § 1 ст. 304 k.s.h.), так и к бланку акции (п. 5 § 1 ст. 328 k.s.h.). Существование предъявительских акций допускается также законодательством Германии (п. 1 § 10 Акционерного закона¹²), Нидерландов (п. 1 ст. 82 кн. 2 ГК¹³), Франции (ст. L. 228-1 ФТК¹⁴), Швейцарии (ст. 622 ШОЗ¹⁵). При этом запрет на выпуск таких ценных бумаг закрепляется английским¹⁶ и американским правом¹⁷. Таким образом, запрещение предъявительских акций свидетельствует о серьезном влиянии на формирование модельного законодательства положений англо-американского права.

Подобный запрет позволяет сделать вывод о приоритетах законодателя в регулировании рынка ценных бумаг. В литературе отмечается, что „с экономической точки зрения акции на предъявителя предпочтительнее, так как являются средством быстрого притока капитала в наиболее выгодные отрасли”¹⁸. В то же время к достоинствам именных акций относится „возможность постоянно контролировать процесс движения акционерного капитала и концентрации бумаг в руках отде-

¹¹ О.Н. Сыродоева, *Акционерное право США и России (сравнительный анализ)*, Москва, 1996, с. 11.

¹² Акционерный закон Германии, от 6 сентября 1965 г. [в:] *Германское право. Часть 2. Торговое уложение и другие законы*, Москва 1996.

¹³ Гражданский кодекс Нидерландов. Книги 2, 3, 5, 6 и 7., Лейден 2000.

¹⁴ Французский Торговый кодекс 1999 г. (извлечения) [в:] *Гражданское и торговое право зарубежных стран: учеб. пособие ред. В.В. Безбаха и В.К. Пучинского*, Москва, 2004.

¹⁵ Швейцарский обязательственный закон. Федеральный закон о дополнении Швейцарского гражданского кодекса (Часть пятая: Обязательственный закон): от 30 марта 1911 г. (по состоянию на 1 марта 2012 г.), Москва 2012.

¹⁶ Г.В. Полковников, *Английское право о компаниях: Закон и практика*, Москва 2000, с.110 – 121.

¹⁷ О.Н. Сыродоева, *op. cit.*, с. 50.

¹⁸ *Ibidem*, с. 50.

льных акционеров”¹⁹. Так к числу причин запрета выпуска предъявительских акций в США называют: „Во-первых, цели налогообложения, ибо обращение предъявительских акций затрудняет контроль за доходами. Во-вторых, возможность нерегистрируемой скупки акций осложнила бы контроль за выполнением антимонопольного законодательства. В-третьих, вложение средств в акции на предъявителя представляло бы собой прекрасную возможность легализовать добытые преступным путем деньги. В-четвертых, при помощи регистрации акционеров в книгах корпорации обеспечиваются права акционеров – директора обязаны регулярно рассылать акционерам информацию о деятельности общества”²⁰. Таким образом, запрет на существование акций в форме предъявительских ценных бумаг указывает на то, что приоритетом для разработчиков модельного законодательства выступает возможность осуществления функции контроля на фондовом рынке.

Далее, сближение режима простых и привилегированных акций проявляется в том, что по общему правилу их выпуск подчиняется одним и тем же нормативным предписаниям. Исключения из этого общего порядка весьма немногочисленны. Они касаются установления предельного размера эмиссии привилегированных акций. В п. 5 ст. 30 Модельного закона закрепляется, что совокупная номинальная стоимость привилегированных акций общества не должна превышать 25% от размера уставного капитала общества. Кроме того, Модельные положения (подп. 4 п. 6 ст. 3) указывают на возможность отличия номинальной стоимости привилегированных акций определенного типа от номинальной стоимости обыкновенных акций.

Сближение простых и привилегированных акций выражается в том, что их владельцы, за исключением случаев прямо предусмотренных законодательством, наделяются одинаковым объемом прав. Так, п. 1 ст. 34 Модельного закона закрепляет права акционера независимо от категорий принадлежащих им акций. Можно говорить о том, что в признании равных прав владельцев простых и привилегированных акций проявляется влияние на формирование модельного законодательства права стран континентальной системы – Германии, Швейцарии и Франции, в котором содержатся статьи аналогичного содержания (п. 1 § 140 Акционерного закона Германии, ст. 656 ШОЗ, ч. 3 ст. L 228-12 ФТК).

Тенденция наделения держателей простых и привилегированных акций равными правами находит подтверждение и в иных положениях модельного законодательства. Например, п. 2 ст. 34 Модельного закона устанавливает, что владелец безголосых акций может участвовать в работе общего собрания акционеров „при

¹⁹ Т.В. Кашанина, *Корпоративное право (Право хозяйственных товариществ и обществ)*, Москва 1999, с. 422.

²⁰ О.Н. Сыродоева, *op. cit.*, с.51.

обсуждении вопросов по повестке дня общего собрания акционеров”. Кроме того держатели простых и привилегированных акций уравниваются в возможности присутствовать на общем собрании акционеров, проводимом в очном порядке, и участвовать в обсуждении рассматриваемых им вопросов (ч. 3 п. 4 ст. 92 Модельного закона). Исходя из анализа п. 1 ст. 7 Модельных положений, также можно сделать вывод о равных правах всех акционеров на доступ к информации о деятельности общества, а ст. 147 Модельного закона устанавливает единый для всех акционеров порядок доступа к документации общества.

Наконец, стирание отличий между простыми и привилегированными акциями проявляется в наделении их владельцев в предусмотренных законодательством случаях правом на участие в управлении делами общества. Практические формы проявления этой тенденции могут значительно отличаться.

Например, в Германии (§ 12 Акционерного закона Германии) и Швейцарии (ст. 656 ШОЗ) выражение привилегированными акциями дополнительных прав имущественного характера не всегда само по себе лишает их владельца голоса на общем собрании. А в польском праве (§ 1 ст. 351 и § 3 ст. 353 k.s.h.) подобные ограничения возможны, но не обязательны. В свою очередь в модельном законодательстве привилегированные акции по общему правилу являются безголосыми (п. 2 ст. 30, п. 1 ст. 88 Модельного закона и ст. 2, п. 6 ст. 3 Модельных положений). Это исключает возможность выпуска привилегированных „многоголосых” акций, существование которых признается, например, польским правом (§ 2 ст. 352 k.s.h.). Признание привилегированных акций „безголосыми”, на наш взгляд, является еще одним свидетельством влияния англо-американского права на развитие модельного законодательства. Именно в корпоративном праве США такие акции получили наибольшее распространение²¹. Но запрет выпуска привилегированных акций с правом голоса в модельном законодательстве вызван не только воздействием англо-американского права, но и общим состоянием развития рынка ценных бумаг в государствах постсоветского пространства. Так, в примечаниях к п. 6 ст. 3 Модельных положений разработчики данного документа указывают: „Выпуск голосующих привилегированных акций может значительно нарушить права существующих акционеров – владельцев обыкновенных акций, так как первые могут быть размещены контролирующим акционерам или директорам и менеджерам. Указанные лица смогут узурпировать все экономические блага деятельности общества, распределив (себе же) преимущественные дивиденды и сохранив при этом значительное право голоса. Несмотря на то, что в некоторых развитых западных странах такие голосующие привилегированные акции допус-

²¹ В.П. Мозолин, *op. cit.*, с. 181.

тимы, они существуют в рамках сложившихся традиций и наравне с другими механизмами защиты от злоупотреблений подобными акциями. Для стран с переходной экономикой модельные Положения рекомендуют запрещать размещение голосующих привилегированных акций”.

Но при этом модельное законодательство следует общепринятой практике наделения „немых” привилегированных акций правом голоса при определенных обстоятельствах. Анализ показывает, что предоставление права голоса владельцам таких акций выполняет в конечном итоге либо компенсационную, либо контрольную функции.

Компенсационная функция проявляется тогда, когда право на управление делами общества возникает у владельца привилегированной акции при ненадлежащем исполнении обществом обязанностей по выплате дивидендов. Так, из пп. 1 п. 6 ст. 31 Модельного закона следует, что право голоса возникает в случае невыплаты фиксированных дивидендов по кумулятивным или частично кумулятивным акциям в течение срока, определенного уставом и прекращается после выплаты накопленных дивидендов в полном размере. Из ч. 3 п. 6 ст. 3 Модельных положений следует, что привилегированные акции определенного типа предоставляют право голоса по всем вопросам повестки дня на общем собрании акционеров, которое следует за годовым общим собранием акционеров, принявшим решение о невыплате или неполной выплате дивидендов по привилегированным акциям данного типа. При этом право голоса по кумулятивным привилегированным акциям прекращается с момента полной выплаты всех аккумулированных дивидендов, а по некумулятивным привилегированным акциям – с момента первой полной выплаты дивидендов за отчетный период.

Реализация контрольной функции имеет место тогда, когда владелец привилегированных акций принимает участие в принятии решений, которые непосредственно могут повлиять на его статус. В частности, в соответствии с ч.2 п. 6 ст. 3 Модельных положений, привилегированные акции могут предоставлять право голоса при рассмотрении вопросов о реорганизации общества, о ликвидации общества, о внесении изменений и дополнений в устав, ограничивающих права владельцев данного типа привилегированных акций. Данное правило детализируется в п. 6 и п. 7 ст. 31 Модельного закона, из анализа которых следует, что привилегированная акция как с фиксированными, так и нефиксированным размером дивидендов предоставляет право голоса при принятии общим собранием акционеров решения об изменении прав владельцев привилегированных акций в связи с реорганизацией либо ликвидацией общества, дополнительным выпуском привилегированных акций другого типа, предоставляющих их собственникам дополнительные права по отношению к собс-

твенникам размещенных привилегированных акций, или по иным основаниям, предусмотренным законодательством о ценных бумагах либо уставом общества.

Защита прав держателей привилегированных акций в процессе реализации контрольной функции проявляется в использовании модельным законодательством концепции голосования по типам акций. Устанавливается, что при принятии решения о внесении изменений и дополнений в устав, ограничивающих права владельцев привилегированных акций определенного типа, голосование должно проходить раздельно по типам акций на общем собрании (п. 4 ст. 34 Модельного закона и подп. 5 п. 6 ст. 3 Модельных положений). Более того, упомянутая норма Модельного закона гласит, что такое решение действительно лишь в случае принятия его не менее чем 75% голосов, предоставленных этими акциями. Рассматриваемый механизм реализации контрольной функции права голоса по привилегированным акциям, на наш взгляд, имеет определенное сходство с конструкцией применяемой польским законодательством. Например, ст. 419 k.s.h. предусматривает необходимость проведения голосования среди держателей акций определенных типов.

Из упоминавшейся ранее возможности выпуска привилегированных акций разной номинальной стоимости естественным образом вытекает допустимость отступления от принципа „одна акция – один голос”. Так, из подп. 4 п. 6 ст. 3 Модельных положений следует, что привилегированная акция определенного типа предоставляет ее владельцу количество голосов, пропорциональное номинальной стоимости обыкновенных акций.

3. Тенденция сближения правового режима привилегированных акций и облигаций в модельном законодательстве

Установление столь широких возможностей для дифференциации режима привилегированных акций приводит к возникновению еще одной тенденции – сближения правового статуса акций и облигаций. Можно согласиться с тем, что „в иерархии ценных бумаг привилегированные акции занимают промежуточное положение между облигациями и обычными акциями”²². Такое сближение характерно не только для модельных актов, а носит универсальный характер – в законодательстве зарубежных стран оно имеет место на протяжении последних десятилетий²³.

²² Т.В. Кашанина, *op. cit.*, с. 424.

²³ В.А. Туманов, *Вступительная статья* [в:] *Акционерное общество и товарищество с ограниченной ответственностью: сборник зарубежного законодательства*, ред. В.А. Туманов, Москва 1995, с. XII–XIII.

В этом вновь проявляется усиление влияния акционерного права США на законодательство европейских стран, поскольку стирание отличий между акциями и облигациями впервые получило закрепление именно в американском праве в 50-60-х годах XX века²⁴.

На наш взгляд, сближение привилегированных акций и облигаций отражается в том, что модельное законодательство в определенных случаях наделяет их владельцев одинаковыми правомочиями. Например, ранее упомянутая нами ст. 147 Модельного закона закрепляет общий для владельцев облигаций и акций порядок доступа к документации общества.

Сходный правовой режим возникает у привилегированных акций и облигаций в случае выпуска их в качестве конвертируемых ценных бумаг. В соответствии со ст. 2 Модельных положений ими могут выступать „облигации, привилегированные акции или другие ценные бумаги, которые могут быть обменены на акции общества”. Общность проявляется, например, в том, что у акционеров существует преимущественное право на приобретение всех типов конвертируемых ценных бумаг (ст. 2 Модельных положений и ст. 59 Модельного закона), это право имеет единый порядок реализации (ст. 60 Модельного закона), выпуск и размещение обществом конвертируемых ценных бумаг осуществляется по решению общего собрания акционеров (ст. 70) и т.д.

Сходство между облигациями и привилегированными акциями может проявляться и по порядку выплаты дохода. Так, например, ч. 2 п. 2 ст. 49 Модельного закона и ч. 2 п. 3 ст. 5 Модельных положений допускают в случаях, предусмотренных уставом общества выплату дивидендов по привилегированным акциям определенных типов также за счет ранее сформированных для этих целей специальных фондов общества. То есть, получение дохода по акциям в таком случае в меньшей степени зависит от результатов хозяйственной деятельности общества, а их владельцы приобретают права, сходные с правами кредиторов общества – облигационеров.

Как было указано выше привилегированные акции по общему правилу, закрепляемому модельным законодательством, являются „безголосыми”. И именно это выступает самым ярким проявлением сближения акций и облигаций. Еще М.И. Кулагин отмечал, что если „ценная бумага не дает права голоса, т.е. не предоставляет правомочия участвовать в управлении делами акционерной компании, то, согласно принципам классического акционерного права, ее владельца нельзя считать участником. Его правовое положение, по сути, не будет отличаться от статуса кредитора компании”²⁵.

²⁴ О.Н. Сыродоева, *op. cit.*, с. 49–51.

²⁵ М.И. Кулагин, *Государственно-монополистический капитализм и юридическое лицо* [в:] М.И. Кулагин, *Избранные труды*, Москва 1997, с.104.

Выводы

На основании проведенного исследования можно сделать следующие выводы:

1. Сравнительно-правовой анализ модельного законодательства, посвященного регулированию корпоративных отношений, приводит к заключению, что в нем находит отражение ряд современных тенденций развития гражданского права: увеличение видов акций, сближение правового статуса акции и облигации, сближение и взаимозаимствования законодательства стран англо-американской и романо-германской систем гражданского права.
2. Возможность существования акций в виде предъявительских либо именных ценных бумаг может служить одним из признаков принадлежности законодательства к романо-германской либо англо-американской системе гражданского права: разрешение выпуска предъявительских акций свидетельствует о приверженности законодательства континентальной правовой традиции, а запрет – о сильном влиянии англо-американской системы права.
3. Модельное законодательство содержит максимально широкие определения привилегированных акций, что вполне соответствует современным подходам регулирования корпоративных отношений как в странах континентальной, так и англо-американской системы права. Это открывает возможность для существования большого числа разновидностей привилегированных акций.
4. Дифференциация режима привилегированных акций в модельном законодательстве приводит к их сближению с простыми акциями, что служит одним из проявлений влияния американского корпоративного права на модельное законодательство СНГ.
5. Сближение режима привилегированных и простых акций в модельном законодательстве находит выражение в том, что по общему правилу выпуск указанных типов акций подчиняется одним и тем же нормативным предписаниям, их владельцы наделяются одинаковым объемом прав, включая в предусмотренных законодательством случаях право на участие в управлении делами общества.
6. В модельном законодательстве проявляется тенденция сближения правового статуса привилегированных акций и облигаций. Акции приобретают особенности присущие ранее исключительно облигациям. Это, в свою очередь, является воплощением конвергенции корпоративного законодательства стран англо-американской и континентальной системы права.

Библиография

Правовые акты

- Акционерный закон Германии, от 6 сентября 1965 г. [в:] *Германское право. Часть 2. Торговое уложение и другие законы*, Москва 1996.
- Гражданский кодекс Нидерландов. Книги 2, 3, 5, 6 и 7., Лейден 2000.
- Постановление Межпарламентской Ассамблеи государств – участников СНГ № 25-7 от 14 апреля 2005 г. Модельные законодательные положения о защите прав инвесторов на рынке ценных бумаг, Информационный бюллетень Межпарламентской Ассамблеи государств – участников СНГ, 2005, № 36.
- Постановление Межпарламентской Ассамблеи государств – участников СНГ № 35-13 от 28 октября 2010 г. Модельный закон об акционерных обществах, Информационный бюллетень Межпарламентской Ассамблеи государств – участников СНГ, 2011, №49.
- Французский Торговый кодекс 1999 г. (извлечения) [в:] *Гражданское и торговое право зарубежных стран: учеб. пособие* ред. В.В. Безбаха и В.К. Пучинского, Москва, 2004.
- Федеральный закон о дополнении Швейцарского гражданского кодекса (Часть пятая: Обязательственный закон) от 30 марта 1911 г. Швейцарский обязательственный закон (по состоянию на 1 марта 2012 г.), Москва 2012.
- Ustawa z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych, Dz. U. z 2000 r., poz. 1037 ze zm.

Литература

- Ансель М. *Сравнительное право и унификация права* [в:] *Очерки сравнительного права*, ред. В.А. Туманов. Москва 1981.
- Бехруз Х. *Сравнительное правоведение*. Одесса, Москва 2008.
- Кашанина Т.В. *Корпоративное право (Право хозяйственных товариществ и обществ)*. Москва 1999.
- Кирсанов А.Н. *Очерк о сравнительно-правовом исследовании природы юридических лиц*. Москва 2011.
- Кулагин М.И. *Государственно-монополистический капитализм и юридическое лицо* [в:] М.И. Кулагин *Избранные труды*, Москва 1997.
- Марченко М.Н. *Сравнительное правоведение. Общая часть*. Москва 2001.
- Мозолин В.П. *Корпорации, монополии и право в США*. Москва 1966.
- Полковников Г. В. *Английское право о компаниях: Закон и практика*. Москва 2000.
- Сыродоева О.Н. *Акционерное право США и России (сравнительный анализ)*. Москва 1996.
- Туманов В.А. *Вступительная статья* [в:] *Акционерное общество и товарищество с ограниченной ответственностью: сборник зарубежного законодательства*, ред. В.А. Туманов, Москва 1995
- Gniewek E. (red.) *Podstawy prawa cywilnego i handlowego. Tom II. Prawo handlowe*. Warszawa 2002.

Серова О.А.*

*Балтийский федеральный университет
им. И. Канта
г. Калининград, Россия*

Serova O.A.*

*Immanuel Kant Baltic Federal University
Kaliningrad, Russia*

Генетические заболевания: защита интересов матери и ребенка

Genetic diseases: protection of interests of mother and child

Choroby genetyczne: ochrona interesów matki i dziecka

Аннотация

Современные медицинские технологии позволяют выхаживать детей с серьезными нарушениями здоровья. Однако медицинское и социальное сопровождение детей, страдающих редкими генетическими заболеваниями, имеет много недостатков. Изменение законодательства, определяющего условия получения инвалидности, ограничивают право ребенка, имеющего наследственные заболевания на оказание помощи. В статье рассматриваются вопросы комплексного подхода к защите прав и законных интересов больных детей, развитие региональных центров по диагностике и лечению редких заболеваний.

Ключевые слова:

наследственные, генетические, редкие заболевания; права ребенка-инвалида; социальная поддержка.

Abstract

Modern medical technologies provide care for children with severe disabilities; however, medical and social support of children suffering from rare genetic diseases has many disadvantages. The change in legislation defining the conditions for obtaining the disability status limits the right of a child with a hereditary disease for assistance. The article deals with the questions of an integrated approach to the protection of the rights and legitimate interests of sick children as well as the development of regional centers for the diagnosis and treatment of rare diseases.

Keywords

hereditary, genetic, rare diseases; the rights of the disabled child; social support.

* Доктор юридических наук, профессор заведующая кафедрой гражданского права и процесса Балтийского федерального университета им. И. Канта г. Калининград, Россия; Doctor of Law, Head of the Department of Civil Law and Procedure Immanuel Kant Baltic Federal University, e-mail: OlgSerova@kantiana.ru, Kaliningrad, Russia.

Streszczenie

Nowoczesne technologie medyczne pozwalają otaczać opieką dzieci z poważnymi problemami zdrowotnymi. Jednak medyczna i społeczna opieka nad dziećmi dotkniętymi rzadkimi chorobami genetycznymi ma wiele wad. Zmiana prawa określającego warunki uzyskania orzeczenia o niepełnosprawności ogranicza prawo i możliwość pomocy dla dziecka mającego choroby dziedziczne. W artykule omówiono zagadnienia zintegrowanego podejścia do ochrony praw i uzasadnionych interesów chorych dzieci, rozwój regionalnych ośrodków diagnostyki i leczenia chorób rzadkich.

Słowa kluczowe

choroby dziedziczne, prawa dziecka, pomoc medyczna dla dzieci z chorobami genetycznymi, prawo człowieka do godnego życia.

Введение

Развитие современных медицинских технологий позволяет сохранить жизнь ребенку, страдающему тяжелыми формами наследственных, генетических заболеваний. Ранее подобные дети не выживали.

Однако рождение ребенка с серьезными патологиями в развитии связано с рядом проблем этического, социального и правового характера. Современное государство не готово обеспечить полноценное развитие детей, страдающих редкими, неизлечимыми заболеваниями, в связи с существенными затратами не только на закупку лекарственных средств, но и в связи с потребностью проведения серьезных научных исследований, положительный эффект от которых не принесет значимой коммерческой выгоды.

Существующая система социального обеспечения и медицинской помощи детям, страдающим редкими генетическими заболеваниями, на обеспечивает, на наш взгляд, соблюдение базового права человека на достойную жизнь. Права и интересы матери и ребенка в данном случае связаны с существенными финансовыми затратами, проведением научных исследований, разработке новых препаратов, ориентированных на небольшую по численности группу населения.

1. Цели законодательного регулирования лечения детей с генетическими заболеваниями

Российское законодательство дает понятие здоровья как состояние физического, психического и социального благополучия человека, при котором отсутствуют заболевания, а также расстройства функций органов и систем организма¹.

¹ Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации: федеральный закон от 21.11.2011. №323-ФЗ (в ред. от 13.07.2015) // Собрание законодательства Российской Федерации. 2011. №48. Ст. 6724.

Особенностью детей, родившихся с генетическими заболеваниями, является изначальное отсутствие такого состояния организма, которое характеризуется как «здоровье». Соответственно, весь комплекс мероприятий, который законодатель считает необходимым по поддержанию и (или) восстановлению здоровья в отношении этой категории пациентов фактически неприменим. Дети, рожденные с генетическими нарушениями развития, обречены на постоянное лечение или проведение медицинских процедур, поддерживающих жизнь, но не способных повлиять на развитие болезни.

У людей с обычным состоянием здоровья процесс лечения связан с использованием и применением системы мер медицинского вмешательства и лечения, направленных на устранение причин заболевания. Все применяемые препараты и медицинские манипуляции, реабилитационные мероприятия направлены на максимальное восстановление здоровья и всех ранее поврежденных функций организма. Что же касается детей, рождающихся с генетическими заболеваниями, аномалиями развития тех или иных органов, то для них процесс лечения связан не с восстановлением здоровья, а с облегчением проявлений заболевания или общего состояния пациента. Основной целью в этом случае является уменьшение неблагоприятных последствий проявления заболевания, купирование болевого синдрома, проведения реабилитационных мероприятий, связанных с общим укреплением организма, улучшением общего состояния больного, но не излечением как таковым. Соответственно, экономическая составляющая мероприятий по охране здоровья населения, направленная на восстановление и поддержание работоспособности населения, в данном случае не может быть применима.

Увеличение числа детей, рождающихся с различными формами наследственных и врожденных заболеваний, потребовало применения комплексных мер по выявлению подобных патологий еще на стадии беременности женщин.

Обнаружение генетического заболевания у плода является обстоятельством для искусственного прерывания беременности. С одной стороны, развитие медицины позволяет выносить и сохранить жизнь многим детям, имеющим изначально существенные аномалии развития. С другой стороны, диагностика плода позволяет с достаточно высокой степенью точности определить степень поражения органов и (или) систем организма, нарушение его функций. Полученная информация необходима и родителям будущего ребенка, прежде всего, матери, и врачам, для решения вопроса о сохранении беременности. Таким образом, создаваемая система ранней диагностики генетических заболеваний направлена на предупреждения рождения детей

с тяжелыми, не поддающимися лечению, формами наследственных и врожденных болезней² и принятия решения об искусственном прерывании беременности.

Отказ будущей матери является основанием для превентивного решения вопроса о медицинской помощи ребенку. Ранний этап принятия решения об оказании такой помощи связан с высокой стоимостью комплекса медицинских мер, необходимых для оказания помощи детям, родившимся с генетическими аномалиями, невозможностью оказания медицинской помощи в ряде регионов России, где отсутствует необходимое медицинское оборудование и квалифицированный персонал клиник³.

Обследование проходит на нескольких уровнях. На первом этапе проводятся массовые обследования всех беременных женщин путем обязательного трехкратного скринингового ультразвукового исследования. На втором уровне осуществляется диагностика конкретных форм поражения плода, оценке тяжести болезни и прогнозу состояния здоровья ребенка, а также решение вопросов о прерывании беременности в случаях тяжелого, не поддающегося лечению, заболевания у плода. При подтверждении наличия у плода врожденного порока развития, хромосомной или другой наследственной болезни дальнейшая тактика ведения беременности определяется консультативно с приглашением на консилиум специалистов различного профиля. Если женщина соглашается прервать беременность, после проведения операции супружеской паре рекомендуется провести повторное генетическое консультирование, где даются рекомендации по планированию последующей беременности. Если требуется проведение сложных генетических исследований у плода, то с согласия беременной женщины ей выдается направление в один из федеральных центров медико-генетической службы⁴.

Описанная нами система, в принципе, позволяет на достаточно раннем этапе беременности выявить существенные нарушения здоровья у плода. Однако необходимо отметить, что искусственное прерывание беременности осуществляется исключительно с согласия самой женщины. Она может такого согласия не дать. Кроме того, далеко не все случаи аномалий развития плода определяются во время беременности.

² Инструкция по организации проведения пренатального обследования беременных женщин с целью выявления врожденной и наследственной патологии у плода, утв. Приказом Минздрава России от 28.12.2000 г. №457.

³ Практически все эксперты отмечают, что нерешенными проблемами остаются трудности в получении доступа к специализированному лечению, лекарственному обеспечению, неравномерное распределение помощи по регионам. См.: Косякова Н.В., Гаврилина Н.И. Орфанные заболевания – история вопроса и современный взгляд на проблему // Современные проблемы науки и образования. 2015. №2-2. С.471.

⁴ Инструкция по проведению инвазивной диагностики плода и генетического исследования биоптатов клеток, утв. Приказом Минздрава России от 28.12.2000 №457.

Рождение ребенка, страдающего генетическими заболеваниями, и в частности, орфанными, то есть относящимся к редким, связано со второй целью принимаемых законодательных актов. Эта цель состоит в медицинском и лекарственном обеспечении жизни детей, поддержке семьи. Как показывает практика, достижение указанных целей связано с серьезными проблемами экономического и организационного порядка. Существующая система социального обеспечения в России рассматривает детей с подобными нарушениями здоровья в качестве нетипичного социального риска⁵, для минимизации последствий которого необходима разработка иных механизмов поддержки.

2. Проблемы реализации правовых гарантий на получение медицинской помощи детям с генетическими заболеваниями

Родители, воспитывающие детей с тяжелыми заболеваниями, вне зависимости от причин их возникновения, стаскиваются с серьезными трудностями и проблемами.

Как правило, дети, страдающие тяжелыми заболеваниями, признаются инвалидами. Условиями для признания гражданина инвалидом являются нарушение здоровья со стойким расстройством функций организма; ограничение жизнедеятельности и необходимость в мерах социальной защиты, включая реабилитацию и абилитацию⁶. Наличие одного из перечисленных указаний не является достаточным основанием для получения категории «ребенок-инвалид». Однако не все дети, страдающие редкими генетическими заболеваниями, получают инвалидность. В некоторых случаях аномалия развития может существовать, быть диагностируема, вызывать негативные изменения в организме, но при этом не вызывать для ребенка серьезных последствий в самочувствии. Наличие неблагоприятного прогноза течения заболевания, необходимость постоянного мониторинга состояния здоровья таких детей и потребность в мерах социальной защиты не являются однозначным основанием для получения статуса инвалида, так как заболевание не связано с ограничением жизнедеятельности ребенка. При этом достаточно часто существуют обоснованные опасения врачей, что развитие заболевания по мере взросления приведет к таким ограничениям. Соответственно, необходимо определение не только возможного течения заболевания, но и выработка превентивных мер по обучению ребенка, приобретению профессии и пр. Основной проблемой

⁵ Истомина Е.А. Нетипичные социальные риски в праве социального обеспечения // Вестник Южно-Уральского государственного университета. Серия: Право. 2016. Т. 17. №3. С. 79.

⁶ О порядке и условиях признания лица инвалидом: постановление Правительства РФ от 20.02.2006 г. №95 (ред. от 06.08.2015) // Собрание законодательства РФ. 2006. №9. Ст. 1018.

в подобных случаях становится отсутствие комплексного диагностического исследования состояния развития генетического заболевания, которое дало бы возможность определить те или иные варианты развития болезни по мере взросления, необходимость оперативного вмешательства врачей при резком ухудшении здоровья. Возлагаемые надежды на поликлиническое сопровождение таких детей неоправданны. Врачи общей практики не в состоянии диагностировать многие заболевания, определить степень поражения организма. Даже при наличии диагноза, учитывая неравномерность распределения специализированных медицинских центров на территории России, в отсутствие финансовой поддержки проведение мониторинга течения заболевания достаточно затруднительно.

Дети, страдающие тяжелыми заболеваниями, вне зависимости от наличия у них статуса «ребенок-инвалид», имеют право на получение квоты для лечения в федеральных медицинских центрах. Однако сложная система получения квот на лечение в таких центрах, отсутствие эффективной финансовой поддержки со стороны государства при направлении детей в такие центры создают существенные препятствия в доступности подобной помощи. Даже при получении квоты, родители, не обладающие достаточным доходом, испытывают существенные финансовые затруднения. Не все медицинские центры обеспечены надлежащими условиями для госпитализации ребенка и родителя.

Учитывая территорию России, подобные центры должны быть регионально-го значения. Но на сегодняшний день можно сделать вывод о том, что получение эффективной медицинской помощи (сопровождения) вдали от крупных центров (Москвы, Санкт-Петербурга и пр.) практически невозможно обеспечить⁷. Организация подобных центров связана не только с финансированием их деятельности, выделением зданий, закупкой необходимого оборудования. Основной задачей является расширение числа специалистов, готовых работать с такими детьми. Естественно, что редкость заболевания в том или ином регионе приводит к отсутствию у врачей необходимых навыков. В этой связи концентрация медицинской помощи по редким заболеваниям в федеральных центрах выглядит оправданной. Но существующее финансовое и организационное обеспечение затрудняет доступ к получению этой помощи.

Одной из серьезнейших проблем с обеспечением прав больных детей и их родителей является наличие сложной и неэффективной системы лекарственного обеспечения. В случае с орфанными заболеваниями стоимость лечения превышает

⁷ Об организации Реферанс-центра врожденных наследственных заболеваний, генетических отклонений, орфанных и других редких заболеваний: приказ Департамента здравоохранения г. Москвы от 02.06.2015 №461

реальные финансовые возможности среднестатистической российской семьи, а нередко и возможности регионального финансирования. Увеличения числа детей, страдающих подобными заболеваниями, вызывает негативную реакцию в обществе, требующей не только правового решения, но, прежде всего, изменения мировоззрения значительной части населения⁸. Затраты на одного такого больного сопоставимы с лекарственным обеспечением десятков, а иногда и сотни пациентов с иными заболеваниями.

Не менее сложными являются проблемы выявления связи заболевания у ребенка с воздействием техногенных факторов в отношении родителей. В качестве примера можно привести судебный спор, по результатам которого заявителям было отказано в иске об обязанности обеспечить выписку рецептов на получение лекарственных изделий медицинского назначения. Основанием отказа стало отсутствие доказательств наличия у несовершеннолетних лиц заболеваний вследствие чернобыльской катастрофы или обусловленными генетическими последствиями радиоактивного облучения отца⁹. Однако не только катастрофа Чернобыльской АЭС является фактором возможного генетического заболеваниями у ребенка. Есть проблема увеличения заболеваемости злокачественными опухолями щитовидной железы как последствия для населения, подвергшегося облучению в результате деятельности Производственного объединения «МАЯК» в Челябинской области¹⁰. Не случайно эксперты отмечают возросшую актуальность «вопросов отдаленных последствий и исходов радиационного воздействия»¹¹. Решение обозначенной проблемы может быть только комплексным, основанным на проведение медицинских исследований, развитии диагностики и создания системы социальных гарантий для ребенка и матери, пострадавших от подобного воздействия опосредованного, через связь с иными родственниками.

Определение причины генетического заболевания у ребенка не может являться исключительно медицинской проблемой. Это и важная этическая проблема, решение которой может оказать благоприятное воздействие на медико-социальное сопровождение семей с детьми, имеющими серьезные отклонения в развитии и здоровье. «Освобождение» матери от нравственных мучений после рождения

⁸ Попова О.В., Лапин Ю.Е. Правовые механизмы защиты прав больных с офранными заболеваниями. Справедливо ли тратить деньги всех граждан на дорогостоящее лечение небольшой группы пациентов? Значимость этических аспектов при решении проблем доступности медицинской помощи больным с редкими заболеваниями // Правовые вопросы здравоохранения. 2014. №11. С. 100-111.

⁹ Кассационное определение Верховного суда Республики Алтай от 19.10.2011 по делу №33-819.

¹⁰ <http://www.atomeco.org/mediafiles/u/files/2015/Materials/Romanov.pdf> (дата обращения: 28.03.2016).

¹¹ Романов С.А., Кошурникова Н.А., Тельнов В.И., Медико-биологические аспекты радиационной безопасности персонала ПО «Маяк» // http://www.minecol74.ru/files/media/almanahi/almanah-60let/people/romanov_koshurnikova_telnov.pdf (дата обращения: 27.03.2016).

больного ребенка позволяет высвободить ей необходимые ресурсы собственного психического здоровья на реабилитацию больного ребенка.

Современные методы диагностики редких болезней (молекулярно-генетические, биохимические, гистохимические и др.) не включены в перечни медицинских услуг, оказываемых по системе обязательного медицинского страхования (ОМС). Это обстоятельство и определяет наличие проблем лекарственного обеспечения и доступности медицинской помощи больным в разных регионах Российской Федерации. Необходимо определить ответственность федерального сегмента бюджета по обеспечению больных с редкими заболеваниями, поскольку не все регионы могут осуществлять закупку всех необходимых препаратов и лечебного питания для пациентов¹². Однако в последнее время можно отметить повышение активности медиков, общественных организаций в решении обозначенных проблем. Эксперты указывают на необходимость детальной регламентации нормативно-правового регулирования оказания медицинской помощи больным с редкими заболеваниями, в том числе путем включения критериев редких заболеваний в Перечень «жизнеугрожающих и хронических прогрессирующих редких (орфанных) заболеваний, приводящих к сокращению продолжительности жизни граждан или их инвалидности» и порядок его пересмотра и дополнения. Однако необходимое правовое регулирование не может осуществляться без комплексного развития соответствующей проблемы в медицине и фармацевтической промышленности¹³. Это касается и подготовки специалистов, совершенствования программ повышения квалификации по диагностике и лечению редких заболеваний, развитие соответствующей практике в регионах, более активного взаимодействия федеральных центров с клиниками, расположенными в отдаленных регионах России.

Выводы

Рождение больного ребенка всегда является стрессовым фактором для матери. Рождение ребенка с неизлечимой болезнью, тяжелыми нарушениями функций организма является колоссальным испытанием. Задачей общества и государства становится создание необходимых условий для лечения и развития таких детей, включения их в социум, устранение всех социально-экономических препятствий

¹² Круглый стол «Система оказания медицинской помощи и социальной поддержки детям и подросткам с редкими заболеваниями в Москве», 24.07.2015 // mdgkb.pro (дата обращения: 18.11.2015).

¹³ Проблемы лекарственного обеспечения во многом обусловлены отсутствием эффективных препаратов, незаинтересованностью научных центров в разработке способов лечения заболеваний, встречающихся у незначительного числа пациентов.

их достойной жизни. Иной подход, приводящий к фактической изоляции больного ребенка и его матери, необходимости поиска финансовых средств благотворительных организаций для получения лекарственных препаратов, превращает все провозглашаемые идеи о правах человека в декларацию.

Необходимо на законодательном уровне закрепить положение о том, что полноценное социальное обеспечение детей с генетическими заболеваниями является базовым конституционным правом. Государство обязано обеспечить право на жизнь и право на наивысший уровень здоровья и благополучия таких детей. Данные обязательства могут включать в себя и необходимость установления сотрудничества с международными центрами по совместной разработке и выпуску лекарственных препаратов, проведению научных исследований.

Библиографический список

- Инструкция по организации проведения пренатального обследования беременных женщин с целью выявления врожденной и наследственной патологии у плода, утв. Приказом Минздрава России от 28.12.2000 г. №457 // СПС «КонсультантПлюс».
- Истомина Е.А. Нетипичные социальные риски в праве социального обеспечения // Вестник Южно-Уральского государственного университета. Серия: Право. 2016. Т. 17. №3. С. 76-82.
- Кассационное определение Верховного суда Республики Алтай от 19.10.2011 по делу №33-819 // СПС «КонсультантПлюс».
- Косякова Н.В., Гаврилина Н.И. Орфанные заболевания – история вопроса и современный взгляд на проблему // Современные проблемы науки и образования. 2015. №2-2. С.471.
- Об организации Реферанс-центра врожденных наследственных заболеваний, генетических отклонений, орфанных и других редких заболеваний: приказ Департамента здравоохранения г. Москвы от 02.06.2015 №461 // СПС «КонсультантПлюс».
- О порядке и условиях признания лица инвалидом: постановление Правительства РФ от 20.02.2006 г. №95 (ред. от 06.08.2015) // Собрание законодательства РФ. 2006. №9. Ст. 1018.
- Попова О.В., Лапин Ю.Е. Правовые механизмы защиты прав больных с орфанными заболеваниями. Справедливо ли тратить деньги всех граждан на дорогостоящее лечение небольшой группы пациентов? Значимость этических аспектов при решении проблем доступности медицинской помощи больным с редкими заболеваниями // Правовые вопросы здравоохранения. 2014. №11. С. 100-111.
- Романов С.А., Кошурникова Н.А., Тельнов В.И. Медико-биологические аспекты радиационной безопасности персонала ПО «Маяк» // http://www.mineco174.ru/files/media/almanahi/almanah-60let/people/romanov_koshurnikova_telnov.pdf (дата обращения: 27.03.2016).

Natalia Kohtamäki*

Kardinal-Stefan-Wyszyński-Universität Warschau

Beitrag der europäischen Finanzaufsichtsagenturen zur Gestaltung des Finanzbinnenmarktes**

The European supervisory authorities' contribution to the formation
of the internal financial market

Wpływ europejskich agencji nadzoru finansowego na procesy kształtowania
jednolitego rynku finansowego

Zusammenfassung

Die europäischen Finanzaufsichtsagenturen entstanden als Reaktion auf die Finanzkrise 2008-2010. Sie sind grenzübergreifend handelnde Institutionen, die mit den zuständigen nationalen Organen eng zusammenarbeiten. Im Zusammenhang damit stellen sie eine Art Plattform dar, welche die Handlungen der Mitgliedsstaaten koordiniert, und zugleich bieten sie durch ihren supranationalen Charakter einen gewissen Mehrwert, der besonders in einer Krisensituation wesentlich ist. Ihre Existenz und Funktion auf dem europäischen Binnenmarkt hängt mit der Entwicklung der Globalisierungsprozesse und der fortschreitenden Internationalisierung vieler Bereiche des gesellschaftlichen Lebens im institutionellen System der EU eng zusammen.

Dieser Text dient der Annäherung an die Problematik der Gestaltung eines einheitlichen Finanzmarktes durch Regulierungsinstrumente der europäischen Finanzaufsichtsagenturen. Diese Agenturen haben die Möglichkeit, einheitliche Aufsichtspraktiken mit Hilfe von Leitlinien und Empfehlungen zu kreieren, die sowohl an die nationalen Finanzaufsichtsbehörden als auch an die jeweiligen Finanzinstitute gerichtet werden. Überdies koordinieren sie die Vorbereitung von technischen Regulierungs – und Durchführungsstandards und stellen die institutionelle Basis für die Bildung des so genannten Europäischen Aufsichtshandbuchs dar.

Stichworte

Regulierungsagenturen, Finanzaufsicht, regulative Befugnisse, Rechtsetzung, technische Regulierungs – und Durchführungsstandards, Leitlinien, Empfehlungen

* Dr. Natalia Kohtamäki, LL.M. (Bonn) – wissenschaftliche Mitarbeiterin im Institut für Völkerrecht, Europäische Union und Internationale Beziehungen, Fakultät für Jura und Verwaltung der Cardinal Stefan Wyszyński Universität in Warschau, n.kohtamaki@uksw.edu.pl.

** Der Text ist im Rahmen des Forschungsprojektes der Fakultät für Jura und Verwaltung der Cardinal Stefan Wyszyński Universität in Warschau entstanden (Satzungsforschung 2014 / *badania statutowe 2014*: wissenschaftliche Forschung / Entwicklungsarbeiten für junge Wissenschaftler).

Abstract

The European supervisory agencies were created to respond to the financial crisis of 2008-2010. They are institutions operating across the borders in close cooperation with the nationally competent authorities. The supervisory agencies constitute a platform for coordinating the activities of the member states and simultaneously, due to their transnational nature, they represent added value, particularly important in a crisis situation. Their existence and functioning within the European internal market is closely linked with the development of globalization and the progressive internationalization in various fields of social life in the EU institutional system.

This article analyses the process of shaping the single financial market through regulatory instruments of EU agencies. These agencies try to harmonize different supervisory practices in order to minimize competition distortions and regulatory arbitrage. The proper solution for that should build guidelines and recommendations both to the national financial supervisors, as well as individual financial institutions. In addition to that, the EU financial supervisory agencies can develop draft regulatory and implementing technical standards. Doing this they are supposed to support the European Commission but in actual fact they are the true coordinators in the process of adopting the regulatory standards whereas the role of the Commission remains strongly restricted.

Keywords

regulatory agencies, financial supervision, rule-making, regulatory and implementing technical standards, guidelines, recommendations

Streszczenie

Europejskie agencje nadzoru finansowego powstały w reakcji na kryzys finansowy z lat 2008–2010. Są one instytucjami działającymi transgranicznie w ścisłej współpracy z właściwymi organami narodowymi. W związku z tym stanowią rodzaj platformy koordynującej działania państw członkowskich, a jednocześnie ze względu na swój ponadnarodowy charakter wnoszą pewną wartość dodatkową, szczególnie istotną w sytuacji kryzysowej. Ich istnienie i funkcjonowanie na europejskim rynku wewnętrznym wiąże się ściśle z rozwojem procesów globalizacyjnych i postępującą internacjonalizacją wielu dziedzin życia społecznego w unijnym systemie instytucjonalnym.

Tekst służy przybliżeniu problematyki kształtowania jednolitego rynku finansowego za pośrednictwem instrumentów regulacyjnych europejskich agencji nadzorczych. Agencje te mają możliwość kreowania jednolitych praktyk nadzorczych za pomocą wytycznych i zaleceń kierowanych zarówno do krajowych urzędów nadzoru finansowego, jak i do poszczególnych instytucji finansowych. Ponadto koordynują tworzenie technicznych standardów regulacyjnych i wykonawczych oraz stanowią zaplecze instytucjonalne dla tworzenia tzw. europejskiego podręcznika nadzoru finansowego.

Słowa kluczowe

agencje regulacyjne, nadzór finansowy, uprawnienia regulacyjne, wykonawcze i regulacyjne standardy techniczne, wytyczne, zalecenia

1. Einführung

Unter dem Begriff europäische Finanzaufsichtsagenturen sind drei Gremien zusammengefasst, die ihre Tätigkeit 2011 begonnen haben. Dies sind: Europäische Bankenaufsichtsbehörde (englisch *European Banking Authority*, EBA), Europäische Aufsichtsbehörde für das Versicherungswesen und die betriebliche Altersversorgung (engl. *European Insurance and Occupational Pensions Authority*, EIOPA) und Europäische Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde (engl. *European Securities and Markets Authority*, ESMA).

Alle drei Aufsichtsagenturen entstanden im Rahmen eines komplexen Verwaltungsnetzes, das die Aufsichtsbehörden der Mitgliedsstaaten mit der EU-Ebene verbindet. Eine solche enge Verbindung vieler Verwaltungsebenen kommt auch in anderen Sektoren des Binnenmarktes vor¹. Im Fall des Finanzmarktes, als Reaktion auf die Finanzkrise, welche die EU-Staaten in den Jahren 2008-2010 besonders empfindlich traf, nahm dieses Netz eine institutionalisierte Form an, die Europäisches Finanzaufsichtssystem (engl. *European System of Financial Supervision*, ESFS) genannt wurde. Im Rahmen dieses Systems wurden koordinative Handlungen von drei europäischen Behörden, die für die einzelnen Marktsektoren auf der EU-Ebene verantwortlich waren, mit den Aufgaben verbunden, die mit der direkten Aufsicht der nationalen Aufsichtsorgane zusammenhängen². Diese ESFS-Säule wurde mikroprudenziell genannt. Zu ihrer Ergänzung ist die so genannte makroprudenzielle Aufsicht entstanden, für die der Europäische Ausschuss für Systemrisiken (engl. *European System Risk Board*, ESRB) verantwortlich ist, der sich vor allem mit der Identifizierung von Gefahren für die europäische Finanzstabilität beschäftigt³.

Europäische Finanzaufsichtsbehörden sind ein Teil der komplexen europäischen Verwaltung, zu der u.a. Regulierungsagenturen gehören. Diese stellen eine heterogene Gruppe von Trägern mit differenzierten Kompetenzen dar, welche die Europäische Kommission bei der Erfüllung von ihren Aufgaben in verschiedenen spezialisierten Marktsektoren unterstützen, die Fachwissen erfordern. Im Unterschied zu den meisten anderen Regulierungsagenturen erschienen die Finanzaufsichtsbehörden in der europäischen Aufsichtsstruktur nicht aus dem Nirgendwo. Sie sind Nachfolger der seit Anfang der 2000er Jahre bestehenden sog. Ausschüsse auf der 3. Stufe des Lamfalussy-Verfahrens: CEBS (Vorgänger von EBA), CEIOPS (Vorgänger von EIOPA) und CESR (Vorgänger von ESMA). Das erwähnte Verfahren ist ein dreistufiger Vorgang, der in der Europäischen Union bei der Ausarbeitung und Erlassung von Vorschriften angewendet wird, die alle drei Sektoren des europäischen Finanzmarktes regeln, um den gesetzgebenden Prozess in diesem empfindlichen und sich schnell ändernden Bereich zu vereinfachen und zu

¹ U.a. Lebensmittel-, Flug-, Eisenbahnmarkt u.s.w. Eine detaillierte Analyse der Managementmethoden in diesen Fachmärkten vgl. z.B. C.F. Sabel und J. Zeitlin (eds), *Experimentalist Governance in the European Union. Towards a New Architecture*, Oxford University Press, Oxford 2010; L. Gramlich, C. Manger-Nestler (Hrsg.), *Europäisierte Regulierungsstrukturen und -netzwerke. Basis einer künftigen Infrastrukturvorsorge*, Nomos, Baden-Baden 2011.

² Siehe dazu M. Lehmann, C. Manger-Nestler, *Das neue Europäische Finanzaufsichtssystem*, „Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft“ 2011, no. 1, S. 2-24; E. Wymeersch, *The Reforms of the European Supervisory System. An Overview*, „European Company and Financial Law Review“ 2010, vol. 7., no. 2, S. 252 ff.; A. Kern, *Reforming European Financial Supervision: Adapting EU Institutions to Market Structures*, „ERA Forum“ 2011, vol. 12, no. 2., S. 239 ff.

³ Vgl. N. Kohtamäki, *Die Reform der Bankenaufsicht in der Europäischen Union*, Mohr Siebeck, Tübingen 2012, S. 115 ff.; C. Papathanassiou, G. Zagouras, *Mehr Sicherheit für den Finanzsektor: der Europäische Ausschuss für Systemrisiken und die Rolle der EZB*, „Zeitschrift für Wirtschafts – und Bankrecht“ 2010, no. 34, S. 1584-1588.

beschleunigen. Die Einführung des Verfahrens war ein wichtiger Schritt zum Bau eines einheitlichen Finanzmarktes⁴.

Die Ausschüsse der Stufe 3 übten vor allem Beratungsfunktionen aus. Sie hatten keine Berechtigungen, die für die Mitgliedsstaaten verbindlichen Entscheidungen zu treffen. Sie waren eine wichtige Verständigungsplattform zwischen nationalen Aufsichtsorganen und sie trugen zur Gestaltung des einheitlichen EU-Finanzmarktes erheblich bei. Ihr Grundbeitrag zu diesem Prozess war die Schaffung von Richtlinien, Empfehlungen und Standards in Bezug auf die Umsetzung und Beachtung von EU-Vorschriften, die einen konkreten Sektor des Finanzmarktes regeln. Die Ausschüsse hatten keine formellen Druckinstrumente, um die Mitgliedsstaaten zur Beachtung der von ihnen erlassenen Rechtsakte zu bewegen, die zu dem sog. weichen Recht gezählt werden (engl. *soft law*)⁵. Trotzdem spielten sie eine wesentliche Rolle bei der Harmonisierung der rechtlichen Rahmen der europäischen Aufsicht, indem sie ihre Autorität auf engen Relationen der Experten von Mitgliedsstaaten aufbauten, die u.a. als Vertreter von nationalen Aufsichtsorganen oder Mitglieder von Arbeitsgruppen vielschichtige Vernetzungen bildeten⁶. Sie umfassten nicht nur hochrangige Beamte, sondern auch Vertreter des Privatsektors und wissenschaftlicher Kreise. In Folge der Finanzkrise 2009 wurde der Kommissionsbeschluss geändert, welcher die Grundlage der Tätigkeit der Ausschüsse Stufe 3 war, indem ein Teil ihrer früher stillschweigend angenommenen Koordinationszuständigkeiten formalisiert wurde. U.a. wurde ihnen die Möglichkeit eingeräumt, zwischen nationalen Aufsichtsbehörden bei Konflikten zu schlichten⁷.

Die Erweiterung der Zuständigkeiten von CEBS, CEIOPS und CESR kann man als Vorbereitungsetappe der Umwandlung in europäische Aufsichtsagenturen ansehen, die mit weit größeren Berechtigungen ausgestattet sind. EBA, EIOPA und ESMA haben einen weiten Umfang von Aufgaben und im Zusammenhang damit viele Möglichkeiten, sich am Prozess der Mitgestaltung des einheitlichen Finanzmarktes zu beteiligen. Im Laufe der Entwicklungen begann die EU, auch andere Mechanismen zur Stabilisierung

⁴ Mehr dazu D. Alford, *The Lamfalussy Process and EU Bank Regulation: Another Step on the Road to Pan-European Regulation*, „Annual Review of Banking and Financial Law“ 2006, vol. 25, no. 1, S. 397 ff.; B. Joosen, *European Financial Supervision*, „Working Papers on Global Financial Markets“ 2009, no. 6, S. 9.

⁵ Unter dem Begriff *Soft Law* werden Mittel verstanden, die keine rechtsverbindliche Wirkung haben, aber bestimmte rechtliche Folgen herbeiführen können (oft indirekt). Häufig ist ihre Wirkung auf das Hervorrufen von konkreten praktische Folgen ausgerichtet. Vgl. L. Senden, *Soft Law in European Community Law*, Hart Publishing, Oxford 2004, S. 112.

⁶ Vgl. L. Dragomir, *European Prudential Banking Regulation and Supervision. The Legal Dimension*, Routledge, London/New York 2010, S. 222 f.

⁷ Siehe Beschluss der Kommission 2009/77/EG v. 23.01.2009 zur Einsetzung des Ausschusses der europäischen Wertpapierregulierungsbehörden (CESR), ABl. 2009 L 25/18; Beschluss der Kommission 2009/78/EG v. 23.01.2009 zur Einsetzung der europäischen Bankaufsichtsbehörden, ABl. 2009 L 25/23; Beschluss der Kommission 2009/79/EG v. 23.01.2009 zur Einsetzung der europäischen Aufsichtsbehörden für das Versicherungswesen und die betriebliche Altersversorgung, ABl. 2009 L. 25/28.

der Finanzmärkte einzuführen (u.a. den sog. integrierten Finanzrahmen), die parallel vorkommen und ihren Voraussetzungen nach mit den Aufsichtsagenturen und dem gesamten ESFS zusammenwirken sollen⁸. Es unterliegt jedoch keinem Zweifel, dass die regulative Rolle, die den Finanzaufsichtsbehörden der EU anvertraut wurde, durch weitere Instrumente zum Schutz der europäischen Stabilität nicht geschmälert wird.

Das Grundforschungsproblem, das im Artikel analysiert wird, ist die Voraussetzung, dass die Bedeutung der Aufsichtsagenturen in der Gestaltung des einheitlichen Finanzmarktes hauptsächlich dank ihren komplexen regulativen Kompetenzen⁹ steigt. Sie tragen dadurch zur vollen Harmonisierung des europäischen Finanzrechts bei. Die Regulierungsaufgaben der Finanzaufsichtsagenturen werden vor dem Hintergrund der übrigen Zuständigkeiten dieser Institutionen einer detaillierten Analyse unterzogen. Zu diesem Zweck werden Forschungsmethoden angewendet, die in juristischen Wissenschaften Anwendung finden: sprachlich-logische Methode, die auf Analyse von juristischen Texten beruht, darunter vor allem von Gründungsverordnungen der drei Aufsichtsagenturen¹⁰ und juristische Vergleichsmethode.

2. Beteiligung der Finanzaufsichtsbehörden an der EU Rechtsetzung

a) Allgemeine Charakteristik

Die regulativen Kompetenzen der drei europäischen Finanzaufsichtsbehörden erweckten kein größeres Interesse der Analytiker oder der öffentlichen Meinung, die zumindest in der Anfangszeit der Reformen, die durch die Finanzkrise 2008-2010 hervorgerufen worden waren, detailliert von den aufgegriffenen Initiativen informiert wurde. Die Gründung von ESFS wurde als ein Meilenstein im Prozess der finanziellen Integration dargestellt, der eine entscheidende qualitative Wende in der Auffassung des einheitlichen Finanzmarktes und in den Möglichkeiten, zukünftigen Krisen vorzubeugen, ein-

⁸ Mehr dazu N. Kohtamäki, *Europejska agencja nadzoru bankowego w systemie bezpieczeństwa finansowego Unii Europejskiej*, „Stosunki międzynarodowe. International Relations” 2016, vol. 52, no. 1, S. 99 ff.; A. Kern, *European Banking Union: A Legal and Institutional Analysis of the Single Supervisory Mechanism and the Single Resolution Mechanism*, „European Law Review” 2015, vol. 40, no. 2, S. 163 ff.

⁹ Darunter ist vor allem die Teilnahme an der Rechtsetzung der Europäischen Union gemeint. Zu den Schwierigkeiten mit der Abgrenzung des Regulierungsbegriffs siehe M. Döhler, K. Wegrich, *Regulierung als Konzept und Instrument moderner Staatsstätigkeit*, „Der Moderne Staat. Zeitschrift für Public Policy, Recht und Management” 2010, no. 1, S. 33 ff.

¹⁰ EBA: Verordnung Nr. 1093/2010 v. 24.11.2010 zur Errichtung einer Europäischen Aufsichtsbehörde (Europäische Bankenaufsichtsbehörde), ABl. 2010 L 331/12; EIOPA: Verordnung Nr. 1094/2010 v. 24.11.2010 zur Errichtung einer Europäischen Aufsichtsbehörde (Europäische Aufsichtsbehörde für das Versicherungswesen und die betriebliche Altersversorgung), ABl. 2010 L 331/48; ESMA: Verordnung Nr. 1095/2010 v. 24.11.2010 zur Errichtung einer Europäischen Aufsichtsbehörde, ABl. L 331/84.

leiten sollte¹¹. Aber bald nach der Umsetzung der Reform, welche die drei europäischen Finanzaufsichtsbehörden ins Leben gerufen hatte, stellte es sich doch heraus, dass es kein epochaler Durchbruch war, sondern lediglich der erste Schritt auf dem langen und komplizierten Weg zum institutionellen und regulativen Rahmen für die EU-Finanzmärkte. Weitere Initiativen wie integrierter Finanzrahmen, also die so genannte Bankunion, zeigten, dass die Finanzkrise zu einem Rekonstruktionsimpuls wurde, oder, wie manche wollen, sogar zu einem Impuls zur Dekonstruktion des bisherigen regulativen Rahmens und zur Änderung der bisherigen, meistens skeptischen Meinungen in vielen Mitgliedsstaaten über die Vertiefung der Finanzintegration und über die weitere volle Harmonisierung von Vorschriften in diesem Bereich¹².

Vor dem Hintergrund der weiteren Reformen, die im Rahmen der Europäischen Union ein eigentümliches Finanzsicherheitsnetz schaffen (der Einheitliche Aufsichtsmechanismus, der Einheitliche Abwicklungsmechanismus, das Europäische Einlagen-sicherungssystem)¹³, gewinnen die Regulierungsbefugnisse der Aufsichtsagenturen, die in ihrem Gründungsprozess außer Acht gelassen wurden, an Bedeutung. Wie vorstehend erwähnt, riefen sie keine Kontroversen hervor und blieben ohne größeres Echo. Das Interesse von Forschern und Praktikern konzentrierte sich vor allem auf die Entscheidungszuständigkeiten (sog. Weisungs- und Durchgriffsbefugnisse), die in den Art. 17, 18 und 19 der Gründungsvorordnungen Nr. 1093/2010, 1094/2010 und 1095/2010 geregelt sind. Die Befürchtungen wurden vor allem von der Möglichkeit hervorgerufen, individuelle Bescheide zu erlassen, die an konkrete Finanzinstitute gerichtet werden und sie verbindlich zu konkreten Maßnahmen verpflichten¹⁴.

Nachdem die drei Aufsichtsbehörden einige Jahre lang funktioniert haben, spielen doch eben die Rechtsetzungsbefugnisse die größte Rolle und beeinflussen bedeutend die Integrationsprozesse auf dem europäischen Finanzmarkt. Die Entscheidungsbefugnisse, die für Sonderfälle der EU-Rechtsverletzung, für Krisensituationen und Schlichtung zwischen nationalen Aufsichtsbehörden in grenzübergreifenden Streitigkeiten vorgesehen waren, fanden bisher eigentlich keine Anwendung¹⁵.

¹¹ Vgl. M. Fedorowicz, A. Michór, *O charakterze prawnym decyzji nowych europejskich organów nadzoru nad rynkiem finansowym UE*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2011, vol. 74, no. 11, S. 25; S. Part, M. Schütz, *Reform der nationalen und EU-Finanzmärkte: Endlich effiziente Rahmenbedingungen?*, „Bank-Archiv. Zeitschrift für das gesamte Bank- und Börsenwesen” 2010, no. 1, S. 34 f.

¹² Siehe M. Zaleska, *Zintegrowane ramy finansowe – koncepcja i wyzwania*, [in:] Eadem (Hrsg.), *Europejska Unia Bankowa*, Difin, Warszawa 2015, S. 13 f.; F. Breuss, *Europäische Bankenunion*, „Vierteljahreshefte zur Wirtschaftsforschung” 2013, vol. 82, no. 2, S. 133 ff.

¹³ Siehe http://ec.europa.eu/finance/general-policy/banking-union/index_de.htm [dostęp 25.11.2016].

Vgl. auch N. Kohtamäki, *Europejska agencja...*, op. cit., S. 100 ff.; M. Zaleska, op. cit., S. 17 ff.

¹⁴ Vgl. M. Fedorowicz, A. Michór, op. cit., S. 26 f.; M. Lehmann, C. Manger-Nestler, op. cit., S. 14 f.; N. Kohtamäki, *Die Reform...*, op. cit., S. 186 ff.

¹⁵ Siehe dazu M. Simoncini, *Legal Boundaries of European Supervisory Authorities in the Financial Markets: Tensions in the Development of True Regulatory Agencies*, „Yearbook of European Law” 2015,

Die regulativen Befugnisse hingegen stellen den Hauptkern der Tätigkeit der EU-Aufsichtsagenturen dar. Sie wurden in den Gründungsverordnungen als Mechanismus vorgeschlagen, der die Konvergenz im Verständnis und in der Anwendung der Rechtsvorschriften im Bereich Finanzaufsicht garantiert. EBA, EIOPA und ESMA sollten also zu einem wichtigen Bindeglied im Prozess der Gestaltung eines stabilen und einheitlichen Finanzmarktes der EU werden, der die nationalen Aufsichtsbehörden innerhalb eines starken Netzwerkes der Union verbinden würde¹⁶. Das Fundament, auf dem die Zusammenwirkungsmechanismen von nationalen Aufsichtsorganen aufzubauen wären, sollte eine größere Harmonisierung und kohärente Anwendung von Vorschriften sein, welche die Finanzinstitute und –märkte in der gesamten Union betreffen¹⁷. Die finanziellen Regelungen sollen aber nicht nur wirksam und kohärent sein, sondern auch unterschiedliche Interessen von einzelnen Mitgliedsstaaten berücksichtigen¹⁸.

Solch eine Voraussetzung ist ein attraktiver Slogan, der in vielen EU-Unterlagen wiederholt wird. In der Praxis ist das aber schwer oder geradezu gar nicht erreichbar. Gegenwärtige Mechanismen der *Multi-Level-Governance* in der EU haben einen deliberativen Charakter. Das heißt, dass viele Lösungen im Wege von Verhandlungen und Diskussionen der Repräsentanten der nationalen Verwaltungsorgane verschiedener Ebenen herbeigeführt werden. Daher spricht man oft von der Konsensverwaltung – im Wege von Gesprächen und Verhandlungen werden Kompromisslösungen ausgearbeitet¹⁹. Sie sind zwar ein Resultat vieler Interessen der an Verhandlungen beteiligten Parteien, aber mit Sicherheit haben die Ziele und Prioritäten von den stärksten Akteuren die Oberhand. Obwohl solch eine Tendenz für verschiedene Sektoren der Binnenmärkte charakteristisch ist, ist sie auf dem Finanzmarkt besonders deutlich, vor allem wegen der Bedeutung des Finanzsektors für die Entwicklung der Nationalwirtschaften. Die stärksten europäischen Finanzzentren wie London, Paris oder Frankfurt am Main schützen eifersüchtig ihre Unabhängigkeit und verteidigen ihren Einfluss auf dem europäischen Markt. Der Wettbewerb ist ein untrennbares Element der Koexistenz der nationalen Finanzmärkte, die unterschiedlichen Traditionen entspringen und dadurch viele Sondermerkmale aufweisen, die es schwer machen, einheitliche, universelle, für alle Mitspieler zufriedenstellende Lösungen zu finden.

Die Regulierungsbefugnisse, die den drei Finanzaufsichtsagenturen zuerkannt wurden, erweitern erheblich die bisherige Palette von Zuständigkeiten, die bisher anderen

vol. 34, no. 1, S. 325.

¹⁶ Siehe Erwägungsgrund Nr. 7 zu den Gründungsverordnungen Nr. 1093/2010, 1094/2010, 1095/2010.

¹⁷ Siehe Erwägungsgrund Nr. 8 zu den Gründungsverordnungen Nr. 1093/2010, 1094/2010, 1095/2010.

¹⁸ Siehe Erwägungsgrund Nr. 10 zu den Gründungsverordnungen Nr. 1093/2010, 1094/2010, 1095/2010.

¹⁹ Vgl. D. Curtin, M. Egeberg, *Tradition and Innovation: Europe's Accumulated Executive Order*, [in:] D. Curtin, M. Egeberg (Hrsg.), *Towards a New Executive Order in Europe*, Routledge, London/New York 2015, S. 11 ff.; A.E. Stie, *Democratic Decision-making in the EU. Technocracy in Disguise?*, Routledge, London/New York 2013, S. 26 ff.

Regulierungsagenturen zustanden. Das Hauptargument, das viele Jahre lang die Evolution der Aufgaben abblockte, die diesen Gremien zugeschrieben waren, war die so genannte Meroni-Doktrin. Sie betrifft die sekundäre Delegation von Kompetenzen, also Übertragung von eigenen und erworbenen Befugnissen der EU-Organe an andere Akteuren im Rahmen des internen institutionellen Systems²⁰. Diese Doktrin wurde aufgrund der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes von 1958 ausgearbeitet²¹ und bedeutete den Entzug der Möglichkeit, Ermessensbefugnisse an die Gremien zu delegieren, die in den Gründungsverträgen nicht vorgesehen worden waren. Sie wurde aber in einem ganz anderen institutionellen System entwickelt und betraf keine Regulierungsagenturen, die erst seit der Mitte der siebziger Jahre des 20. Jahrhunderts zu entstehen begannen. Trotzdem beeinflusste sie erheblich den Umfang der ihnen übertragenen Kompetenzen. Denn viele Jahre lang stellte sie eine entscheidende Richtlinie für den zulässigen Umfang solcher Delegationen und für den Charakter der zu übertragenden Befugnisse. Manche Juristen sprachen gar von der „Angst vor der Meroni-Doktrin“, die auf eine bedeutende Weise die Entwicklung der europäischen Verwaltung hemmte²².

Der Meroni-Doktrin gemäß darf das delegierende Organ nicht mehr Kompetenzen übertragen, als es selbst aufgrund von vertraglichen Regelungen hat. Überdies ist die Delegation von vollziehenden Befugnissen nicht zulässig, die Spielraum für freies Ermessen bieten. Das würde die „Übertragung der Verantwortung“ darstellen, die das institutionelle Gleichgewicht im EU-System gefährden würde²³. Die Delegation von Befugnissen darf nur in Form eines Rechtsaktes durchgeführt werden, in dem sie präzise bestimmt werden. Es können Hilfsbefugnisse, technische, wissenschaftliche Befugnisse u.s.w. sein – ausgeschlossen hingegen ist die Übertragung von Entscheidungsbefugnissen²⁴. Im herkömmlichen Verständnis erlaubt die Meroni-Doktrin die Übertragung von Aufgaben regulativen oder *quasi*-regulativen Charakters nicht.

Wegen des beschränkten Umfangs dieser Abhandlung ist es schwierig, die Entwicklung der europäischen Rechtsprechung im Zusammenhang mit der Gestaltung des institutionellen Gleichgewichtsprinzips und der komplexen Mechanismen der sekundär-

²⁰ Siehe J. Ruskowski, *Pierwotne i wtórne delegowanie kompetencji w wielopoziomowym systemie zarządzania Unii Europejskiej*, „Rocznik Integracji Europejskiej” 2012, no. 6, S. 54.

²¹ EuGH-Urteil v. 13.06.1958, Rs. 9/56 (Meroni I), Slg. 1958, S. 9 ff.; Rs. 10/56 (Meroni II), Slg. 1958, S. 51 ff.

²² Vgl. J. Kühling, *Die Zukunft des Europäischen Agentur(un)wesens – oder: Wer hat Angst vor Meroni?*, „Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht” 2008, vol. 19, no. 5, S. 129.

²³ Siehe dazu J. Galster J., *Zasada równowagi instytucjonalnej w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2014, Bd. XXXI, S. 111.

²⁴ Vgl. M. Będkowski-Kozioł, *Status i zadania Europejskiej Agencji Kolejowej – stan obecny i perspektywy w świetle projektu IV pakietu kolejowego*, „Internetowy Kwartalnik Antyregulacyjny i Monopolowy” 2014, vol. 7, no. 3, S. 39; N. Kohtamäki, *Die Reform...*, *op. cit.*, S. 203 ff.

en Delegation umfangreicher zu besprechen²⁵. Es wäre doch zu betonen, dass es eine große Gruppe von Juristen gibt, die – wenn auch nicht für eine komplette Abkehr von der „verknöcherten“ Meroni-Doktrin – so doch zumindest für ihre weitgehende Neuinterpretation optieren²⁶. Es ist im Hinblick auf die reale Entwicklung der Befugnisse der Regulierungsagenturen notwendig, die schon längst über den Rahmen der besprochenen Doktrin hinausgegangen sind. Das beste Beispiel dafür sind die Finanzaufsichtsagenturen, die Gegenstand der nachstehenden Erwägungen sind.

b) Technische Standards

EBA, EIOPA und ESMA sind europäische Regulierungsagenturen, die wirkliche Befugnisse haben, welche sogar als gesetzgebend oder *quasi*-gesetzgebend anzusehen sind. Das Hauptelement der so aufgefassten Befugnisse ist die Mitgestaltung der so genannten technischen Standards zusammen mit der Europäischen Kommission. Die vorher bestehenden Agenturen hatten vor allem die Möglichkeit, rechtlich unverbindliche sachkundige Gutachten für EU-Organe zu verfassen. Solche allgemeinen Funktionen, die mit einer weit aufgefassten Fachunterstützung verbunden sind, wurden bei Finanzaufsichtsagenturen an den Rand in den Katalog von „anderen Aufgaben“ gedrängt (Art. 34 der Gründungsverordnungen Nr. 1093/2010, 1094/2010 und 1095/2010)²⁷. Detailliert dagegen wurden die Kompetenzen normiert, die mit der Mitgestaltung der rechtlichen Rahmen des europäischen Finanzmarktes verbunden sind. In diesem Kontext spielen die technischen Standards eine Schlüsselrolle. Sie stellen auch ein wesentliches *Novum* im Vergleich zu den Möglichkeiten dar, über welche die Ausschüsse CEBS, CEIOPS und CESR verfügten.

In den Gründungsverordnungen wurden technische Regulierungsstandards unterschieden, die von der Kommission im Wege von delegierten Rechtsakten bestätigt werden, um ihnen die verbindliche Rechtskraft gemäß dem Art. 290 AEUV zu verleihen, sowie technische Durchführungsstandards, die von der Kommission im Wege der Durchführungsrechtsakte gemäß dem Art. 291 AEUV erlassen werden²⁸. Die technischen Standards

²⁵ Vgl. J. Galster, *op. cit.*, S. 109 f.; M. Chamon, *EU Agencies between Meroni and Romano or the Devil and the Deep Blue Sea*, „Common Market Law Review“ 2011, vol. 48, no. 4, S. 1055 ff.

²⁶ Nach Matthias Ruffert handelt es sich dabei um einen überkommenen Maßstab. Siehe dazu M. Ruffert, *Die neue Unabhängigkeit: Zur demokratischen Legitimation von Agenturen im europäischen Verwaltungsrecht*, [in:] P.-C. Müller-Graff, S. Schmahl, V. Skouris (Hrsg), *Europäisches Verwaltungsrecht zwischen Bewahrung und Wandel*, Nomos, Baden-Baden 2011, S. 403 f.

²⁷ Wobei anzumerken ist, dass der Art. 34 Abs. 1 der Gründungsverordnungen Nr. 1093/2010, 1094/2010 und 1095/2010 eine wichtige Rolle im modifizierten Lamfalussy-Verfahren spielt. Die auf dieser Grundlage erstellten Gutachten werden von den Finanzaufsichtsagenturen im Rahmen der so genannten Stufe 1 dieses Verfahrens ausgenutzt. Vgl. z.B. B. Hagen, *Ist die EU für eine zentrale Versicherungsaufsicht bereit? Kompetenzrechtliche Untersuchung der institutionellen Dimension der Europäisierung der Versicherungsaufsicht*, Dike, Zürich/St. Gallen 2014, S. 200.

²⁸ Vgl. Erwägungsgründe Nr. 22 und 24 zu den Gründungsverordnungen Nr. 1093/2010, 1094/2010 und 1095/2010.

sollen ein direkter Ausdruck des sachkundigen Wissens sein, das in den Organen der drei Aufsichtsagenturen konzentriert ist. Sie stellen zweifelsohne auch den stärksten Harmonisierungsmechanismus des europäischen Finanzrechts dar. Unter anderem wegen der Meroni-Doktrin wurde eine Schutzformel in die Gründungsverordnungen integriert, in der unterstrichen wurde, dass die technischen Standards, worauf der Name dieser Rechtsunterlage ja bereits hinweist, einen ausschließlich technischen Charakter haben. Sie können weder strategische noch politische Fragen entscheiden²⁹. Diese Klausel öffnete den Weg für die Aktivitäten der Aufsichtsagenturen bei der Schaffung der rechtlich verbindlichen Rechtsakte, die wesentlich die bisherige Struktur des europäischen Finanzmarktes verändern. Die Fälle, in denen sie das Recht haben, Entwürfe von technischen Standards anzufertigen, sind in den wichtigsten Sektorenrichtlinien detailliert bestimmt³⁰.

Technische Standards werden von der Kommission im Wege von Verordnungen oder Entscheidungen erlassen, daher erfordern sie keine Implementierung in die nationalen Rechtsordnungen. Im Unterschied zu den Richtlinien, die den Umfang der Tätigkeit von einzelnen Finanzaufsichtsagenturen regeln, gelten die technischen Standards direkt, indem sie sowohl für die jeweiligen Finanzinstitute, nationalen Aufsichtsbehörden als auch für andere Akteure konkrete Rechte und Pflichten schaffen.

Die Finanzaufsichtsagenturen sind befugt, Standards im komplizierten Verfahren auszuarbeiten, das in den Art. 10 und 15 der Gründungsverordnungen geregelt ist. Obwohl die Kommission dem Primärrecht gemäß diese Rechtsinstrumente erlässt, sind ihre tatsächlichen Urheber EBA, EIOPA und ESMA. Die Rolle der Kommission beschränkt sich grundsätzlich auf ihre Bestätigung. Wenn sich die Kommission entscheidet, einen Entwurf einer Agentur abzulehnen oder ihn zu ändern, muss sie es detailliert begründen. Änderungen in einem Entwurf sind ohne vorherige Konsultationen mit der zuständigen Finanzaufsichtsagentur unzulässig. Nur bei Passivität der Aufsichtsagenturen, wenn sie zu den bestimmten Fristen, die in entsprechenden Sektorenrichtlinien genannt sind, keine Standardentwürfe vorlegen, hat die Kommission das Recht, ein solches Rechtsinstrument ohne ihre Beteiligung zu erlassen. Das ist besonders kontrovers, wenn die Regelungen aus Gründungsverordnungen mit dem Vertragsverständnis der delegierten Akten und Ausführungsakten gemäß dem Art. 290 und 291 AEUV zusammengestellt werden. Denn im Primärrecht wurden keine Beschränkungen der Rolle der Kommission zugunsten anderer Gremien in diesem Zusammenhang vorgesehen³¹.

²⁹ Vgl. Art. 10 Abs. 1 und Art. 15 Abs. 1 der Gründungsverordnungen Nr. 1093/2010, 1094/2010 und 1095/2010.

³⁰ Vgl. N. Kohtamäki, *Die Reform...*, *op. cit.*, S. 179; B. Hagen, *op. cit.*, S. 221.

³¹ Siehe dazu M. Busuioc, *Rule-Making by the European Financial Supervisory Authorities: Walking a Tight Rope*, „European Law Journal. Review of European Law in Context“ 2013, vol. 19, no. 1, S. 117; K. Michel, *Institutionelles Gleichgewicht und EU-Agenturen. Eine Analyse unter besonderer Berücksichtigung der European Banking Authority*, Duncker&Humblot, Berlin 2015, S. 227 ff.

Tabelle Nr. 1

Vorbereitung technischer Regulierungs – und Durchführungsstandards
Die Finanzaufsichtsagentur erstellt den Entwurf von technischen Regulierungs – oder Durchführungsstandards.
<p>Bevor der Entwurf der Kommission vorgelegt wird:</p> <ul style="list-style-type: none"> • werden offene öffentliche Anhörungen durchgeführt, • eventuelle Kosten – und Nutzenanalysen werden durchgeführt, • die Stellungnahmen der Interessierten aus dem jeweiligen Sektor des Finanzmarktes werden eingeholt.
Die Finanzaufsichtsagentur legt den Entwurf von technischen Regulierungs – oder Durchführungsstandards der Kommission vor, und die Kommission übergibt ihn dem Parlament und Rat.
<p>Die Kommission kann:</p> <ul style="list-style-type: none"> • den Entwurf zur Gänze bestätigen, • den Entwurf teilweise oder mit Änderungen bestätigen, • den Entwurf ablehnen. <p>In den zwei letztgenannten Fällen muss die Kommission eine Begründung darstellen. Änderungen im Entwurf oder seine teilweise Bestätigung sind nur zulässig, wenn das Unionsinteresse dies erfordert.</p>
Bei Beanstandungen der Kommission kann die Finanzaufsichtsagentur:
<ul style="list-style-type: none"> • Änderungen im Entwurf gemäß den Empfehlungen der Kommission vornehmen (formeller Standpunkt, in dem die Stellungnahme der Agentur enthalten ist, wird der Kommission vorgelegt und zur Kenntnisnahme des Parlaments und Rates übergeben), • den gemäß den Empfehlungen der Kommission nicht geänderten Entwurf vorlegen, • auf die Beanstandungen der Kommission nicht reagieren. <p>In den zwei letztgenannten Fällen kann die Kommission den Entwurf mit Änderungen annehmen, die sie für wesentlich hält, oder ihn ablehnen.</p>
ACHTUNG! Die Kommission darf den Entwurf nicht ändern, ohne die entsprechende Finanzaufsichtsagentur zu konsultieren.
Wenn die Kommission den Entwurf von technischen Regulierungs – oder Durchführungsstandards bestätigt, wird er in Form einer Verordnung oder eines Beschlusses erlassen.
<p>Die Standards werden im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht und treten zu den darin bestimmten Terminen in Kraft.</p>
ACHTUNG! Bei einem technischen Regulierungsstandard steht dem Parlament und Rat das Veto-Recht gemäß dem Art. 13 der Gründungsverordnungen zu.

Quelle: Eigene Darstellung in Anlehnung an Art. 10, 13 und 15 der Gründungsverordnungen Nr. 1093/2010, 1094/2010 und 1095/2010.

c) Leitlinien und Empfehlungen

Die im Titel des Unterpunktes erwähnten Leitlinien und Empfehlungen sind unverbindlich und werden herkömmlich zu den so genannten weichen Rechtsinstrumenten (*Soft-Law*-Maßnahmen) gezählt. Sie sind ein typisches Einwirkungsmittel der Regulierungsagenturen in der Europäischen Union. Wie schon eingangs erwähnt, verfügten darüber schon die Ausschüsse CEBS, CEIOPS und CESR. Im Zusammenhang mit der Finanzkrise wurden jedoch diese Instrumente modifiziert und ihr Anwendungsumfang wurde erheblich erweitert. Obwohl sie rechtlich nicht verbindlich sind, werden sie tat-

sächlich von ihren Adressaten meistens im Wortlaut angenommen, der von den Aufsichtsagenturen vorgeschlagen wird.

Die Leitlinien und Empfehlungen sollen gemäß dem Art. 16 Abs. 1 der Gründungsverordnungen Nr. 1093/2010, 1094/2010 und 1095/2010 der Schaffung der kohärenten, effizienten und wirksamen Aufsichtspraktiken dienen sowie die einheitliche und kohärente Anwendung des Unionsrechts gewährleisten³². Ähnlich wie bei der Vorbereitung der technischen Standards können die Regulierungsagenturen offene Konsultationen, Gewinn – und Verlustanalysen im Zusammenhang mit der Anwendung dieser Mittel durchführen sowie Stellungnahmen entsprechender Interessentengruppen einholen³³. Die Adressaten der Leitlinien und Empfehlungen, d.h. nationale Behörden und konkrete Finanzinstitute sind verpflichtet, ihnen Folge zu leisten. Nationale Aufsichtsbehörden veröffentlichen eine Information, um zu klären, ob sie den Richtlinien oder Empfehlungen Folge leisten. Wenn sie hingegen diese Instrumente nicht befolgen wollen, sind sie verpflichtet, die entsprechenden Agenturen einschließlich einer Begründung zu informieren³⁴.

EBA, ESMA und EIOPA veröffentlichen die Informationen über Nichtbefolgung ihrer Instrumente durch konkrete Verwaltungsorgane der Mitgliedsstaaten. Die Möglichkeit, die Behörden zu nennen, welche die Richtlinien und Empfehlungen nicht befolgen (verstärkt durch Nennung dieser Akteure auch im Jahresbericht, siehe Tabelle Nr. 2) dient der Erhöhung der Motivation der nationalen Organe, diese Instrumente des nicht zwingenden weichen Rechts zu befolgen. Das finanzielle Milieu baut gegenseitige Relationen vor allem auf Vertrauen und Ruf auf. Die Bezeichnung eines Akteurs als „ungehorsam“ kann drastisch sein Prestige senken, und, was danach folgt, seine Einwirkungsmöglichkeiten im spezifischen „Netz von Abhängigkeiten“ in den Kreisen der europäischen Finanzinstitute verringern³⁵. Interessanterweise ist bei ihnen der Mechanismus „handeln oder rechtfertigen“ (engl. *act or explain*), der angewendet wird, um die rechtliche Wirkung der Leitlinien und Empfehlungen zu verstärken, ein wenig schwächer als im Fall von nationalen Aufsichtsbehörden. Finanzinstitute sind nur verpflichtet, detailliert über ihre Absichten in Bezug auf die Befolgung von diesen Mitteln zu informieren, wenn das klar in der jeweiligen Leitlinie oder Empfehlung gefordert wird³⁶.

³² Sie werden in den Bereichen abgegeben, die nicht von den technischen regulierungs – und Durchführungsstandards abgedeckt werden. Siehe den Erwägungsgrund Nr. 26 zu den Gründungsverordnungen Nr. 1093/2010, 1094/2010 und 1095/2010.

³³ Vgl. Art. 16 Abs. 2 der Gründungsverordnungen Nr. 1093/2010, 1094/2010 und 1095/2010.

³⁴ Vgl. Art. 16 Abs. 3 der Gründungsverordnungen Nr. 1093/2010, 1094/2010 und 1095/2010. Siehe dazu auch K. Michel, *op. cit.*, S. 239 f.

³⁵ Zum Befolungsdruck siehe K. Michel, *op. cit.*, S. 240; M. Busuioc, *op. cit.*, S. 118; M. Lehmann, C. Manger-Nestler, *op. cit.*, S. 12 f.

³⁶ Vgl. Art. 16 Abs. 3 der Gründungsverordnungen Nr. 1093/2010, 1094/2010 und 1095/2010.

Tabelle Nr. 2

Mechanismus „handeln oder rechtfertigen“ in Bezug auf die Leitlinien und Empfehlungen, die von Europäischen Finanzaufsichtsagenturen erlassen werden
Die Finanzaufsichtsagentur sendet an eine nationale Aufsichtsbehörde eine Leitlinie oder Empfehlung. ↓
Innerhalb von 2 Monaten bestätigt die nationale Aufsichtsbehörde, dass sie die Leitlinie oder Empfehlung befolgt (oder beabsichtigt es zu tun). Wenn sie die vorstehend genannten Mittel nicht befolgt (und keine Absicht hat, es zu tun) teilt sie dies der Aufsichtsagentur samt Rechtfertigung mit. ↓
Die Finanzaufsichtsagentur veröffentlicht eine Information, dass die nationale Aufsichtsbehörde die Leitlinie oder Empfehlung nicht befolgt (oder nicht beabsichtigt es zu tun). Die Finanzaufsichtsagentur kann die Rechtfertigung der nationalen Finanzaufsichtsbehörde auch veröffentlichen (nachdem sie die nationale Aufsichtsbehörde darüber vorher benachrichtigt hat). ↓
In Jahresberichten informiert die Finanzaufsichtsagentur die EU-Organe: das Parlament, den Rat und die Kommission über erlassene Leitlinien und Empfehlungen. Gemäß dem Prinzip „nennen und anprangern“ (engl. <i>name and shame</i>) nennt sie nationale Finanzaufsichtsbehörden, welche die Leitlinien oder Empfehlungen nicht befolgt haben. Zusätzlich bestimmt die Aufsichtsagentur im Bericht ihre zukünftigen Maßnahmen zur Befolgung der Leitlinien und Empfehlungen.

Quelle: Eigene Darstellung in Anlehnung an Art. 16 der Gründungsverordnungen Nr. 1093/2010, 1094/2010 und 1095/2010.

3. Gemeinsame Finanzaufsichtskultur

Unter vielen Aufgaben von Finanzaufsichtsagenturen erscheint das Postulat der Schaffung einer gemeinsamen Finanzaufsichtskultur im Art. 29 der Gründungsverordnungen Nr. 1093/2010, 1094/2010 und 1095/2010. Es entspricht der mehrmals in diesen Rechtsakten in verschiedenen Zusammenhängen zum Ausdruck gebrachten Idee der Aufsichtskonvergenz. Sie bedeutet gemäß dem Art. 29 Abs. 1 der Gründungsverordnungen gemeinsame Praktiken und einen gemeinsamen Aufsichtsansatz sowie einheitliche Verfahren im Bereich Finanzaufsicht auf dem Gebiet der EU. Um solche Voraussetzungen zu erfüllen, erlassen Aufsichtsagenturen spezialisierte Gutachten zu jedem mit der Finanzaufsicht zusammenhängenden Thema für zuständige nationale Organe. Es ist ein neues zuvor nicht bestehendes nicht zwingendes Rechtsinstrument, das ausschließlich aus Initiative der Aufsichtsagentur selbst angewendet wird. Die Möglichkeit, ähnliche Fachgutachten für die Kommission, das Parlament und den Rat zu erstellen, wurde zusätzlich im Art. 1 Abs. 5 der Gründungsverordnungen garantiert.

Die gemeinsame Aufsichtskultur bedeutet auch die Koordination des Informationsflusses zwischen den nationalen Aufsichtsbehörden, der sich während der letzten Finanzkrise als unzureichend und erschwert erwiesen hat³⁷. Überdies bemühen sich die Aufsichtsagenturen, die Qualität der Aufsichtsstandards zu erhöhen, darunter derjenigen, die Berichtserstattungswesen und Buchhaltung betreffen³⁸. Ein untrennbares Element der Stärkung der Aufsichtskultur sind auch regelmäßige Durchsichten der Anwendung der technischen Standards³⁹, die schon in den Gründungsverordnungen als Schlüssel der Vereinheitlichung der europäischen Finanzaufsicht verstanden wurden.

Die Aufsichtsagenturen sind eine spezifische Plattform zur Koordinierung der Handlungen der nationalen Finanzaufsichtsbehörden und europäischen Institutionen. Daher kommt die Bestimmung im Art. 29 Abs. 1 lit. e der Gründungsverordnungen über die Organisierung der sektorinternen und sektorübergreifenden Schulungen und über die Unterstützung der Mechanismen des Personalaustausches zwischen Aufsichtsgremien verschiedener Typen. Die Delegation von Beamten im Rahmen der mehrschichtigen Verwaltungsstruktur soll der Verstärkung und Verbreitung der weit aufgefassten (d.h. in der normativen und institutionellen Dimension begriffenen) europäischen Finanzaufsichtskultur dienen. Dieser Begriff fand erst in den Verordnungen Anwendung, welche die europäischen Aufsichtsagenturen ins Leben riefen. Obwohl die Ausschüsse CEBS, CEIOPS und CESR auch viele Koordinations – und Harmonisierungsaufgaben erfüllten, wirkten sie doch in einem großen Maße auf informellen Grundlagen, indem sie auf dem guten Willen der Beamten von Aufsichtsinstitutionen in Mitgliedsstaaten basierten. Die Rolle der Aufsichtsagenturen ist diesbezüglich deutlich stärker, was im Art. 29 Abs. 2 der Gründungsverordnungen zum Ausdruck kommt, der die Möglichkeit eröffnet, in entsprechenden Fällen neue, praktische, Konvergenz begünstigende Hilfsmittel und Instrumente im Bereich Finanzaufsicht zu entwickeln.

Die Ergänzung der genannten Maßnahmen zur Gestaltung der europäischen Aufsichtskultur ist das so genannte Aufsichtshandbuch (engl. *single rule book*), also die einheitliche Sammlung von Vorschriften für alle Finanzinstitute auf dem Binnenmarkt⁴⁰. Diese Idee wurde vom Europäischen Rat im Juni 2009 formuliert und dann als ein wichtiges Element auf dem Weg zum kohärenten Verständnis der europäischen Finanzaufsicht aufgegriffen⁴¹.

³⁷ Mehr dazu N. Kohtamäki, *Die Reform...*, *op. cit.*, S. 93 f.

³⁸ Art. 29 Abs. 1 lit. c i.V.m. Art. 1 Abs. 3 der Gründungsverordnungen Nr. 1093/2010, 1094/2010 und 1095/2010.

³⁹ Art. 29 Abs. 1 lit. d der Gründungsverordnungen Nr. 1093/2010, 1094/2010 und 1095/2010.

⁴⁰ Dazu ausführlich K. Michel, *op. cit.*, S. 192 ff.

⁴¹ Vgl. die Aktivitäten von EBA bei der Gestaltung des Europäischen Aufsichtshandbuchs: <http://www.eba.europa.eu/regulation-and-policy/single-rulebook> [dostęp 25.11.2016]. Siehe auch die Information der

4. Zusammenfassung

Die Rolle der Aufsichtsagenturen bei der Integration der rechtlichen Rahmen des EU-Finanzmarktes ist in allgemeiner Rezeption eigentlich nicht sichtbar. Im Zusammenhang mit großen Turbulenzen, die den bisherigen Integrationsprozess stören, wie der beim britischen Referendum im Juni 2016 bestätigte Willen, aus der EU auszutreten, fehlt es nicht an populistischen Kommentaren über das unkontrollierte Wachstum der europäischen Bürokratie und die fehlende Transparenz in EU-Entscheidungs – und Regulierungsprozessen. Hinter solchen kritischen Worten im Zusammenhang mit der Annäherung von Wirtschaften und Märkten stehen nur selten irgendwelche konkreten Tatsachen, die durch eine logische Schlussfolgerung unterstützt werden.

In Zusammenhang damit wäre zu bemerken, dass der Anstieg der Aufsichtskompetenzen, insbesondere im Bereich der finanziellen Regelungen, das beste Beispiel für eine wenig transparente Verlagerung der nationalen Kompetenzen auf die EU-Ebene ist. In der öffentlichen Diskussion wird diese Problematik nur selten Gegenstand einer tieferen intellektuellen Reflexion, vor allem wegen des geringen Wissens über EU-Regulierungsagenturen, das lediglich auf einen engen Forscherkreis beschränkt ist. Währenddessen finden theoretische Erwägungen der Politologen über Desouveränisierung eines Staates, der intensiv in europäischen Strukturen zusammenwirkt, immer öfter reale Übersetzung auf die Schwerpunkteverteilung im mehrschichtigen Verwaltungssystem.

Der Unifizierungswillen der konkreten Aufsichtspraktiken und der damit verbundenen Vorschriften entspringt der Überzeugung über gemeinsame, vergleichbare Nutzen für Finanzmärkte aller Mitgliedsstaaten, die seit langem nach dem Prinzip der verbundenen Gefäße funktionieren. Doch schon während der Reformen, im Rahmen derer die Finanzaufsichtsagenturen ins Leben gerufen wurden, stellte es sich heraus, dass nicht alle Mitgliedstaaten diese Überzeugung teilen. Neben den Briten waren mehrmals Schweden, Dänen oder Tschechen kritisch gegenüber dem „Anheizen der europäischen Regulierungsspirale“ in Bezug auf die Finanzmärkte. Dissonanzen in der allgemeinen Auffassung der europäischen Integration haben eine einfache Übersetzung auf die Bereitschaft, die Zusammenarbeit im Bereich der Finanzmärkte zu vertiefen.

Die Regulierungsagenturen sind Gremien, die der Kommission wichtige technische und wissenschaftliche Unterstützung leisten. Es werden ihnen wegen ihrer Fachlichkeit und Spezialisierung auf einen konkreten Bereich immer kompliziertere Aufgaben in konkreten Sektoren des Binnenmarktes anvertraut. Die Finanzaufsichtsagenturen erhielten viele solche komplexen Befugnisse, daher spricht man von der „weitgehenden

Europäischen Kommission dazu vom 10.07.2013: http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-13-679_de.htm [dostęp 25.11.2016].

Verlagerung der Entscheidungsmacht⁴² entgegen der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes, darunter entgegen der Meroni-Doktrin. Für die Kritiker des Integrationsprozesses sind die Argumente über die nicht ausreichende fachliche Vorbereitung der Kommission auf Entscheidungen vieler spezialisierter Fragen in verschiedenen Bereichen – von Finanzaufsicht bis hin zur Flugsicherheit – und die daraus resultierende Notwendigkeit, den Beratungsapparat in Form von Regulierungsagenturen auszubauen, wenig überzeugend. Auf diese Weise verschiebt sich die politische Macht, die bisher den nationalen Regulierungsbehörden vorbehalten war, unbemerkt auf die EU-Ebene.

Für die Skeptiker und Kritiker des Integrationsprozesses ist das ein Albtraumszenario, das bestenfalls eine erhebliche Schwächung der Nationalstaaten ankündigt, und schlimmstenfalls ihr Ende. Für die Euroenthusiasten ist das die Erfüllung von Träumen über das parallele wirtschaftliche und politische Zusammenwachsen Europas. In Zeiten von immer neuen Krisen und der Gefahr, dass weitere Mitgliedsstaaten nach Großbritannien aus der Europäischen Union austreten, scheinen die Parolen wie „mutiges Vorgehen“, Gründung der „Europäischen Föderation“ und „Suche nach einem gemeinsamen Weg“, ein schon verklungenes Lied⁴³ zu sein. Unabhängig davon, aus wie viel Mitgliedsstaaten die zukünftige Europäische Union bestehen wird, scheint eine weitere Entwicklung der Verwaltungsstrukturen mit ihren steigenden Kompetenzen keine richtige Lösung der in der globalisierten Welt auftauchenden Probleme zu sein.

Die vertiefte Harmonisierung des europäischen Finanzrechts bedeutet weder automatische Garantie der Finanzstabilität, noch Minimierung der Regulierungs – und Aufsichtsarbitrage, noch einen Umbruch in der Funktion von großen grenzübergreifend agierenden Finanzinstituten. Trotzdem bedeutet sie der Meinung der Euroenthusiasten nach einen wichtigen Schritt im Bau eines Systems, das die Finanzmärkte vor ähnlichen Turbulenzen absichert, wie sie in den letzten Jahren stattfanden. Von Schlüsselbedeutung ist hier die Frage, inwieweit ein solcher Weg, der langfristig zur vollen Unifizierung der finanziellen Regelungen führt, reale Effekte für den Fall einer tatsächlichen Krise bringt, und ob das Endergebnis den gezahlten Preis rechtfertigen wird, den Preis in Form der Verwischung der von dem Standpunkt der Entwicklung der nationalen Finanzmärkte wesentlichen Differenzen. Die jüngsten Ereignisse, die mit dem Ergebnis des britischen Referendums verbunden sind, zeigen, dass sich der Preis als zu hoch erweisen kann.

⁴² Siehe C. Ohler, *Die Einheitlichkeit der europäischen Aufsichtsarchitektur und die Besonderheit der Versicherungswirtschaft*, „Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft“ 2012, vol. 101, no. 4, S. 444.

⁴³ Diese Formulierungen wurden von Joschka Fischer in seiner berühmten Rede an der Humboldt-Universität am 12.05.2000 verwendet. Der Text ist verfügbar in: S. Parzymies (Bearb.), *Integracja europejska w dokumentach*, PISM, Warszawa 2008, S. 417 ff.

Literaturverzeichnis

- Alford D., *The Lamfalussy Process and EU Bank Regulation: Another Step on the Road to Pan-European Regulation*, „Annual Review of Banking and Financial Law” 2006, vol. 25, no. 1, S. 389-435.
- Będkowski-Kozioł M., *Status i zadania Europejskiej Agencji Kolejowej – stan obecny i perspektywy w świetle projektu IV pakietu kolejowego*, „Internetowy Kwartalnik Antyregulacyjny i Monopolowy” 2014, vol. 7, no. 3, S. 36-56.
- Breuss F., *Europäische Bankenunion*, „Vierteljahreshefte zur Wirtschaftsforschung“ 2013, vol. 82, no. 2, S. 127-147.
- Busuioic M., *Rule-Making by the European Financial Supervisory Authorities: Walking a Tight Rope*, „European Law Journal. Review of European Law in Context” 2013, vol. 19, no. 1, S. 111-125.
- Chamon M., *EU Agencies between Meroni and Romano or the Devil and the Deep Blue Sea*, „Common Market Law Review” 2011, vol. 48, no. 4, S. 1055-1075.
- Curtin D., Egeberg M. (Hrsg.), *Towards a New Executive Order in Europe*, Routledge, London/New York 2015.
- Döhler M., Wegrich K., *Regulierung als Konzept und Instrument moderner Staatstätigkeit*, „Der Moderne Staat. Zeitschrift für Public Policy, Recht und Management” 2010, no. 1, S. 31-52.
- Dragomir L., *European Prudential Banking Regulation and Supervision. The Legal Dimension*, Routledge, London/New York 2010.
- Fedorowicz M., Michór A., *O charakterze prawnym decyzji nowych europejskich organów nadzoru nad rynkiem finansowym UE*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2011, vol. 74, no. 11, S. 24-35.
- Galster J., *Zasada równowagi instytucjonalnej w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2014, Bd. XXXI, S. 109-120.
- Gramlich L., Manger-Nestler C. (Hrsg.), *Europäisierte Regulierungsstrukturen und – netzwerke. Basis einer künftigen Infrastrukturvorsorge*, Nomos, Baden-Baden 2011.
- Hagen B., *Ist die EU für eine zentrale Versicherungsaufsicht bereit? Kompetenzrechtliche Untersuchung der institutionellen Dimension der Europäisierung der Versicherungsaufsicht*, Dike, Zürich/St. Gallen 2014.
- Joosen B., *European Financial Supervision*, „Working Papers on Global Financial Markets” 2009, no. 6, S. 1-23,
http://zs.thulb.uni-jena.de/servlets/MCRFileNodeServlet/jportal_derivate_00200490/06.pdf [dostęp 25.11.2016].
- Kern A., *European Banking Union: A Legal and Institutional Analysis of the Single Supervisory Mechanism and the Single Resolution Mechanism*, „European Law Review” 2015, vol. 40, no. 2, S. 154-187.
- Kern A., *Reforming European Financial Supervision: Adapting EU Institutions to Market Structures*, „ERA Forum” 2011, vol. 12, no. 2., S. 229-252.
- Kohtamäki N., *Europejska agencja nadzoru bankowego w systemie bezpieczeństwa finansowego Unii Europejskiej*, „Stosunki międzynarodowe. International Relations” 2016, vol. 52, no. 1, S. 93-108.
- Kohtamäki N., *Die Reform der Bankenaufsicht in der Europäischen Union*, Mohr Siebeck, Tübingen 2012.
- Kühling, J., *Die Zukunft des Europäischen Agentur(un)wesens – oder: Wer hat Angst vor Meroni?*, „Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht” 2008, vol. 19, no. 5, S. 129.
- Lehmann M., Manger-Nestler C., *Das neue Europäische Finanzaufsichtssystem*, „Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft” 2011, no. 1, S. 1-24.

- Michel K., *Institutionelles Gleichgewicht und EU-Agenturen. Eine Analyse unter besonderer Berücksichtigung der European Banking Authority*, Duncker&Humblot, Berlin 2015.
- Müller-Graff P.-C., Schmahl S., Skouris V. (Hrsg.), *Europäisches Verwaltungsrecht zwischen Bewahrung und Wandel*, Nomos, Baden-Baden 2011.
- Ohler C., *Die Einheitlichkeit der europäischen Aufsichtsarchitektur und die Besonderheit der Versicherungswirtschaft*, „Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft“ 2012, vol. 101, no. 4, S. 431-445.
- Papathanassiou C., Zagouras G., *Mehr Sicherheit für den Finanzsektor: der Europäische Ausschuss für Systemrisiken und die Rolle der EZB*, „Zeitschrift für Wirtschafts – und Bankrecht“ 2010, no. 34, S. 1584-1588.
- Part S., Schütz M., *Reform der nationalen und EU-Finanzmärkte: Endlich effiziente Rahmenbedingungen?*, „BankArchiv. Zeitschrift für das gesamte Bank – und Börsenwesen“ 2010, no. 1, S. 33-39.
- Parzymies S. (Bearb.), *Integracja europejska w dokumentach*, PISM, Warszawa 2008.
- Ruszkowski J., *Pierwotne i wtórne delegowanie kompetencji w wielopoziomowym systemie zarządzania Unii Europejskiej*, „Rocznik Integracji Europejskiej“ 2012, no. 6, S. 45-62.
- Sabel C.F., Zeitlin J. (Hrsg.), *Experimentalist Governance in the European Union. Towards a New Architecture*, Oxford University Press, Oxford 2010.
- Senden L., *Soft Law in European Community Law*, Hart Publishing, Oxford 2004.
- Simoncini M., *Legal Boundaries of European Supervisory Authorities in the Financial Markets: Tensions in the Development of True Regulatory Agencies*, „Yearbook of European Law“ 2015, vol. 34, no. 1, S. 319-350.
- Stie A.E., *Democratic Decision-making in the EU. Technocracy in Disguise?*, Routledge, London/New York 2013.
- Zaleska M., (Hrsg.), *Europejska Unia Bankowa*, Difin, Warszawa 2015.
- Wymeersch E., *The Reforms of the European Supervisory System. An Overview*, „European Company and Financial Law Review“ 2010, vol. 7, no. 2, S. 240-265.

Iwona Moryc

Akademia Krakowska im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego¹

Pojęcie sprawy dotyczącej spadku w prawie UE

The concept of a case of inheritance in European Union law

Streszczenie

Sprawa dotycząca spadku to sprawa związana ze zdarzeniem prawnym, jakim jest śmierć człowieka, wywołująca określone przez prawo skutki prawne, które reguluje szczegółowo prawo spadkowe. Z uwagi na różnorodność unormowań prawnospadkowych w państwach członkowskich Unii Europejskiej – różne mogą być rozstrzygnięcia o uprawnieniach osób uprawnionych do spadku. Celem ujednoczenia zasad prawa spadkowego w prawie europejskim Parlament Europejski i Rada (UE) uchwaliły rozporządzenie nr 650/2012 z dnia 4 lipca 2012 r. w sprawie jurysdykcji, prawa właściwego, uznawania i wykonania orzeczeń, przyjmowania i wykonywania dokumentów urzędowych dotyczących dziedziczenia oraz w sprawie ustanowienia europejskiego poświadczenia spadkowego. Rozporządzenie spadkowe stanowi obecnie jeden z kluczowych aktów prawnych regulujących zagadnienie dziedziczenia transgranicznego. W artykule podejmuje się zdefiniowania sprawy spadkowej na gruncie europejskim i charakterystyki sprawy spadkowej na tle rozporządzenia unijnego.

Słowa kluczowe

prawo spadkowe, dziedziczenie, normy kolizyjne, prawo UE, prawo krajowe

Abstract

The case of inheritance is a case of a legal event of human death, resulting in legal consequences, which are specifically governed by the law of succession. Due to the diversity of law enforcement in the Member States of the European Union, decisions on the eligibility of persons eligible for inheritance may be different. To harmonize the rules of inheritance law in European law, the European Parliament and the Council (EU) have adopted Regulation No 650/2012 of 4 July 2012 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of judgments, adoption and enforcement of official documents concerning inheritance and on the establishment of a European attestation of inheritance. The succession regulation is currently one of the key legal instruments governing cross-border inheritance. The article deals with the definition of the succession on the European soil and the characteristics of the succession case against the background of the EU regulation.

¹ Adwokat Iwona Moryc, prowadzi indywidualną Kancelarię Adwokacką, specjalizacja: prawo cywilne; wykładowca na kierunku Mediacje sądowe i pozasądowe Wyższej Szkoły Humanitas w Sosnowcu; trener prawa; współzałożycielka Stowarzyszenia Towarzystwo Rozwoju i Komunikacji „Porozumienie”; aktywnie działa na rynku przedsiębiorców Małopolski jako członkini Klubu Ambasada Współpracy; uczestniczka seminarium doktorskiego na Akademii Krakowskiej im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego na Wydziale Prawa, Administracji i Stosunków Międzynarodowych, w Katedrze Prawa Cywilnego pod przewodnictwem prof. nadzw. dr. hab. Mariusza Załuckiego; praca naukowa poświęcona instytucji arbitrażu w sprawach spadkowych.

Keywords:

Inheritance law, inheritance, conflict of laws rules, EU law, national law

1. Wprowadzenie

Sprawa dotycząca spadku to sprawa związana ze zdarzeniem prawnym, jakim jest śmierć człowieka, wywołująca określone przez prawo skutki prawne, które reguluje szczegółowo prawo spadkowe. Prawo spadkowe określa, kto dziedziczy, a więc jest spadkobiercą, na jakiej podstawie prawnej, czy to na zasadzie ustawy (pozostając osobą wyznaczoną przez ustawę jako spadkobierca na skutek pokrewieństwa lub rodzaju więzi ze spadkodawcą) bądź na zasadzie aktu woli, jakim jest testament. Prawo spadkowe określa stanowisko prawne spadkobiercy, formy przyjęcia przez niego spadku albo możliwości jego odrzucenia. Co istotne, prawo spadkowe ma też ścisły związek z innymi dziedzinami prawa takimi jak prawo rzeczowe, prawo zobowiązań czy prawo rodzinne, których zastosowanie jest niezbędne przy ustaleniu chociażby kręgu spadkobierców.

Z uwagi na różnorodność unormowań prawno spadkowych w państwach członkowskich Unii Europejskiej odmienne mogą być rozstrzygnięcia o uprawnieniach osób uprawnionych do spadku. Warto jednak zasygnalizować, że fundament kształtowania się prawa spadkowego w Europie było prawo rzymskie i to właśnie w Europie kontynentalnej na skutek recepcji prawa rzymskiego zrodziła się idea stworzenia jednolitego systemu prawnego opartego w założeniach na prawie rzymskim. Obecnie w celu ujednoczenia zasad prawa spadkowego w prawie europejskim Parlament Europejski i Rada (UE) uchwałyły rozporządzenie nr 650/2012 z dnia 4 lipca 2012 r. w sprawie jurysdykcji, prawa właściwego, uznawania i wykonania orzeczeń, przyjmowania i wykonywania dokumentów urzędowych dotyczących dziedziczenia oraz w sprawie ustanowienia europejskiego poświadczenia spadkowego². Rozporządzenie spadkowe stanowi obecnie jeden z kluczowych aktów prawnych regulujących zagadnienie dziedziczenia transgranicznego. Zakres przedmiotowy rozporządzenia dotyczy między innymi określenia jurysdykcji sądowej i prawa właściwego dla „ogółu spraw dotyczących spadku”.

Wobec wejścia w życie ww. rozporządzenia aktualizuje się definicja „sprawy spadkowej”, której zakres przedmiotowy został rozszerzony przez rozporządzenie. Z uwagi na stopień ogólności w sformułowaniu „ogółu spraw spadkowych” zawartym w rozporządzeniu warto temu zagadnieniu poświęcić osobne rozważania, w tym zdefiniować aktualny zakres przedmiotowy sprawy spadkowej w rozumieniu rozporządzenia spad-

² Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 650/2012 z dnia 4 lipca 2012 r. w sprawie jurysdykcji, prawa właściwego, uznawania i wykonania orzeczeń, przyjmowania i wykonywania dokumentów urzędowych dotyczących dziedziczenia oraz w sprawie ustanowienia europejskiego poświadczenia spadkowego (Dz. Urz. UE L 201/107 z 27.07.2012 r.).

kowego. Mamy bowiem do czynienia z wejściem w życie rozporządzenia, które ma na celu unifikację norm prawa spadkowego, ale w znaczeniu proceduralnym. W tym względzie istotne jest zbadanie wpływu rozporządzenia na materialne prawa spadkowe państw członkowskich i zastanowienie się, czy wobec wejścia w życie aktu unijnego możemy mówić o jednej w swoim zakresie przedmiotowym sprawie spadkowej.

2. Różnorodność konstrukcji prawnych w materialnym prawie spadkowym w wybranych państwach Europy

Dokonując analizy „sprawy dotyczącej spadku” na tle rozporządzenia spadkowego nr 650/2012, nie sposób nie zbadać spraw dotyczących spadku, stanowiących przedmiot materialnego prawa spadkowego w wybranych państwach członkowskich Unii Europejskiej. Wyjaśnienie, czym jest sprawa dotycząca spadku w wybranych porządkach krajowych, uzasadnia, w mojej ocenie, użyte w rozporządzeniu spadkowym pojęcie „ogółu spraw dotyczących spadku” dla określenia jurysdykcji sądowej i prawa właściwego. Poszukując definicji sprawy spadkowej w porządkach krajowych państw Unii Europejskiej, nie sposób pominąć również analizy systemów prawa, które wpłynęły na kształtowanie się prawa spadkowego w państwach europejskich. Mowa tu o funkcjonujących w Europie systemach prawa – *common law* oraz *civil law*. Należy przede wszystkim zwrócić uwagę, że w krajach funkcjonowania prawa kontynentalnego *civil law* – prawo spadkowe materialne i procesowe – pozostaje kompleksowo skodyfikowane (np. kodeks cywilny niemiecki – *Bürgerliches Gesetzbuch*³, regulujący prawa spadkowe w księdze piątej, oraz kodeks cywilny francuski – *Code Civil*⁴, stanowiący o sposobach nabywania spadku w księdze trzeciej), w przeciwieństwie do krajów anglosaskich, m.in. Wielkiej Brytanii, w którym to systemie brak skodyfikowanego prawa spadkowego, a regulacje dotyczące tej materii zawierają różne akty prawne (w Anglii o prawie spadkowym stanowi m.in. ustawa o dziedziczeniu z 1975 r.⁵ oraz ustawa o zarządzie majątkiem spadkowym z 1925 r.)⁶.

Niewątpliwie, niezależnie od systemu prawnego, który wywarł wpływ na kształtowanie się prawa spadkowego poszczególnych państw, sprawa dotycząca spadku obejmuje skutki prawne związane ze śmiercią człowieka, dotyczy zagadnień, które regulowane są szczegółowo przez przepisy prawa krajowego, takie jak ustalenie kręgu spadkobierców, sposoby dziedziczenia, kwestie sporządzenia testamentu, uprawnienia spadkobier-

³ Treść kodeksu dostępna na stronie internetowej <http://gesetze-im-internet.de/> [dostęp: 20.10.2016].

⁴ Treść kodeksu dostępna na stronie internetowej <http://www.droit.org/> [dostęp: 20.10.2016].

⁵ Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1975, dostępny na stronie internetowej: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1975/63> [dostęp: 21.10.2016].

⁶ Administration of Estates Act 1925, dostępny na stronie internetowej: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo5/15-16/23/contents> [dostęp: 21.01.2016].

ców w stosunku do innych spadkobierców, uprawnienia spadkobierców związane z transmisją spadku. Różnice pomiędzy poszczególnymi porządkami krajowymi w państwach członkowskich mogą dotyczyć ustalenia gona spadkobierców, udziału spadkowego, sposobu zarządzania masą spadkową czy zakresu odpowiedzialności spadkobierców za długi spadkodawcy. Dla przykładu w niemieckim prawie spadkowym do kręgu spadkobierców są zaliczani również partnerzy pozostający w zarejestrowanym związku partnerskim, do których stosuje się odpowiednio przepisy o dziedziczeniu przez małżonka (§ 1931–1933 Bürgerliches Gesetzbuch)⁷. Dotyczy to związków osób tej samej płci przewidzianych przez ustawę z 2001 r. o partnerstwie zarejestrowanym⁸. Prawo niemieckie dopuszcza również wspólny testament własnoręczny sporządzony przez małżonków lub partnerów. Testament wspólny sporządzany jest w imieniu obojgu osób przez jednego z małżonków. Wymaga własnoręcznego podpisu obu spadkodawców (art. 2265 ff. BGB). W polskim porządku prawnym sporządzenie testamentu wspólnego jest niedozwolone. Zgodnie z treścią art. 942 k.c. „Testament może zawierać rozrządzenia tylko jednego spadkodawcy”⁹. Francuskie prawo spadkowe dopuszcza cztery rodzaje testamentów: holograficzny (art. 970 Code civil)¹⁰, w formie aktu notarialnego (art. 971–974 Code civil), tajemny (art. 976 Code civil), międzynarodowy¹¹. Polskie prawo spadkowe przewiduje dwie kategorie testamentów: zwykłe oraz szczególne. Do pierwszej kategorii zaliczamy testament notarialny, holograficzny oraz alograficzny. Do drugiej kategorii należą testamenty: ustny, podróżny i wojskowy, przy czym takie dokumenty mogą być sporządzane w wyjątkowych sytuacjach, a ich ważność jest ograniczona w czasie. Zarówno w prawie niemieckim, francuskim, jak i polskim inne są terminy odrzucenia spadku, wynoszą one odpowiednio: w niemieckim prawie spadkowym – sześć tygodni, francuskim – cztery miesiące, polskim sześć miesięcy od dnia dowiedzenia się o powołaniu do spadku. O ile zarówno prawo spadkowe niemieckie, francuskie, jak i polskie oparte jest na wspomnianym systemie prawa kontynentalnego, wykazując pewne podobieństwa, o tyle większe trudności interpretacyjne mogą wywołać instytucje spadkowe systemu *common law*, np. konstrukcja administracji spadku. Spadek przypada powiernikom, których zadaniem jest

⁷ Kodeks cywilny niemiecki – Bürgerliches Gesetzbuch, dalej BGB, dostępny na stronie internetowej: <http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/> [dostęp: 29.10.2016].

⁸ Ustawa o partnerstwie zarejestrowanym z dnia 16 lutego 2001 r. (Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft (Lebenspartnerschaftsgesetz – LpartG), dostępna na stronie internetowej: <http://www.gesetze-im-internet.de/lpartg/BJNR026610001.html> [dostęp: 29.10.2016].

⁹ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 1964 r. Nr 16, poz. 93), dalej k.c.

¹⁰ Kodeks cywilny francuski – Code civil, Version consolidée au 9 octobre 2016, dostępny na stronie internetowej <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20161111> [dostęp: 29.10.2016].

¹¹ Konwencja waszyngtońska z dnia 26 października 1973 r. w sprawie jednolitego prawa dotyczącego formy testamentu międzynarodowego, dostępna na stronie internetowej: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=CELEX%3A52005AE1242> [dostęp: 29.10.2016].

ustalenie i zgromadzenie składników majątku spadkowego, spłata długów oraz dokonanie podziału reszty spadkowej między spadkobierców zgodnie z testamentem lub zasadami dziedziczenia beztestamentowego, którzy posiadają pozycję podobną do znanych w prawie polskim zapisobierców zwykłych.

Jak widać, sprawy dotyczące spadku uregulowane przez krajowe kodeksy cywilne mogą być na tyle odmienne, że na poziomie międzynarodowym może dojść do kolizji praw i konieczności wyboru prawa, które będzie właściwe dla rozstrzygnięcia danej sprawy spadkowej. Jednak funkcje prawa spadkowego pozostają jednakowe i dotyczą przede wszystkim ochrony mienia i przekazania majątku po śmierci. Prawo do rozporządzania majątkiem zostaje zatem przedłużone poza kres życia właściciela, gdyż może on swobodnie decydować o przeznaczeniu swojego majątku na wypadek śmierci, dysponując nim w formach określonych przez obowiązujące przepisy i na rzecz jakiegokolwiek podmiotu prawa cywilnego¹². Cel ten może być zrealizowany w różnej formie za pomocą różnych instytucji prawnych. Zatem „sercem” prawa spadkowego¹³ jest przeniesienie majątku na wypadek śmierci, a głównym zadaniem prawa spadkowego jest umożliwienie spadkodawcy uporządkowania spraw, przede wszystkim majątkowych, na wypadek śmierci. Wobec powyższego, biorąc pod uwagę źródła powstania prawa spadkowego, możemy stanowczo stwierdzić, że w Europie niezależnie od regulacji krajowych pojęcie „sprawy dotyczącej spadku” jest tożsame, albowiem instytucja dziedziczenia opiera się na tym samym fundamencie, dopiero porządki krajowe dokonują odmiennych regulacji co do zakresu sprawy spadkowej oraz różnicują instytucje służące spadkobraniu. Rozporządzenie spadkowe dokonuje ujednoczenia normy kolizyjnej dotyczącej statutu spadkowego, czyli prawa właściwego dla zakresu „sprawy spadkowej”, stanowiąc w art. 21, że „prawem właściwym dla ogółu spraw dotyczących spadku jest prawo państwa, w którym zmarły miał miejsce zwykłego pobytu w chwili śmierci”. Zatem rozporządzenie spadkowe wyznacza mechanizm przejścia majątku spadkodawcy na beneficjariuszy spadkowych (przede wszystkim spadkobierców) lub ustanawia inny prawnospadkowy tytuł nabycia korzyści ze spadku¹⁴.

Wskazany mechanizm przejścia składników majątkowych opiera się w wielu systemach europejskich, w tym w Polsce, na sukcesji uniwersalnej, gdzie spadkobierca wstępuje w ogół praw i obowiązków spadkodawcy.

¹² E. Niezbecka, *Prawo spadkowe w zarysie*, Wydawnictwo VERBA, Lublin 1998, s. 12.

¹³ K. Osajda, *Ustanowienie spadkobiercy w testamencie w systemie common law i civil law*, C.H.Beck, Warszawa 2009, s. 2.

¹⁴ M. Pazdan, *Kolizyjnoprawna problematyka nabycia spadku*, „Studia Cywilistyczne” 1974, t. XXIII, s. 134.

3. Kierunki rozwoju idei dotyczącej utworzenia międzynarodowego prawa spadkowego i jej wpływ na kształtowanie się definicji „sprawy spadkowej” w Europie

Począwszy od lat 70. XX stulecia w Europie rozwija się idea stworzenia międzynarodowego prawa spadkowego. Przedstawiciele doktryny prawa próbują odpowiedzieć na pytanie, czy możliwa jest unifikacja merytorycznego prawa spadkowego, czyli stworzenie jednolitego dla państw UE prawa spadkowego, wobec licznych odmienności występujących w krajowych porządkach państw europejskich. Unifikacja prawa prywatnego w Unii Europejskiej jest w dalszym ciągu przedmiotem badań i licznych prac, tworząc platformę nazwaną Europejskim Kodeksem Cywilnym. Sprawy spadkowe były podejmowane pierwotnie w konwencjach międzynarodowych. Haska Konferencja Prawa Prywatnego Międzynarodowego uchwaliła konwencję o kolizji przepisów prawnych w kwestii rozporządzeń testamentowych zawartą w dniu 5 października 1961 r.¹⁵, Konwencję o międzynarodowym zarządzaniu spadkami zawartą w dniu 2 października 1973 r.¹⁶, Konwencję o prawie właściwym dla trustów i ich uznawania zawartą w dniu 1 lipca 1985 r.¹⁷ oraz Konwencję o prawie właściwym dla dziedziczenia zawartą w dniu 1 sierpnia 1989 r.¹⁸ Nie bez znaczenia dla próby ujednoczenia prawa spadkowego w Europie pozostaje Konwencja UNIDROIT o formie testamentu międzynarodowego zawarta w dniu 26 października 1973 r.¹⁹ oraz Konwencja bazylejska dotycząca ustanowienia systemu rejestracji testamentów z dnia 16 maja 1972 r.²⁰ W 2004 r. Niemiecki Instytut Notarialny w Würzburgu ogłosił w Brukseli raport z propozycją ujednoczenia międzynarodowego prawa spadkowego²¹. Na podstawie sporządzonego raportu oraz Haskiego Programu Rady Europejskiej²² z 2004 r. rozpoczęto prace nad dokumentem, zwanym Zieloną Księgą, dotyczącym dziedziczenia ustawowego i testamentów²³. Komisja wskazała tu jedno-

¹⁵ Konwencja dotycząca kolizji praw w przedmiocie formy rozporządzeń testamentowych, sporządzona w Hadze dnia 5 października 1961 r. (Dz. U. z 1969 r. Nr 34, poz. 284).

¹⁶ Konwencja o międzynarodowym zarządzaniu spadkami zawarta dnia 2 października 1973 r., HCCH Hague Conference on private international law, Collection of Conventions (1951–2009).

¹⁷ Konwencja o prawie właściwym dla trustów i ich uznawania zawarta w dniu 1 lipca 1985 r., HCCH Hague Conference on private international law, Collection of Conventions (1951–2009).

¹⁸ Konwencja o prawie właściwym dla dziedziczenia zawarta w dniu 1 sierpnia 1989 r., HCCH Hague Conference on private international law, Collection of Conventions (1951–2009).

¹⁹ Konwencja UNIDROIT o formie testamentu międzynarodowego zawarta w dniu 26 października 1973 r., HCCH Hague Conference on private international law, Collection of Conventions (1951–2009).

²⁰ Konwencja bazylejska dotycząca ustanowienia systemu rejestracji testamentów z dnia 16 maja 1972 r., Council of Europe, European Treaty Series, No-77.

²¹ H. Dörner, P. Lagarde, *Raport DNOTI, Les Successions Internationales The European Union Perspectives for a Harmonisation*, Deutsches Notarinstitut Würzburg 2004, dostępny na stronie internetowej www.successions.org, [dostęp: 4.09.2017].

²² Haski Program Rady Europejskiej z 2005 r. (Dz. Urz. UE C 53/1 z 3.03.2005 r.).

²³ Zielona Księga dotycząca dziedziczenia ustawowego i testamentów (COM (2005)65 z dnia 1.03.2005 r.).

znacznie na konieczność uproszczenia reguł dziedziczenia transgranicznego oraz stworzenia jednolitego europejskiego instrumentu prawnego zajmującego się uznawaniem takich dokumentów jak testamenty, akty notarialne, dokumenty administracyjne. Prace Komisji miały również decydujące znaczenie dla wskazania kierunku rozwoju jednolitego prawa spadkowego w Europie. Komisja uznała, że nie jest możliwe na tym etapie ujednoczenie merytorycznego prawa spadkowego, uznając, że na poziomie dawnego prawa wspólnotowego nie dokona się żaden postęp w dziedzinie prawa spadkowego bez wcześniejszego zmierzania się z kwestią prawa właściwego²⁴. Ujednoczenie reguł kolizyjnych pozwoli bowiem na zmniejszenie różnic w poszczególnych ustawodawstwach, uprości stosowanie prawa i w konsekwencji zachęci do podjęcia dalszego wysiłku w celu wypracowania jednakowych standardów prawa merytorycznego z tej dziedziny²⁵. Opublikowanie Zielonej Księgi zainicjowało następnie prace Komisji Prawnej Parlamentu Europejskiego. W dniu 16 października 2006 r. przyjęła ona sprawozdanie, w którym zaproponowała, celem ujednoczenia międzynarodowego prawa spadkowego, wprowadzenie instrumentów normujących kwestie kolizji ustaw i właściwości w sprawach spadkowych, zwracając uwagę również na specyfikę prawa spadkowego obowiązującego w poszczególnych państwach członkowskich. Konsekwencją sprawozdania Komisji Prawnej było przyjęcie przez Parlament Europejski w dniu 16 listopada 2006 r. rezolucji w sprawie dziedziczenia i testamentów, a następnie podjęcie prac nad rozporządzeniem spadkowym 650/2012, które jest przedmiotem tego opracowania. W oparciu o przedstawiony dorobek prac w przedmiocie prawa spadkowego w Europie wskazuje się na system „małych kroków”²⁶ w kierunku unifikacji merytorycznego prawa spadkowego w Europie. Jednym z nich jest harmonizacja reguł kolizyjnych, w tym rozwiązanie problemu jurysdykcji krajowej w sprawach spadkowych oraz wskazanie prawa właściwego dla spraw spadkowych. Biorąc pod uwagę te założenia, rozporządzenie spadkowe stanowi kolejny krok na drodze ujednoczenia prawa spadkowego w Europie. Rozporządzenie nr 650/2012 podejmuje się ujednoczenia reguł kolizyjnych, jednak w żadnym razie nie jest aktem unifikującym merytoryczne prawo spadkowe.

Jak wynika z danych przytoczonych do aneksu Zielonej Księgi, w latach 1999–2000 średnio 1,5% mieszkańców poszczególnych państw Unii Europejskiej stanowili obywatele innych państw członkowskich. Zdaniem twórców Zielonej Księgi na terenie Unii Europejskiej występuje około 50 tysięcy spraw spadkowych z tzw. „elementem obcym”. Analiza

²⁴ Uzasadnienie – Zielona księga – Prawo spadkowe i testamenty {SEC(2005) 270} /* COM/2005/0065.

²⁵ J. Rajski, *Rola doktryny w procesie stopniowej europeizacji prawa prywatnego*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2007, z. 3, s. 601 i n.

²⁶ W. Machała, *Zielona Księga. Prawo spadkowe i testamenty*, „Wiadomości Ośrodka Badań Adwokatury” 2006/21 z dnia 23.03.2006 r.; M.-C. de Lambertye-Autrand, *Quel droit europeen en droit patrimonial de la famille? Le livre sur les succession et les testaments*, „Informations Sociales” 2006, nr 1, s. 84 i n.

tych danych skłoniła Komisję Europejską do wniosku, że przyjęcie ujednoczonych norm kolizyjnych prawa spadkowego jest niezbędne. Rozporządzenie spadkowe jest aktem harmonizującym międzynarodowe prawo spadkowe, które należy rozumieć jako ogół norm rozgraniczających sfery działania różnych państw przez określenie, które z nich należy zastosować²⁷. Podstawowym celem rozporządzenia spadkowego, który był już akcentowany w niniejszym opracowaniu, była harmonizacja reguł kolizyjnych, uproszczenie dziedziczenia transgranicznego poprzez ustalenie prawa, któremu podlegałaby sprawa spadkowa, określenie jurysdykcji sądowej oraz stworzenie instrumentu wspólnotowego zajmującego się uznawaniem dokumentów i aktów pozasądowych. W literaturze określa się je mianem „all inclusive”²⁸. Zgodnie z art. 1 ust. 1 rozporządzenia nr 650/2012 stosuje się je do dziedziczenia majątku po osobach zmarłych. Dotyczy to osób zmarłych w dniu lub po dniu 17 sierpnia 2015 r. Celem rozporządzenia spadkowego określonym w pkt 7 preambuły jest „ułatwienie funkcjonowania rynku wewnętrznego poprzez usuwanie przeszkód w swobodnym przepływie osób, które napotykały obecnie trudności w wykonywaniu przysługujących im praw w zakresie spraw spadkowych mających skutki transgraniczne. Jurysdykcja ogólna państwa członkowskiego określona w rozporządzeniu determinowana jest miejscem zwykłego pobytu spadkodawcy z możliwością korekty wskazania przez klauzulę ściślejszego związku. Łącznik zwykłego miejsca pobytu zmarłego nie tylko wyznacza jurysdykcję sądów państw członkowskich w sprawach spadkowych, ale wskazuje też prawo właściwe dla ogółu takich spraw²⁹. Rozporządzenie opiera się na zasadzie tzw. kolizyjnej jednolitości spadku, co oznacza, że sąd państwa członkowskiego mający jurysdykcję krajową w sprawie spadkowej jest uprawniony do orzekania we wszystkich sprawach spadkowych i co do całego majątku spadkowego, bez względu na to, czy znajduje się w państwie członkowskim forum, innym państwie członkowskim czy nawet w państwie trzecim³⁰. Tym samym spadek podlega prawu merytorycznemu jednego państwa członkowskiego. Zgodnie z zasadą ogólną wyrażoną w art. 21 rozporządzenia „prawem właściwym dla ogółu praw dotyczących spadku jest prawo państwa, w którym zmarły miał miejsce zwykłego pobytu w chwili śmierci”. Art. 22 rozporządzenia stanowi, że „Każdy może dokonać wyboru prawa państwa, którego obywatelstwo posiada w chwili dokonywania wyboru lub w chwili śmierci”. Rozporządzenie zmierza do ujednoczenia statutu spadkowego, czyli sytuacji, w której do wskazania prawa właściwego dla sprawy spadkowej dochodzi za pomocą jednego łącznika, w tym wypadku miejsca zwykłego pobytu zmarłego

²⁷ K. Przybyłowski, *Prawo prywatne międzynarodowe*, Księgarnia Gubrynowicza i Syna, Lwów 1935, s. 2.

²⁸ J. Harris, *The proposed EU Regulation on Succession and Wills: Prospectus and Challenges*, „Trolley's Trust Law International” 2008, s. 188.

²⁹ M. Załucki, *Unijne rozporządzenie spadkowe Nr 650/2012*, C. H. Beck, Warszawa 2015, s. 73.

³⁰ K. Weitz, *Jurysdykcja krajowa w sprawach spadkowych w świetle rozporządzenia spadkowego*, Wydawnictwo Prawo i Praktyka Gospodarcza, Warszawa 2005, s. 46.

w chwili śmierci. Przed wejściem rozporządzenia w życie w porządkach krajowych państw członkowskich właściwość prawa spadkowego determinowana była różnymi łącznikami: łącznikami podmiotowymi – obywatelstwem, miejscem zamieszkania czy zwykłego pobytu, oraz łącznikiem przedmiotowym – miejscem położenia rzeczy. Prowadziło to do tego, że postępowanie spadkowe po jednym spadkodawcy mogło toczyć się w różnych państwach – państwie obywatelstwa zmarłego, miejsca ostatniego zamieszkania zmarłego czy też w państwie położenia nieruchomości zmarłego. Obecna regulacja unijna wprowadza jeden łącznik – miejsca zwykłego pobytu zmarłego, determinujący zarówno jurysdykcję krajową, jak i prawo właściwe dla rozpoznania sprawy spadkowej. Rozporządzenie reguluje również zagadnienia dotyczące uznawania, wykonalności i wykonywania orzeczeń wydawanych w państwach członkowskich, stanowiąc, że orzeczenie wydane w państwie członkowskim jest uznawane w innych państwach członkowskich bez potrzeby prowadzenia specjalnego postępowania. Tzw. rozszerzona skuteczność orzeczenia podlegającego uznaniu polega na rozciągnięciu skuteczności orzeczenia wydanego w jednym państwie członkowskim, w tym samym czasie, na terytorium państwa uznającego orzeczenie³¹. Elementem harmonizującym prawo spadkowe jest również wprowadzona przez rozporządzenie instytucja europejskiego poświadczenia dziedziczenia, które stanowi dokument, jednolity dla państw członkowskich, przeznaczony zgodnie z art. 63 rozporządzenia do „wykorzystania przez spadkobierców, zapisobierców mających bezpośrednie prawa do spadku oraz wykonawców testamentów lub zarządców spadku, którzy potrzebują wykazać w innym państwie członkowskim swój status lub wykonywać, odpowiednio, swoje prawa jako spadkobiercy lub zapisobiercy, lub swoje uprawnienia jako wykonawcy testamentów lub zarządcy spadku”.

Reasumując, rozporządzenie 650/2012, będące unifikacją reguł kolizyjnych w prawie spadkowym, wychodzi naprzeciw kolizji praw właściwych dla jednej sprawy spadkowej, stanowiąc ważny element zarówno europejskiego prawa postępowania cywilnego, jak i europejskiego prawa prywatnego międzynarodowego³². Odpowiedź na pytanie, czy rozporządzenie spadkowe spełniło oczekiwania i poprzez ujednoczenie norm kolizyjnych jest kolejnym krokiem w kierunku harmonizacji merytorycznego prawa spadkowego pokaże w przyszłości praktyka, pozostaje więc obserwować wprowadzone zmiany oraz pracować nad wykształceniem wspólnej idei, która określi całokształt międzynarodowego prawa spadkowego na płaszczyźnie proceduralnej, kolizyjnej oraz stworzy płaszczyznę do dalszej unifikacji prawa spadkowego.

³¹ T. Ereciński, *Uznanie orzeczeń sądów państw obcych lub rozstrzygnięć innych organów państw obcych*, (art. 1145–1149¹), [w:] Ereciński T. (red.) *Kodeks postępowania cywilnego*, t. V, LexisNexis, Warszawa 2007, s. 542.

³² A. Makowiec, *W kierunku harmonizacji prawa spadkowego w Unii Europejskiej – Rozporządzenie (UE) Nr 650/2012 z 4 lipca 2012 r.*, „Roczniki Administracji i Prawa” 2013, nr 13.

4. Sprawa dotycząca spadku w rozumieniu rozporządzenia 650/2012

Zgodnie z rozporządzeniem nr 650/2012 przez ogół spraw dotyczących spadku należy rozumieć wszystkie kwestie dotyczące majątku spadkowego, bez względu na charakter jego składników i niezależnie od tego, czy te składniki znajdują się w innym państwie członkowskim, czy w państwie trzecim (pkt 37 preambuły). Należy zwrócić uwagę, że sprawa spadkowa w rozumieniu rozporządzenia spadkowego koncentruje się, zgodnie z definicją, na kwestiach dotyczących majątku spadkowego, co niejako odbiega od ogólnej definicji sprawy spadkowej, która reguluje wszelkie skutki cywilnoprawne, nie tylko majątkowe, związane ze śmiercią spadkodawcy.

Z drugiej jednak strony rozporządzenie ma w założeniu obejmować wszystkie cywilnoprawne aspekty dziedziczenia majątku po osobie zmarłej, to jest wszystkie formy przejścia składników majątku, praw i obowiązków na skutek śmierci czy to na podstawie dobrowolnego rozrządzenia na wypadek śmierci, czy to na drodze dziedziczenia ustawowego. Rozporządzenie miało w założeniu regulować kolizję pomiędzy zastosowaniem praw spadkowych poszczególnych państw członkowskich. W tym względzie zasadne jest ustalenie, czy sprawa spadkowa w rozumieniu prawa krajowego równa się sprawie spadkowej w rozumieniu prawa UE, czy mamy do czynienia z jedną sprawą spadkową w rozumieniu prawa UE, czy może każde państwo członkowskie ma swoje regulacje spadkowe, a rozporządzenie spadkowe rozstrzyga tylko kolizję pomiędzy prawami spadkowymi poszczególnych państw UE.

Problem sprawy spadkowej w prawie UE charakteryzuje elementy kolizyjne, wskazując na właściwe prawo oraz jurysdykcję sądową, które należy zastosować w sprawie spadkowej. Sprawa spadkowa w prawie UE jest zagadnieniem obejmującym nie tylko instytucje krajowego prawa spadkowego w poszczególnych państwach UE, ale również rozwiązania, które stanowią, co uczynić w sytuacji, gdy dojdzie do kolizji tych praw. W rozporządzeniu nr 650/2012 dla określenia jego zasięgu przedmiotowego posłużono się zwrotem „ogółu spraw spadkowych”. Pojęcie „ogółu spraw spadkowych” pojawia się w rozporządzeniu spadkowym w przepisach dotyczących jurysdykcji w sprawach spadkowych, a to w art. 4 („Sądy państwa członkowskiego, w którym zmarły miał swoje miejsce zwykłego pobytu w chwili śmierci, mają jurysdykcję do orzekania co do ogółu spraw dotyczących spadku”) oraz w przepisach regulujących właściwość prawa, a to w art. 21–23 rozporządzenia spadkowego (art. 22 ust. 1 „[...] prawem właściwym dla ogółu spraw dotyczących spadku jest prawo państwa, w którym zmarły miał miejsce zwykłego pobytu w chwili śmierci”).

Co istotne, rozporządzenie spadkowe w art. 3 nie definiuje, co należy rozumieć przez pojęcie „ogółu spraw dotyczących spadku”, natomiast art. 3 ust. 1 pkt a zawiera definicję „dziedziczenia”, które oznacza dziedziczenie majątku po osobie zmarłej i obej-

muje wszystkie formy przejścia składników majątku, praw i obowiązków na skutek śmierci, czy to na podstawie dobrowolnego rozrządzenia na wypadek śmierci, czy to na drodze dziedziczenia ustawowego. W wersji angielskiej ogół spraw dotyczących spadku to *the succession*, w wersji francuskiej *une succesion*, które to pojęcia występują następnie w art. 21–23 rozporządzenia. W tym względzie przez ogół spraw dotyczących spadku należy rozumieć sprawy dotyczące dziedziczenia, które zostało zdefiniowane w art. 3 rozporządzenia. Za taką interpretacją pojęcia „ogółu spraw dotyczących spadku” przemawia również art. 1 ust. 1 rozporządzenia nr 650/2012, który jednoznacznie wskazuje, że stosuje się je do dziedziczenia majątku po osobach zmarłych, a nie do ogółu spraw dotyczących spadku. Jednocześnie pkt 37 preambuły rozporządzenia spadkowego posługuje się pojęciem ogółu spraw spadkowych, które należy rozumieć jako „wszystkie kwestie dotyczące majątku spadkowego, bez względu na charakter jego składników i niezależnie od tego, czy te składniki znajdują się w innym państwie członkowskim, czy w państwie trzecim”. Można zatem przyjąć tożsamość pojęć „ogółu spraw dotyczących spadku” i dziedziczenia.

Stosowanie rozporządzenia do dziedziczenia majątku po osobach zmarłych nie oznacza jednak, że rozporządzenie jest aktem ujednocającym materialne prawo spadkowe w krajach, które przyjęły rozporządzenia spadkowe. Rozporządzenie nr 650/2012 nie definiuje sprawy spadkowej w znaczeniu materialnoprawnym, ale dotyka przede wszystkim elementów kolizyjnych dotyczących dziedziczenia przez osoby fizyczne, zamieszkałe na terytorium Unii Europejskiej oraz w państwach trzecich. Dlatego traktuje o takich kluczowych dla ujednoczenia europejskiego prawa spadkowego sprawach jak określenie jurysdykcji, prawa właściwego, uznawania, wykonalności i wykonywania orzeczeń oraz wprowadza dokument spadkowy zwany europejskim poświadczeniem spadkowym. O tym, że zamiarem ustawodawcy unijnego było przede wszystkim określenie jurysdykcji, prawa właściwego, uznawania, wykonalności i wykonywania orzeczeń oraz ujednoczenie dokumentów w sprawach spadkowych, przemawiają wprowadzone w rozporządzeniu wyłączenia spraw, do których rozporządzenie nie znajduje zastosowania. Ustawodawca unijny wskazuje konkretny katalog spraw, które zostały wyłączone z zakresu zastosowania rozporządzenia.

Z zakresu działania rozporządzenia zostały wyłączone: sprawy podatkowe, celne i administracyjne (zgodnie z art. 1 ust. 1 zd. 2 rozporządzenia), co powoduje, że kwestie ewentualnego naliczania i płacenia podatków związane ze spadkobranie są regulowane przez porządki krajowe poszczególnych państw. Rozporządzenie nie dotyczy katalogu spraw szczegółowo wymienionych w art. 1 ust. 2 rozporządzenia, czyli spraw dotyczących stanu cywilnego i stosunków rodzinnych, pozostawiając ustawodawcy krajowemu między innymi ustalenie uprawnień prawnospadkowych osób pozostających we współ-

nym pożyciu, w tym w związkach partnerskich, z uwagi na zróżnicowania prawne dotyczące ustalenia kręgu spadkobierców w państwach członkowskich; zdolności prawnej oraz zdolności do czynności prawnych, co wynika z braku ujednoczonej unijnej reguły kolizyjnoprawnej. Wskazane wyłączenie nie dotyczy jednak zdolności do dziedziczenia, które podlega prawu ustalonemu w art. 21 i 22 rozporządzenia spadkowego.

Rozporządzenie nie odnosi się do kwestii dotyczących:

- 1) zaginięcia, nieobecności bądź uznania za zmarłą osoby fizycznej;
- 2) małżeńskich ustrojów majątkowych;
- 3) zobowiązań alimentacyjnych innych niż te, które powstały wskutek śmierci;
- 4) ważności formalnej ustnych rozporządzeń na wypadek śmierci (należy podnieść, że instytucja tego typu rozporządzeń nie występuje we wszystkich państwach członkowskich, względnie jako nadzwyczajna forma rozporządzenia na wypadek śmierci może nie podlegać w danym państwie uznaniu. Ustawodawca unijny wyłącza z zakresu obowiązywania rozporządzenia również sprawy dotyczące praw i dóbr powstałych lub przenoszonych inaczej niż w drodze dziedziczenia, na przykład w drodze darowizn, współwłasności z zastrzeżeniem przejścia prawa na pozostającego przy życiu współwłaściciela, funduszy emerytalnych, umów ubezpieczenia oraz umów o podobnym charakterze, z zastrzeżeniem art. 23 ust. 2 lit. i);
- 5) spraw z zakresu właściwego dla prawa spółek i innych podmiotów posiadających osobowość prawną lub jej nieposiadających, takich jak:
 - postanowienia aktów założycielskich i statutów spółek i innych podmiotów posiadających osobowość prawną lub jej nieposiadających, które określają los udziałów po śmierci członków;
- 6) rozwiązania, ustania i łączenia spółek i innych podmiotów posiadających osobowość prawną lub jej nieposiadających;
- 7) tworzenia, rozwiązywania trustów oraz zarządzania nimi;
- 8) charakteru praw rzeczowych oraz wszelkich wpisów do rejestru praw do nieruchomości lub rzeczy ruchomych, łącznie z wymogami prawnymi dotyczącymi takich wpisów, oraz skutki wpisu lub braku wpisu takich praw do rejestru.

Wobec wskazanego katalogu na szczególną uwagę zasługuje kwestia wyłączenia z zakresu działania rozporządzenia praw i obowiązków powstających lub przenoszonych na drodze innej niż dziedziczenie, albowiem za zasadnością wyłączenia tej kategorii spraw przemawiają odmienności oraz różne pojmowanie tych instytucji przez prawo krajowe państw członkowskich. Dodatkowo, ustawodawca unijny wskazuje, że rozporządzenie nie ma wpływu na prawa rzeczowe w państwach członkowskich, ale jednocześnie wobec dziedziczenia praw przez spadkobiercę w innym państwie członkowskim wskazuje na możliwość dostosowania nieznanego prawa rzeczowego do najbliższego odpowied-

nika tego prawa rzeczowego, przewidzianego w prawie tego innego państwa członkowskiego. Wobec przedstawionego katalogu spraw wydaje się, że ustawodawca unijny wyłącza z zakresu zastosowania rozporządzenia sprawy, które w sposób odmienny regulowane są przez porządki poszczególnych państw członkowskich, a wobec ich różnorodności i braku ujednoczonych unijnych norm kolizyjnych chce uniknąć dalszych wątpliwości interpretacyjnych wynikających z zastosowania przepisów krajowych. Sposób wymienienia spraw podlegających wyłączeniu sugeruje, że jest to katalog zamknięty.

Reasumując, o ile rozporządzenie spadkowe zawiera definicję dziedziczenia, które pokrywa się z pojęciem „ogółu spraw dotyczących spadku” i dotyczy przeniesienia praw majątkowych na wypadek śmierci, to celem rozporządzenia nie jest ujednoczenie norm merytorycznego prawa spadkowego, ale wprowadzenie norm kolizyjnoprawnych związanych z jasnym określeniem jurysdykcji sądowej, prawa właściwego, ujednoczeniem dokumentów spadkowych czy kwestią uznawania i wykonalności orzeczeń spadkowych. Świadczą o tym nie tylko jasno określone w rozporządzeniu cele, zakres przedmiotowy rozporządzenia, ale również katalog spraw wyłączonych z jego zastosowania, który szereguje kwestie prawnospadkowych pozostawia do rozstrzygnięcia poszczególnym porządkom krajowym państw członkowskich.

5. Podsumowanie

Rozporządzenie spadkowe ma zasięg ogólny, wiąże w całości i jest bezpośrednio stosowane we wszystkich państwach członkowskich (z wyłączeniem Zjednoczonego Królestwa i Irlandii oraz Danii). Niewątpliwie rozporządzenie spadkowe jest kolejnym krokiem w kierunku ujednoczenia prawa spadkowego w Europie, rozstrzyga bowiem istotny problem dziedziczenia transgranicznego, określając wprost jurysdykcję sądową oraz prawo właściwe, oparte na jednolitym łączniku miejsca zwykłego pobytu spadkodawcy w chwili śmierci. Rozporządzenie wychodzi naprzeciw trudnościom, z jakimi stykali się mieszkańcy państw członkowskich w związku z realizacją swoich praw spadkowych. Do czasu wejścia w życie rozporządzenia, w związku z różnorodnością unormowań w prawie spadkowym państw członkowskich, rozstrzygnięcie o uprawnieniach prawnospadkowych mogło być różne w zależności od tego, jakiego państwa zostało zastosowane prawo.

Rozporządzenie zaczęło być stosowane w państwach członkowskich, w tym w Polsce, począwszy od dnia 17 sierpnia 2015 r., co spowodowało konieczność wprowadzenia zmian ustawodawczych, mających na celu dostosowanie krajowego porządku prawnego do wymogów rozporządzenia. Dotyczy to chociażby dokumentowania nabywania praw do spadku w związku z wprowadzonym europejskim poświadczeniem spadkowym. Poza

katalogiem spraw wyłączonych z zakresu obowiązywania rozporządzenia i pozostawionych do rozstrzygnięcia prawa krajowego, rozporządzenie w niektórych aspektach pozostawia zakres swobody państwom członkowskim, jak na przykład w określeniu organów wykonujących funkcje sądownicze (art. 2, art. 64 zd. 2 lit. b rozporządzenia).

Istotne jest ustalenie, czy sprawa spadkowa w rozumieniu prawa krajowego w państwie UE równa się sprawie spadkowej w rozumieniu prawa UE, czy mamy do czynienia z jedną sprawą spadkową w rozumieniu prawa UE, czy może każde państwo członkowskie ma swoją definicję sprawy spadkowej, a rozporządzenie spadkowe rozstrzyga tylko kolizję pomiędzy prawami spadkowymi poszczególnych państw. Wydaje się, że w kontekście podniesionych twierdzeń rozporządzenie spadkowe rozstrzyga tylko kolizję pomiędzy prawami spadkowymi poszczególnych państw, w tym koncentruje się na problemie dziedziczenia transgranicznego. Nie należy jednak z tego względu umniejszać jego znaczenia, albowiem stworzenie jednolitych reguł kolizyjnych stanowi kolejny krok w kierunku harmonizacji prawa spadkowego w Europie.

W mojej ocenie, ustawodawca unijny celowo posługuje się otwartą i ogólną definicją „ogółu spraw spadkowych” czy dziedziczenia, rozumianego jako dziedziczenie majątku na wypadek śmierci. Wprowadzenie wąskiego zakresu pojęć dotyczących prawa spadkowego w rozporządzeniu byłoby, w mojej ocenie, niemożliwie z uwagi na rozbieżności dotyczące uprawnień prawnospadkowych występujące w prawach spadkowych poszczególnych państw europejskich. Uważam, że rozporządzenie spadkowe tworzy instrument bazowy do rozstrzygania spraw spadkowych z elementem transgranicznym, jednak nie rozstrzyga wszelkich wątpliwości związanych z kolizją praw spadkowych poszczególnych państw. Wydaje się, że jeżeli jedynym celem rozporządzenia było ujednoczenie łącznika decydującego o jurysdykcji sądowej i prawie właściwym dla sprawy spadkowej oraz stworzenie jednolitego instrumentu spadkowego, jakim stało się europejskie poświadczenie spadkowe, to cel ten został osiągnięty.

Bibliografia

Akty prawne

- Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 650/2012 z dnia 4 lipca 2012 r. w sprawie jurysdykcji, prawa właściwego, uznawania i wykonania orzeczeń, przyjmowania i wykonywania dokumentów urzędowych dotyczących dziedziczenia oraz w sprawie ustanowienia europejskiego poświadczenia spadkowego (Dz. Urz. UE L 201/107 z 27.07.2012 r.). Kodeks cywilny niemiecki – Bürgerliches Gesetzbuch, treść kodeksu dostępna na stronie internetowej: <http://gesetze-im-internet.de/>
- Kodeks cywilny francuski – Code Civil, treść kodeksu dostępna na stronie internetowej: <http://www.droit.org/>
- Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 1964 r. Nr 16, poz. 93).

- Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975, dostępny na stronie internetowej: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1975/63>
- Administration of Estates Act 1925, dostępny na stronie internetowej: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo5/15-16/23/contents>
- Ustawa o partnerstwie zarejestrowanym z dnia 16 lutego 2001 r. (Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft (Lebenspartnerschaftsgesetz – LpartG), dostępna na stronie internetowej: <http://www.gesetze-im-internet.de/lpartg/BJNR026610001.html>
- Konwencja waszyngtońska z dnia 26 października 1973 r. w sprawie jednolitego prawa dotyczącego formy testamentu międzynarodowego, HCCH Hague Conference on private international law, Collection of Conventions (1951–2009).
- Konwencja dotycząca kolizji praw w przedmiocie formy rozporządzeń testamentowych, sporządzona w Hadze dnia 5 października 1961 r. (Dz. U. z 1969 r. Nr 34, poz. 284), HCCH Hague Conference on private international law, Collection of Conventions (1951–2009).
- Konwencja o międzynarodowym zarządzaniu spadkami zawarta w dniu 2 października 1973 r., HCCH Hague Conference on private international law, Collection of Conventions (1951–2009).
- Konwencja o prawie właściwym dla trustów i ich uznawania zawarta w dniu 1 lipca 1985 r., HCCH Hague Conference on private international law, Collection of Conventions (1951–2009).
- Konwencja o prawie właściwym dla dziedziczenia zawarta w dniu 1 sierpnia 1989 r., HCCH Hague Conference on private international law, Collection of Conventions (1951–2009).
- Konwencja UNIDROIT o formie testamentu międzynarodowego zawarta w dniu 26 października 1973 r., HCCH Hague Conference on private international law, Collection of Conventions (1951–2009).
- Konwencja bazylejska dotycząca ustanowienia systemu rejestracji testamentów z dnia 16 maja 1972 r., Council of Europe, European Treaty Series, No-77.

Inne źródła

- Haski Program Rady Europejskiej z 2005 r. (Dz. Urz. UE C 53/1 z 3.03.2005 r.).
- Zielona Księga dotycząca dziedziczenia ustawowego i testamentów (COM (2005)65 z dnia 1.03.2005 r.).
- Uzasadnienie – Zielona księga – Prawo spadkowe i testamenty {SEC(2005) 270} /* COM/2005/0065.

Literatura

- Dörner H., Lagarde P., *Raport DNOTI, Les Successions Internationales The European Union Perspectives for a Harmonisation*, www.successions.org, [dostęp: 4.09.2017].
- Ereciński T., *Uznanie orzeczeń sądów państw obcych lub rozstrzygnięć innych organów państw obcych (art. 1145–1149¹)*, [w:] Ereciński T. (red.) *Kodeks postępowania cywilnego*, t. V, LexisNexis, Warszawa 2007.
- Harris J., *The proposed EU Regulation on Succession and Wills: Prospectus and Challenges*, „Trolley’s Trust Law International” 2008.
- Lambertye-Autrard M.-C. de, *Quel droit europeen en droit patrimonial de la famille? Le livre sur les succession et les testaments*, “Informations Sociales” 2006, nr 1, s. 84.
- Machała W., *Zielona Księga. Prawo spadkowe i testamenty*, „Wiadomości Ośrodka Badań Adwokatury” 2006/21 z dnia 23.03.2006 r.
- Makowiec A., *W kierunku harmonizacji prawa spadkowego w Unii Europejskiej – Rozporządzenie (UE) Nr 650/2012 z 4 lipca 2012 r.*, „Roczniki Administracji i Prawa” 2013, nr 13.

- Niezbecka E., *Prawo spadkowe w zarysie*, Wydawnictwo VERBA, Lublin 1998.
- Osajda K., *Ustanowienie spadkobiercy w testamencie w systemie common law i civil law*, C.H. Beck, Warszawa 2009.
- Przybyłowski K., *Prawo prywatne międzynarodowe*, Księgarnia Gubrynowicza i Syna, Lwów 1935.
- Rajski J., *Rola doktryny w procesie stopniowej europeizacji prawa prywatnego*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2007, z. 3.
- Weitz K., *Jurysdykcja krajowa w sprawach spadkowych w świetle rozporządzenia spadkowego*, Wydawnictwo Prawo i Praktyka Gospodarcza, Warszawa 2015.
- Załucki M., *Unijne rozporządzenie spadkowe Nr 650/2012*, C.H.Beck Warszawa 2015.

**Prawo publiczne:
zagadnienia prawa karnego
materialnego i procesowego
oraz prawa administracyjnego**

Tomasz Tyburcy

Absolwent Studiów Doktoranckich na WPIA Uniwersytetu Warszawskiego

Cel przywłaszczenia jako subiektywny element bezprawia przestępstwa kradzieży

The purpose of misappropriation as a subjective element
of the lawlessness of theft

Streszczenie

Istotą strony podmiotowej kradzieży jest cel przywłaszczenia. Jest to przestępstwo kierunkowe (celowe). Brak zamiaru przywłaszczenia dekompletuje istotę czynu kradzieży, ale nie wyłącza jej bezprawności lub winy. Konieczną przesłanką kradzieży jest działanie z zamiarem trwałego pozbawienia właściciela możliwości dysponowania mieniem. Nie ma zamiaru przywłaszczenia sprawca, który działa w celu „krótkotrwałego użycia” rzeczy. Można wyróżnić dwie teorie przywłaszczenia. Pierwsza z nich to teoria wartości rzeczy (*Sachwerttheorie*), zgodnie z którą za przywłaszczenie uznaje się przeniesienie rzeczy z majątku jednego podmiotu i gospodarcze włączenie go do majątku sprawcy. Istotne jest więc gospodarcze, a nie prawne włączenie mienia do majątku sprawcy. Natomiast teoria substancji (*Substanztheorie*) pojmuje „cel przywłaszczenia” jako zachowanie polegające na trwałym zabraniu pokrzywdzonemu rzeczy jako przedmiotu materialnego (substancji), a nie jej wartości, i wykonywanie w stosunku do niej uprawnień właścicielskich.

Słowa kluczowe

kradzież, przywłaszczenie, cel przywłaszczenia, przestępstwa kierunkowe (celowe), krótkotrwałe użycie.

Abstract

The essence of the subjective side of the crime of theft is the purpose of misappropriation; which is categorized as a directional crime (deliberate). Absence of intention to misappropriate the property defies the essence of the act of theft, but does not eliminate its illegality or guilt. The necessary constituent element of theft is acting with the intent to permanently deprive the owner of the power of disposal over his or her property. The perpetrator who acts with the intention of „short-term usage” of property has therefore no intention of misappropriating it. There are two theories of misappropriation; the first is the theory of the value of things (*Sachwerttheorie*), according to which the misappropriation consists of the transfer of assets from one entity and economic inclusion of those assets into the property of the perpetrator. It is therefore economic and not legal inclusion of the property into the property of the perpetrator that is important. In contrast, the theory of the substance (*Substanztheorie*) understands „the purpose of appropriation” as a kind of behavior involving permanent taking away the victim’s property as a physical object (substance), not including its value, and exercising ownership rights over it.

Keywords

theft, embezzlement, misappropriation goal, crimes directional (intentional), short-term use.

1. Wprowadzenie

Rozważania w tej kwestii należy rozpocząć od zaaprobowania powszechnie przyjmowanej koncepcji *Leitbildtatbestand* o rozdzielnosci istoty czynu (*Tatbestand*) od bezprawności w strukturze przestępstwa¹. Odrzucić należy tezę tzw. negatywnych znamion przestępstwa², której istotą jest to, że kontratyp powoduje już wyłączenie spełnienia znamion istoty czynu, a nie dopiero wyłączenie jego bezprawności.

Drugim koniecznym założeniem jest przyjęcie tezy o tzw. subiektywnych elementach bezprawia³ (istoty czynu). W przypadku kradzieży takim elementem jest działanie „w celu przywłaszczenia”. Wskazuje się w literaturze, że zachodzi wtedy zjawisko szczególnego powiązania strony przedmiotowej z podmiotową (inkongruencja)⁴. W. Wolter podkreśla, że istota przestępstw kierunkowych powoduje, że podmiotowe nastawienie sprawcy należy rozpatrywać na płaszczyźnie bezprawia kryminalnego oraz winy⁵. Podkreśla on, że analitycznie czyste rozgraniczenie strony przedmiotowej i podmiotowej jest niemożliwe⁶. Przyjęcie koncepcji subiektywnych elementów bezprawia w przypadku kradzieży w kwestii istnienia znamienia „celu przywłaszczenia” jako istoty czynu jest zbieżne z finalizmem, jednak o jego przyjęciu nie przesądza (elementy te mogą być rozpatrywane także na płaszczyźnie winy na gruncie kompleksowej teorii winy).

Główna problematyka poruszona w niniejszym artykule to swoistość przestępstwa celowościowego (kradzieży) na tle innych przestępstw umyślnych, które nie mają charakteru celowościowego. Przedstawiono w nim dwie teorie przywłaszczenia (wartości rzeczy oraz substancji) oraz dwa sposoby rozumienia „działania w celu przywłaszczenia”, z którymi wiąże się odpowiedź na pytanie, czy przywłaszczenie następuje już w czasie dokonania kradzieży. Analizie poddano okoliczności, do których sprawca dąży, potwierdzające działanie w celu przywłaszczenia (aspekty przywłaszczenia). Konieczne jest badanie celowości działania w stosunku do każdego przedmiotu, który zostaje zabrany. Główną tezę artykułu jest to, że kradzież nie może występować jako tzw. przestępstwo nieuchronne stanowiące konieczne następstwo celu, do którego dąży sprawca. Nawet jeżeli sprawca dopuszcza możliwość, że w portfelu, który kradnie, znajduje się

¹ E. Beling, *Die Lehre von Verbrechen*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1906, s. 22 i n. Koncepcja ta została rozwinięta przez H. Welzla w *Das deutsche Strafrecht*, De Gruyter Lehrbuch, Berlin 1965.

² Jej zwolennikami byli W. Wolter (*Funkcja błędu w prawie karnym*, PWN, Warszawa 1965, s. 17 i n.) oraz M. Mąciór (*Negatywne znamiona istoty czynu*, „Państwo i Prawo” 1964, nr 5–6, s. 854 i n), który akceptuje także finalne ujęcie czynu.

³ Szerzej na temat pojęcia bezprawności i bezprawia zob. Z. Jędrzejewski, *Bezprawność jako element przestępczości czynu*, Wolters Kluwer Warszawa 2009, s. 60 i n.

⁴ J. Wojciechowski, *Pojęcie „celu przywłaszczenia” jako elementu kradzieży*, „Annales UMCS, Sectio G”, vol. XVIII (1971), s. 258.

⁵ W. Wolter, *Funkcja...*, s. 42 i n.

⁶ *Ibidem*, s. 42.

karta bankomatowa lub dowód osobisty (świadomość niepełna znamienia statycznego)⁷, lecz nie działa w celu ich przywłaszczenia, to wykluczone jest przypisanie odpowiedzialności za czyn stypizowany w art. 275 lub 278 § 5 kodeksu karnego, gdyż przestępstwa te, tak samo jak kradzież z art. 278 § 1 k.k., nie mogą zostać popełnione w zamiarze ewentualnym.

2. Przestępstwa celowościowe w ujęciu dogmatycznym

A. Hegler wyróżniał przestępstwa o „wybiegającej tendencji wewnętrznej”, do których znamion wchodzi cel działania⁸. Do tej grupy należy zaliczyć kradzież. A. Maurach pisze, że cel działania sprawcy „wybiega” poza zachowanie zewnętrzne i jest to *überschiessende Innentendenz* w przeciwieństwie do zamiaru (*Vorsatz*) odnoszącego się do znamion „zestawu przestępstwa”. W literaturze niemieckiej odróżnia się pojęcie *Absicht* od terminu *Vorsatz*. Wskazuje się, że *Absicht* to działanie wpływające z dążenia sprawcy do osiągnięcia skutku jako *End und Zwischenend*, który nie należy do zewnętrznego stanu faktycznego przestępstwa. *Vorsatz* jest natomiast tylko wewnętrznym odzwierciedleniem okoliczności istniejących w świecie zewnętrznym. Wyraża się on oraz wyczerpuje w przestępnym działaniu jako *Wissen und Wollen*. *Absicht* stanowi dążenie do osiągnięcia przyszłego stanu (*Zustand*) lub zdarzenia (*Vorgang*), ukształtowanego uprzednio w świadomości sprawcy. Owo dążenie (*Streben*) odróżnia się od życzenia (*Wünschen*) rozciągającego się na przyszłość. *Streben*, stosownie do wyobrażonego przyszłego skutku, wywołuje zachowanie się skierowane na ten skutek⁹.

Natomiast E. Mezger, wyróżniając przestępstwa „zamiarowe” (czynność sprawcy jest znamieną celem), dzielił je na dwie grupy. W pierwszej z nich sprawca traktuje swój czyn jako środek do osiągnięcia zamierzonego celu (skutek jest celem). Druga grupa zawiera przestępstwa, w których sprawca traktuje swój czyn jako podstawę do wykonania dalszej czynności (inne działanie niż skutek jest celem)¹⁰. Przestępstwo kradzieży znajduje się w pierwszej grupie. Sprawca traktuje zabór jako środek do osiągnię-

⁷ Świadomość niepełna znamienia statycznego może występować zarówno przy zamiarze bezpośrednim, jak i ewentualnym. O przyjęciu zamiaru bezpośredniego lub ewentualnego rozstrzyga stosunek woli do całego czynu. Świadomości niepełnej znamienia statycznego nie wolno mylić z godzeniem się na realizację takiego znamienia, które nie może mieć miejsca. Sprawca nie może np. chcieć, żeby rzecz była cudza lub miała określoną wartość. Może być tylko tego świadomy. Zamiar ewentualny można odnosić jedynie do całości czynu. Poszczególne znamiona statyczne można rozpatrywać wyłącznie w kontekście świadomości ich realizacji, a nie woli.

⁸ A. Hegler, *Die Merkmale des Verbrechens*, „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft” 1915, s. 17 i n.

⁹ R. Maurach, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, C. F. Muller, Karlsruhe 1958, s. 204 i n.

¹⁰ E. Mezger, *Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände*, in *Festschrift für L. Traeger*, Universitätsverlag, Berlin 1926, s. 16 i n.

cia celu, którym jest przywłaszczenie przedmiotu czynności wykonawczej. A Hegler wyróżniał wśród przestępstw o „wybiegającej tendencji wewnętrznej” przestępstwa zamiarowo-skutkowe oraz zamiarowo-czynnościowe¹¹, co stanowi nawiązanie do zaprezentowanego podziału A. Mezgera. Jak podaje S. Frankowski, do podziału E. Mezgera nawiązywali także R. Sieverts oraz E. Wolf¹².

H. v. Weber dzielił znamiona czasownikowe na kauzalne i finalne. Pierwsze z nich określają zachowanie, które jest przyczynowe w odniesieniu do skutku istotnego prawnokarnie (opis ustawowy odnosi się tylko do elementów obiektywnych). Czasownikowe znamiona finalne charakteryzują natomiast zachowanie ukierunkowane na osiągnięcie określonego skutku, a więc charakteryzują zewnętrzne zachowanie się sprawcy w odniesieniu do celu, do którego dąży. Istotny jest więc nie tyle sam skutek, co nastawienie woli ukierunkowane na jego osiągnięcie¹³. Zabór w celu przywłaszczenia jest więc finalnym znamieniem czasownikowym zgodnie z podziałem H. v. Webera. W doktrynie francuskiej pojęciu *Absicht* odpowiada zamiar superspecjalny (*vers un but tout spécial*) rozumiany jako motor działania (pobudka)¹⁴. K. Daszkiewicz wskazuje, że „zamiar sprawcy stanowiący *conditio sine qua non* przestępstwa umyślnego, jest zawsze zamiarem przestępnym, natomiast cel, który sprawca wybiera, może, ale nie musi być celem przestępnym”¹⁵. Zdaniem R. Mauracha przy kradzieży następuje subiektywizacja zakresu obiektywnego zdarzenia. Kierunkowe nastawienie sprawcy zostaje niejako wciągnięte do obiektywnej części „zestawu”. Wymaganie strony subiektywnej zostaje utrzymane na płaszczyźnie zamiaru dotyczącego przywłaszczenia (*Zueignungsvorsatz*). Przywłaszczenie jest motywem zaboru¹⁶.

Dolus coloratus jest odmianą zamiaru bezpośredniego. W judykaturze trafnie wskazuje się, że „objęcie wolą, a więc zamiarem bezpośrednim, określonych, koniecznych następstw czynu przestępnego, nie upoważnia jeszcze do przyjęcia, że sprawca w tym właśnie celu podjął działanie”¹⁷. Sprawca kradzieży musi działać w celu przywłaszczenia mienia. „Działanie zaś w określonym celu wymaga zamiaru nie tylko bezpośredniego, lecz zamiaru o szczególnym zabarwieniu, nastawionym przede wszystkim na osiągnięcie

¹¹ A. Hegler, *Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente im Rahmen des allgemeinen Verbrechensbegriffs*, Frank-Festgabe Bd. I, Tübingen 1930, s. 251 i n.

¹² A. Frankowski, *Przestępstwa kierunkowe w teorii i praktyce*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1970, s. 17.

¹³ H. v. Weber, *Zum Aufbau des Strafrechtssystems*, Jena 1935, s. 8, [za:] S. Frankowski, *op. cit.*, s. 18.

¹⁴ R. Garraud, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, Paris 1922, s. 542, [za:] S. Frankowski, *op. cit.*, s. 22. Szerzej na temat *dolus coloratus* w literaturze francuskiej i włoskiej zob. powołaną przez J. Wojciechowskiego (*op. cit.*, s. 256) zagraniczną literaturę.

¹⁵ K. Daszkiewicz, *Przestępstwo z premedytacją*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1968, s. 156. Pojęcie „zamiaru przestępnego” użyte przez powołaną autorkę należy rozumieć jako pewien skór myślowy, gdyż sam zamiar nie może być rozpatrywany w kontekście bezprawności lub przestępczości.

¹⁶ R. Maurach, *op. cit.*, s. 195.

¹⁷ Wyrok SN z dnia 16 czerwca 1978 r., IV KR 83/78, LEX nr 21771.

tego właśnie celu. Musi to być zatem zamiar dominujący, a nie uboczny, determinujący działanie sprawcy, decydujący o podjęciu działania w ogóle, a nie towarzyszący innemu zamiarowi przestępnemu¹⁸. Przestępstwo kradzieży wymaga ustalenia świadomości sprawcy – stwierdzenia, że nie posiada on żadnych praw do zabranego mienia. Kto zabiera rzecz chociażby w błędnym przekonaniu, że stanowi ono jego własność, nie popełnia kradzieży z powodu braku zamiaru przywłaszczenia cudzego mienia¹⁹. Możliwa jest odpowiedzialność za samowolne, bezprawne używanie rzeczy z art. 127 § 1 kodeksu wykroczeń gdyż czyn ten może być popełniony umyślnie lub nieumyślnie. Zabór nie stanowi znamienia tego wykroczenia. Może on jednak stanowić środek do jego popełnienia, jeżeli sprawca rzeczą nie włada.

J. Giezek trafnie stawia prowokujące do dyskusji pytanie, czy w przypadku umyślnie działającego sprawcy świadomość pewnych okoliczności powinna wiązać się z wolą ich realizacji²⁰. Należy podkreślić, że powołany autor odnosi się głównie do zamiaru bezpośredniego oraz kierunkowego. Wskazuje on, że „wymóg, aby to co zostało uświadomione, było jednocześnie przez działającego chciane, jawi się – gdyby się głębiej nad tym zastanowić – jako wręcz absurdalny. Złodziej – co oczywiste – nie chce, aby rzecz była cudza, tak samo jak nie chce, aby była ruchoma. Zależy mu bowiem przede wszystkim na tym, aby znalazła się ona w jego władaniu i – w najlepszym razie – jest mu obojętne, czy jest cudza, czy może niczyja²¹. Powołany autor, w przeciwieństwie do większości innych, trafnie nie używa więc niefortunnego w tym kontekście sformułowania „godzi się”. Słusznie wskazuje on, że „oczekując od złodzieja, aby chciał, by rzecz była cudza (gdy zazwyczaj zależy mu przecież na czymś wręcz przeciwnym) doprowadzilibyśmy do sytuacji, w której przestępstwa kradzieży prawie nigdy nie udałoby się mu przypisać. Na podobnej zasadzie sprawcy nie zależy na tym, aby zabierana przez niego rzecz kwalifikowana była jako ruchoma. Gdybyśmy wszak na płaszczyźnie jurydycznej uznali – skądinąd wbrew zdrowemu rozsądkowi – że turystyczna przyczepa kempingowa to nieruchomości, to przecież nie przestałaby ona stanowić obiektu pożądanego zamierzającego ją ukraść sprawcy. Jeśli bowiem sprawca chce zabrać jakąś rzecz, to przecież nie ze względu na jej mobilność. Absurdalne byłoby więc oczekiwanie, by sprawca życzył sobie tego, aby zabierana przez niego (a przy tym nadająca się do zabrania) rzecz opisywana była jako ruchomość²². J. Giezek trafnie podkreśla, że zamiar nie obejmuje wszystkiego, co w związku z realizacją znamion typu czynu zabronionego sprawca sobie uświadamia. Powstaje on jedynie na tle tego, co sobie uświadamia. Dlatego też sfera

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ Wyrok SN z dnia 30 stycznia 1946 r., K 379/45, Lex Delta nr 410852.

²⁰ J. Giezek, *Świadomość sprawcy czynu zabronionego*, Wolters Kluwer, Warszawa 2013, s. 210.

²¹ *Ibidem*, s. 210.

²² J. Giezek, *op. cit.*, s. 210–211.

świadomości obejmuje znacznie obszerniejszy zakres okoliczności niż te, których wystąpienia sprawca sobie życzy. Złodziej więc chce zabrać rzecz, mając świadomość, choć wcale tego nie oczekując, aby była ona cudza oraz ruchoma²³. W przypadku kradzieży zamiarem objęta jest realizacja całości czynu stypizowanego w art. 278 § 1 k.k., czyli zabór cudzej rzeczy ruchomej w celu przywłaszczenia. Natomiast każde znamię przedmiotowe musi znaleźć odzwierciedlenie w świadomości sprawcy, gdyż nieświadomość chociażby jednego znamienia wyklucza umyślność. Woli sprawcy do każdego z elementów owej całości zrelacjonować już nie można. Wydaje się więc, że wolę można odnosić wyłącznie do znamienia dynamicznego (zaboru)²⁴. Do znamion statycznych kradzieży należy natomiast relacjonować wyłącznie świadomość. Zdaniem J. Giezka w przypadku czynu umyślnego sfera intelektualna nie pokrywa się w pełni z woluntarywną, gdyż sprawca więcej sobie uświadamia, niż chce.

Sprawca kradzieży musi być świadomy wszystkich znamion typu czynu zabronionego. Moim zdaniem, w praktyce często nie bada się świadomości konkretnego przedmiotu wykonawczego mającego znaczenie dla kwalifikacji. W przypadku kradzieży rzeczy ruchomej w rozumieniu art. 278 § 1 k.k. sprawa jest prosta, gdyż nie musi być ona aż tak skonkretyzowana w świadomości sprawcy, który z reguły chce zabrać wszystko, co da się spieniężyć lub użyć. Sprawa komplikuje się, jeżeli z przedmiotem czynu z art. 278 § 1 k.k. zabierze on także np. przedmiot wykonawczy typu z art. 275 § 1 (np. dokument tożsamości) lub 278 § 5 k.k. (kartę uprawniającą do podjęcia pieniędzy z automatu bankowego). Użycie lub sprzedaż tych przedmiotów jest znacznie utrudniona i obwarowana ryzykiem. Leżą one jakby na innej płaszczyźnie niż przedmiot wykonawczy czynu z art. 278 § 1 k.k. W szczególności jest to widoczne w przedmiocie wykonawczym art. 275 § 1 k.k. Występek ten został stypizowany w innym rozdziale k.k. Dlatego też należy przeanalizować dokładnie stronę podmiotową czynu. W praktyce czyny te automatycznie kwalifikuje się na zasadzie art. 11 § 2 k.k., choć w wielu przypadkach stanowi to obrazę prawa materialnego (brak celowości działania w stosunku do dokumentu tożsamości osoby kradnącej portfel). Sprawca, kradnąc portfel lub torebkę, na pewno dopuszcza możliwość, że znajduje się w niej karta bankomatowa lub dowód osobisty. Czy jednak działa w celu ich przywłaszczenia? Kwestia ta w wielu wypadkach wydaje się wątpliwa. Moim zdaniem, jeżeli zmanifestuje on, że rzeczy tych nie chciał przywłaszczyć, np. poprzez wyrzucenie ich, to wykluczona jest kumulatywna kwalifikacja z art. 275 § 1 lub 278 § 5 k.k. (nie jest spełniona strona podmiotowa tych przepisów). Wydaje się, że sama świadomość możliwości ich bezprawnego zaboru nie wystarczy, jeżeli nie będzie speł-

²³ *Ibidem*, s. 211.

²⁴ Przy innych typach możliwe jest relacjonowanie woli także do znamion statycznych (np. szczególne okrucieństwo).

nione znamię kierunkowe. Nie wystarczy sam zamiar bezpośredni. Kradzież nie może występować jako tzw. przestępstwo nieuchronne stanowiące konieczne następstwo celu, do którego sprawca dąży. Nawet jeżeli sprawca wie, że w torebce znajduje się karta bankomatowa lub dowód osobisty, lecz nie działa w celu ich przywłaszczenia, co może zamaniestować wyrzuceniem tych przedmiotów, to wykluczona jest kumulatywna kwalifikacja z przepisami typizującymi ich kradzież. Doktryna nie analizuje strony podmiotowej kradzieży na podstawie takich przykładów i stąd, jak sądzę, wynikły fatalne skutki w stosowaniu prawa. Wskazuje się jedynie na sytuacje, w których np. sprawca nie wiedział, że wśród zabieranych przedmiotów znajduje się dowód osobisty. Nie można wtedy uznać, że chciał go przywłaszczyć²⁵. Wydaje się, że w ten sposób (*a contrario*) dopuszcza się „kradzież” w zamiarze ewentualnym – godzenie się na zabór dokumentu tożsamości. Wiedzę o dowodzie osobistym znajdującym się w portfelu utożsamia się z działaniem w celu jego kradzieży. Świadomość i wola leżą przecież jednak na dwóch innych płaszczyznach. Jak zostało przedstawione wcześniej, sama wiedza też nie wystarczy, gdyż należy wykazać celowość działania. Wiedza (świadomość) nie stanowi dowodu kierunkowości działania.

3. Pojęcie przywłaszczenia

W mojej opinii słowo „przywłaszczenie” już językowo jest nacechowane negatywnie. Nie ma legalnego przywłaszczenia²⁶. Termin ten zarówno w języku prawnym, jak i powszechnym zakłada bezprawność działania. Należy odróżniać go od terminu prawa cywilnego (przewłaszczenie), które ma charakter legalny. Przywłaszczenie cudzej rzeczy ruchomej występuje w k.k. jako typ czynu zabronionego (art. 284 k.k.). Działanie w celu przywłaszczenia stanowi także znamię kradzieży. S. Sośnicka przeprowadziła analizę słownikową terminu „przywłaszczenie”. Wskazała ona, że pojęcie to oznacza: „bezprawnie zabrać sobie coś cudzego, uzurpować sobie prawo do czegoś, uznać coś za swoją własność, zabrać coś należącego do innych, wziąć bezprawnie na własność, ukraść, zagarnąć, zawładnąć czymś, sprzeniewierzyć, defraudować”²⁷. W słowniku z po-

²⁵ R. Zawłocki, [w:] R. Zawłocki, A. Wąsek (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2010, s. 846; wyrok SA w Krakowie z dnia 4 kwietnia 1996 r., II Aka 61/96, „Kra-kowskie Zeszyty Sądowe” 1996, nr 5–6, poz. 58.

²⁶ Czynności prawne dotknięte tzw. względną nieważnością (np. dokonane pod wpływem błędu lub groźby) nie powodują *ex lege* bezprawności posiadania rzeczy, które przeniosły. Przywłaszczenie takiej rzeczy jest możliwe dopiero, jeżeli poprzedni posiadacz unieważni czynność prawną przenoszącą posiadanie poprzez złożenie oświadczenia o uchyleniu się od skutków prawnych poprzedniego oświadczenia woli. Natomiast w przypadku bezwzględnej nieważności czynności prawnej (np. brak świadomości lub swobody, pozornosc) nieważność jest *ex lege* i możliwe jest przywłaszczenie takiej rzeczy (art. 284 § 1 k.k.).

²⁷ A. Sośnicka, *Przestępstwo i wykroczenie przywłaszczenia w polskim prawie karnym*, Wolters Kluwer, Warszawa 2013, s. 29.

czątku XX wieku omawiany termin definiuje się jako „zabrać sobie na własność”. Natomiast w słowniku z połowy XIX wieku jako „za własne poczytywać” oraz „przyswajać, szczególnie naruszając prawa innych”²⁸. Jak więc widać, potoczne rozumienie omawianego terminu znacznie odbiega od techniczno-prawnego jego rozumienia. Słowniki utożsamiają je często z zaborem i w ten sposób staje się ono synonimem kradzieży.

J. Wojciechowski trafnie podkreśla, że „wszystkie czysto przedmiotowe elementy przestępstwa kradzieży podporządkowane są temu kierunkowemu nastawieniu sprawcy, który przez swoje działania dąży do uzyskania wszystkich atrybutów właściciela względem cudzego mienia, będącego we władztwie innej osoby. Tak więc chodzi tu nie tylko o aktualizację w świadomości sprawcy znamion przedmiotowych w momencie popełnienia czynu, lecz nadto o szczególne znamię strony podmiotowej – «cel» przywłaszczenia, bez którego to zachowanie się sprawcy jest z punktu widzenia prawa karnego obojętne”²⁹. H. Welzel wskazuje natomiast, że wola przywłaszczenia powinna być motywem zaboru³⁰. Nadaje ona działaniu sprawcy swoisty sens.

W literaturze podnosi się, że teoretycznie cel przywłaszczenia można ujmować w dwóch odmiennych wersjach³¹. Pierwsza z nich akcentuje aspekt pozytywny, tj. zamiar postąpienia z rzeczą jak właściciel i korzystanie z niej w sposób wskazujący na wykonywanie praw właścicielskich. W ten sposób odróżnia się kradzież od zaboru w celu krótkotrwałego użycia. Natomiast drugie ujęcie wskazuje na aspekt negatywny, czyli trwałe pozbawienie pokrzywdzonego możliwości korzystania z rzeczy. Może ono pomagać w odróżnieniu kradzieży od zniszczenia rzeczy czy też jej ukrycia w celu wyrządzenia krzywdy właścicielowi. W praktyce aspekt negatywny bardzo rzadko jest objęty celem. Właściwe rozumienie celu przywłaszczenia powinno opierać się na obydwu tych koncepcjach i być niejako ich wypadkową.

Moim zdaniem w ten sposób idealnie nakreśliłyśmy sprzężenie strony podmiotowej z przedmiotową. Zabór, jak zostało podniesione przy analizie strony przedmiotowej, ma aspekt pozytywny i negatywny. Zamiar sprawcy jest więc ukierunkowany na oba skutki zaboru. Wydaje się, że w konkretnych przypadkach natężenie woli może być inne w stosunku do każdego z nich. Generalnie trudno wskazać jakieś ogólne wytyczne co do stopnia winy, tj. która płaszczyzna przywłaszczenia obciąża sprawcę w większym stopniu. Wydaje się jednak, że jest to możliwe w skrajnych przypadkach. Jeżeli w stronie podmiotowej czynu dominuje aspekt negatywny przywłaszczenia, np. sprawca kradnie rzecz przyjacielowi w celu wyrządzenia mu krzywdy, a następnie ją wyrzuca lub wcale z niej

²⁸ *Ibidem*, s. 29.

²⁹ J. Wojciechowski, *op. cit.*, s. 255–256.

³⁰ H. Welzel, *op. cit.*, s. 309.

³¹ T. Oczkowski, A. Marek, [w:] R. Zawłocki (red.), *System prawa karnego. Przepisy przeciwko mieniu i gospodarcze*, tom 9, C.H. Beck, Warszawa 2011, s. 80.

nie korzysta, to, w mojej opinii, okoliczność ta zwiększa stopień zawinienia. Możliwa jest także sytuacja odwrotna. Jeżeli osoba uzależniona fizycznie od heroiny (w stopniu niewyłączającym poczytalności) kradnie pieniądze na zakup narkotyku, to wydaje się, że głód narkotyczny ukierunkowuje jej zamiar na płaszczyznę pozytywną zaboru i może ona nie uświadamiać sobie w pełni krzywdy, jakiej dokonuje pokrzywdzonemu. Zdolność rozpoznania przez nią znaczenia czynu lub kierowania postępowaniem może być ograniczona w stopniu niższym niż znaczny i w takiej sytuacji nie będzie istnieć samoistna podstawa do nadzwyczajnego złagodzenia kary (art. 31 § 2 k.k.). Wydaje się, że ograniczenie swobody decyzyjnej w stopniu niższym niż znaczny także wpływa na stopień winy³². Oczywiście mogą istnieć inne okoliczności obciążające przy wymiarze kary.

W literaturze niemieckiej występują dwie teorie przywłaszczenia. Pierwsza z nich to teoria wartości rzeczy (*Sachwerttheorie*). Jej istotą jest uznawanie za przywłaszczenie przeniesienia rzeczy z majątku jednego podmiotu i gospodarcze włączenie go do majątku sprawcy. Relewantne jest więc gospodarcze, a nie prawne włączenie mienia do majątku sprawcy. Wystarcza, aby sprawca wcielił do swojego majątku ucieleśnioną wartość rzeczy bez trwałego pozbawienia pokrzywdzonego „substancji”. Teoria ta akcentuje przysporzenie korzyści z przywłaszczonego mienia. Nie jest konieczna wola trwałego pozbawienia pokrzywdzonego wartości rzeczy. Wystarczy pozbawienie pokrzywdzonego tylko części wartości skradzionego mienia³³. Podstawowym zarzutem formułowanym w stosunku do tej teorii jest ryzyko kwalifikowania jako kradzieży *furtum usus*, gdyż, jak wskazuje R. Maurach, generalnie każde osiągnięcie zysku z czasowego władania rzeczą można kwalifikować jako kradzież³⁴. Ponadto, jak trafnie podkreśla powołany autor, teoria ta nie akcentuje zamachu na własność (władanie), lecz istoty przywłaszczenia upatruje w zamachu skierowanym przeciwko majątkowi, co może oznaczać wymóg działania w celu osiągnięcia korzyści majątkowej³⁵. Działanie w tym celu nie stanowi natomiast znamienia kradzieży w prawie polskim oraz niemieckim.

Natomiast teoria substancji (*Substanztheorie*) pojmuje „cel przywłaszczenia” jako zachowanie polegające na trwałym zabraniu pokrzywdzonemu rzeczy jako przedmiotu materialnego (substancji), a nie jej wartości, i wykonywanie w stosunku do niej uprawnień właścicielskich. Jej zwolennikiem był K. Binding. Jego zdaniem istota przywłaszczenia to ustanowienie władztwa nad rzeczą i wykonywanie w stosunku do niej uprawnień właścicielskich. Istotna jest wola wywłaszczenia pokrzywdzonego z rzeczy

³² Wydaje się, że w tym zakresie sąd nie ma jednak możliwości skorzystania z opinii biegłego. Biegłych psychiatrów powołuje się do zbadania oskarżonego, jeżeli są wątpliwości co do ograniczenia poczytalności w stopniu znacznym lub istnienia niepoczytalności. Zob. także art. 79 § 1 pkt 3 k.p.k.

³³ J. Wojciechowski, *op. cit.*, s. 261–262 i powołana tam niemiecka literatura i orzecznictwo.

³⁴ R. Maurach, *op. cit.*, s. 199 i n.

³⁵ *Ibidem*, s. 200–201.

i wstąpienie na jego miejsce³⁶. Wydaje się, że na gruncie tej teorii bez wątpienia kradzieżą będzie czyn polegający za zaborze rzeczy w celu jej porzucenia, gdyż sprawca w ten sposób trwale pozbawia pokrzywdzonego możliwości korzystania z niej. Trafnie wskazuje A. Sośnicka, że zgodnie z tą teorią przywłaszczenie nie polega na nabyciu własności przez sprawcę, które nigdy nie następuje, lecz na postępowaniu z rzeczą jak właściciel (jakby przysługiwało mu odpowiednie prawo do rzeczy)³⁷.

Jak podaje J. Wojciechowski, orzecznictwo niemieckie łączy elementy obu zaprezentowanych teorii, wymagając, aby cel sprawcy był skierowany na przywłaszczenie „rzeczy samej lub nawet choćby tylko wartości gospodarczej w niej zawartej”³⁸. Dlatego nie kwalifikuje się jako kradzieży czynu polegającego na zaborze cudzego psa w celu otrzymania nagrody za znalezienie, gdyż zabierający nie zamierzał przejąć roli właściciela³⁹. Moim zdaniem, czyn taki kwalifikujemy z art. 286 § 2 k.k. Należy więc łączyć elementy obu teorii i pamiętać, że istotne jest zarówno gospodarcze, jak i faktyczne włączenie mienia do majątku sprawcy.

Konieczną przesłanką kradzieży jest działanie z zamiarem trwałego pozbawienia właściciela możliwości dysponowania tym mieniem⁴⁰. Nie ma zamiaru przywłaszczenia sprawca, który działa w celu „krótkotrwałego użycia” rzeczy. Cel przywłaszczenia można więc analizować od strony negatywnej, czyli kiedy on nie występuje. W tym kontekście istotne wydają się orzeczenia związane z wykładnią art. 289 k.k. i art. 127 k.w., gdyż wskazują one na okoliczności, które udowadniają, że sprawca nie działał w celu przywłaszczenia. Podkreśla się w orzecznictwie, że czyn zabroniony z art. 289 k.k. różni się od kradzieży celem działania sprawcy. Przepis art. 289 k.k. wymaga, aby działanie sprawcy miało na celu krótkotrwałe użycie pojazdu, a przepis art. 278 § 1 k.k., aby działał on w celu przywłaszczenia. Termin „zabór” ma w obydwu tych typach czynów zabronionych identyczną treść. Oznacza wyjęcie przez sprawcę mienia ruchomego z władztwa posiadacza (właściciela) i objęcie go we własne władanie. Przekazując pojazd właścicielowi warsztatu w jego władanie w celu dokonania naprawy, która bez tego przekazania nie byłaby możliwa, właściciel pojazdu sam ustanawia dwuwładztwo nad nim. „Mając więc pojazd w swoim władaniu, właściciel warsztatu używając go do celów osobistych wbrew woli właściciela, nie dokonuje zaboru, lecz jedynie używa pojazdu samowolnie w rozumieniu art. 127 k.w.”⁴¹. Przepis art. 127 § 1 k.w. penalizuje więc samowolne uży-

³⁶ K. Binding, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Besonderer Teil, t. I*, Verlag von Wilhelm Engelmann, Leipzig 1902, s. 267.

³⁷ A. Sośnicka, *op. cit.*, s. 42.

³⁸ J. Wojciechowski, *op. cit.*, s. 263.

³⁹ R. Maurach, *op. cit.*, s. 190 in.

⁴⁰ Wyrok SN z dnia 6 września 1988 r., IV KR 237/88, LEX nr 22051.

⁴¹ Uchwała SN z dnia 25 września 1975 r., VI KZP 24/75, OSNKW 1975, nr 10, poz. 1.

wanie cudzej rzeczy ruchomej nie będącej pojazdem mechanicznym, zarówno zabranej, jak i niezabranej, oraz wyłącznie niezabranego pojazdu mechanicznego.

W literaturze podkreślano, że sprawca zaboru może przejąć wszystkie uprawnienia wynikające z prawa własności. Do dokonania przestępstwa kradzieży nieistotne jest natomiast, czy ma zamiar wykorzystać wszystkie czy tylko niektóre z nich. Działanie w celu przywłaszczenia oznacza działanie w celu przejęcia wszystkich lub niektórych uprawnień właścicielskich z wyjątkiem krótkotrwałego użycia⁴². Nie chodzi o przeniesienie uprawnień w rozumieniu prawa cywilnego, gdyż w przypadku kradzieży nie następuje przeniesienie własności, a jedynie przeniesienie posiadania (władztwa). Nie ma więc zastosowania zasada *nemo plus iuris alium transferre potest, quam ipse habet*, gdyż nie następuje pochodne nabycie własności. Sprawcy kradzieży przysługuje jedynie cywilnoprawna ochrona posiadania (roszczenie posesoryjne). Sprawca kradzieży nie nabywa uprawnień właściciela, a jedynie ma faktyczną możliwość realizacji tych uprawnień, które przysługują właścicielowi (pokrzywdzonemu), np. ma faktyczną możliwość korzystania z rzeczy, rozporządzenia, zużycia lub zniszczenia.

4. Pojęcie celu przywłaszczenia

Zamiar przywłaszczenia należy rozumieć jako możliwość dowolnego postępowania z rzeczą. Trafnie wskazywano w orzecznictwie, że jako kradzież należy kwalifikować czyn polegający na zaborze rzeczy o znaczeniu dla kultury narodowej osobie prywatnej w celu niezwłocznego przekazania go do zbiorów publicznych⁴³. Wskazać wtedy należy jednak na zmniejszony stopień winy, chyba że sprawca działał np. z zazdrości, zemsty etc. Celu przywłaszczenia (*animus rem sibi habendi*) nie należy utożsamiać z celem osiągnięcia korzyści majątkowej (*animus lucri faciendi*). Przywłaszczenie może wynikać z innych motywów niż chęć osiągnięcia korzyści, np. kradzież rzeczy w celu przekazania jej innej osobie. Cel przywłaszczenia oznacza chęć postąpienia z nią jak z własną⁴⁴.

W. Makowski wskazywał, że stroną podmiotową kradzieży jest „zamiar objęcia rzeczy na własność (*animus rem sibi habendi*), a nie zamiar osiągnięcia korzyści mająt-

⁴² A. Peczeniuk, [w:] A. Marek, E. Pływaczewski, A. Peczeniuk, *Kradzież i paserstwo mienia prywatnego*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1985, s. 63–64; O. Górniok, *Zagarnięcie mienia społecznego*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1976, s. 171.

⁴³ Wyrok SN z dnia 3 stycznia 1936 r., 3 K 1772/35, „Zbiór Orzeczeń Sądu Najwyższego” 1936, nr 7, poz. 272.

⁴⁴ O. Górniok, D. Pleńska, [w:] I. Andrejew, L. Kubicki, J. Waszczyński (red.), *System prawa karnego. O przestępstwach w szczególności*, Ossolineum, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk 1989, s. 407. Tak też wyrok SN z dnia 21 lutego 1961 r., I K 2/60, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1961, nr 4, s. 307.

kowej (*animus lucri faciendi*); oczywiście w praktycznych wypadkach niewątpliwie chęć korzyści majątkowych staje się niemal wyłączną pobudką kradzieży, w zasadzie możliwe są także inne pobudki, o ile towarzyszy im subiektywny i obiektywny warunek przeniesienia posiadania i własności sposobem bezprawnym na osobę nieuprawnioną. Toteż zarówno K.K.R. jak K.K.N wskazują na przywłaszczenie, czyli pewną formę faktycznego przejścia własności, rozporządzenia rzeczą jak własnością, jako istotną cechę działania przestępnego; U.K.A. mówi o zaborze rzeczy cudzej «dla swojej korzyści» (*um seines Vorteiles willen*), zważywszy jednak, że wyraz «*Vorteil*» oznacza wszelkie korzyści, nie tylko majątkowe, powyższe rozumowanie nasze nie stoi w sprzeczności także i z ujęciem istoty działania przestępnego kradzieży w U.K.A.⁴⁵. Pobudką przywłaszczenia może być chęć zadośćuczynienia jakiegokolwiek innej potrzeby. Sprawcą kradzieży będzie także osoba, która ukradła ją w celu podarowania innej osobie czy przekazania na cel dobroczynny. Kierowanie się taką bezinteresowną pobudką będzie miało cechy zamiaru bezprawnego osiągnięcia własności, ponieważ tylko prawo własności pozwala na takie rozporządzenie rzeczą. W tych wypadkach także można stwierdzić powiększenie mienia sprawcy i odpowiadające mu jego pomniejszenie po stronie pokrzywdzonego. Subiektywnym odpowiednikiem zmiany tego stosunku jest właśnie zamiar rozporządzenia rzeczą jak właściciel. Natomiast chęć przywłaszczenia jest „ciaśniejszą” formą, nieoddającą istoty stanu subiektywnego przestępstw przeciwko mieniu⁴⁶. W przypadku kradzieży, ze względu na konieczność uprzedniego zaboru rzeczy mającej być przywłaszczoną, sama czynność przywłaszczenia odchodzi jakby na dalszy plan. Sama czynność przywłaszczenia z powodu wyraźniej supremacji czynnika subiektywnego jest trudna do skonkretyzowania⁴⁷.

Dlatego też przestępstwo kradzieży jest o wiele łatwiejsze do udowodnienia niż przestępstwo przywłaszczenia. Z reguły łatwiej jest udowodnić zabór w celu przywłaszczenia (kradzież), niż przestępstwo przywłaszczenia, w którym zabór nie następuje. Wynika to z tego, że w tym ostatnim przypadku zazwyczaj przywłaszczenie następuje stopniowo, tj. trzeba wskazać uznaniowy punkt czasowy, po którego nastąpieniu powiemy, że sprawca już rzecz przywłaszczył (trwale pozbawił pokrzywdzonego możliwości korzystania z rzeczy). Nie dotyczy to oczywiście takich sytuacji jak np. sprzedaż rzeczy, która potwierdza przywłaszczenie. Oba przestępstwa różnią się istotnie stroną przedmiotową i wiążącą się z tym różnicą w dowodzeniu, gdyż akt zaboru to obiektywne, fizyczne zdarzenie, a przestępstwo przywłaszczenia to w pewnym uproszczeniu „czynność konwen-

⁴⁵ W. Makowski, *Prawo karne. O przestępstwach w szczególności. Wykład porównawczy prawa karnego austriackiego, niemieckiego i rosyjskiego obowiązującego w Polsce*, Księgarnia F. Hoesicka, Warszawa 1924, s. 409.

⁴⁶ *Ibidem*, s. 403–404.

⁴⁷ *Ibidem*, s. 405.

cyjonalna” i sąd posługuje się swoistymi „regułami sensu” w procesie jego dowodzenia (np. sprzedaż rzeczy lub długi okres użytkowania oznaczają przywłaszczenie).

Wyodrębniano trzy płaszczyzny zamiaru przywłaszczenia. Pierwszą w nich jest działanie w celu osiągnięcia możliwości dowolnego postępowania z rzeczą. Druga wiąże się z zamiarem rozporządzenia jej wartością gospodarczą. Za trzecią uważa się działanie w celu zdobycia wyłącznego panowania nad rzeczą, które jest zbliżone do prawa własności⁴⁸. Podkreślano, że chęć wzbogacenia albo osiągnięcia lub przysporzenia innej osobie korzyści może być uważana za pobudkę działania sprawcy, ale jej uwzględnienie nie należy do definicji ustawowej kradzieży⁴⁹. Takie szerokie rozumienie przywłaszczenia było powszechnie przyjmowane w literaturze przedwojennej⁵⁰ i powojennej⁵¹. Niektórzy autorzy uważali wprawdzie, że nie ma przywłaszczenia, jeżeli sprawca zabiera rzecz, żeby ją zniszczyć, uczynić niezdatną do użytku lub porzucić⁵², było to jednak odosobnione stanowisko.

Kodeks karny z 1997 r. ustala stronę podmiotową kradzieży w ten sam sposób jak dwa poprzednie kodeksy. Aktualne pozostaje więc stwierdzenie z uzasadnienia do projektu k.k. z 1930 r., że „subiektywną cechą działania jest w myśl Projektu zamiar przywłaszczenia (*animus rem sibi habendi*). Nie wspominając o zamiarze wzbogacenia albo zamiarze osiągnięcia korzyści, jak to czynią inne ustawy, albo projekty, Projekt polski liczy się z tem, że dla istoty czynu zamiar ma znaczenie o tyle tylko, o ile stoi w bezpośrednim związku ze stanem faktycznym przestępstwa i działaniem przestępcy”⁵³.

Wskazuje się w literaturze, że cel przywłaszczenia powinien być bezwarunkowy i poważny. J. Wojciechowski odwołuje się do orzecznictwa francuskiego i belgijskiego, w którym nie zakwalifikowano jako kradzieży czynu, w którym ktoś zabrał dla żartu budkę wartownika, a następnie ją porzucił⁵⁴. Moim zdaniem, postawienie warunku „bez-

⁴⁸ S. Glaser, A. Mogilnicki, *Kodeks karny. Komentarz*, Księgarnia Powszechna, Kraków 1934, s. 881 i n.

⁴⁹ L. Peiper, *Komentarz do Kodeksu karnego i Prawa o wykroczeniach*, Leon Formmer, Kraków 1936, s. 541; W. Makowski, *Kodeks karny z komentarzem*, Księgarnia F. Hoesicka, Warszawa 1932, s. 589; S. Glaser, A. Mogilnicki, *op. cit.*, s. 881 i n.; J. Nisenson, M. Siewierski, *Kodeks karny i prawo o wykroczeniach z komentarzem*, Gazeta Administracji i Policji Państwowej, Warszawa 1933, s. 143 i n.; Komisja Kodyfikacyjna Rzeczypospolitej Polskiej, Sekcja Prawa Karnego, t. V, z. 4, Wydawnictwo Urzędowe Komisji Kodyfikacyjnej, Warszawa 1921–1931, s. 218.

⁵⁰ L. Peiper, *op. cit.*, s. 541; W. Makowski, *Kodeks karny...*, s. 589; S. Glaser, A. Mogilnicki, *op. cit.*, s. 881 i n.; J. Nisenson, M. Siewierski, *op. cit.*, s. 143 i n.; Komisja Kodyfikacyjna Rzeczypospolitej Polskiej, Sekcja Prawa Karnego, *op. cit.*, s. 218.

⁵¹ A. Peczeniuk, [w:] A. Marek, E. Pływaczewski, A. Peczeniuk, *op. cit.*, s. 61–63; J. Bafia, [w:] J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks karny. Komentarz*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1987, s. 531; I. Andrejew, *Polskie prawo karne w zarysie*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1970, s. 432; W. Świda, [w:] I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, *Kodeks karny z komentarzem*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1973, s. 611–612.

⁵² J. Bafia, [w:] J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *op. cit.*, s. 228.

⁵³ Komisja Kodyfikacyjna Rzeczypospolitej Polskiej, Sekcja Prawa Karnego, *op. cit.*, s. 218.

⁵⁴ J. Wojciechowski, *op. cit.*, s. 261.

warunkowości” ma niebagatelne znaczenie. Wydaje się, że nie należy kwalifikować jako kradzieży zaboru rzeczy w celu zastawienia z zamiarem zwrotu. Cel przywłaszczenia jest wtedy uzależniony od warunku, tj. od tego, czy uda się rzecz „wykupić” i zwrócić. Z drugiej jednak strony, zastawienie rzeczy to realizacja uprawnień właścicielskich i to nie uprawnień przysługujących także użytkownikowi (prawo do używania), który nie jest właścicielem. W takim ujęciu zastawienie cudzej rzeczy bez zgody właściciela potwierdza przywłaszczenie. Oczywiście należy wtedy wskazać na zmniejszony stopień winy sprawcy, który zakłada zwrócenie rzeczy. J. Makarewicz jako kradzież kwalifikuje zabór mienia przez pracownika w celu zastawienia z zamiarem jego ewentualnego wykupienia i oddania⁵⁵. W literaturze dominuje jednak pogląd, że czynu tego nie można kwalifikować jako kradzieży⁵⁶.

Błędne jest przedwojenne orzeczenie SN, w którym nie uznano za kradzież czynu polegającego na zaborze przez wierzyciela gotówki z mieszkania nieobecnego tam dłużnika połączonego z zostawieniem mu pokwitowania⁵⁷. L. Peiper trafnie wskazuje, że takie rozstrzygnięcie jest błędne, ponieważ wierzyciel był świadom zaboru cudzego mienia, które ma dla niego taki charakter, dopóki dłużnik nie odda mu pieniędzy. „Jednostronne i samowolne zabranie (*apprehensio*) bez – wyraźnie lub dorozumianie – ujawnionej woli oddania (*traditio* w ściślejszym znaczeniu) jest aktem zaboru. W danym przypadku i to jeszcze zaważyć musi na szali, że wierzyciel nie mógł nawet przypuszczać, iż dłużnik zezwala na zabór pieniędzy, skoro dłużnik oświadczył mu wyraźnie, że odmawia zapłaty, a więc znajdujących się stole pieniędzy nie chce sam użyć a tym bardziej użyć do spłaty wierzytelności”⁵⁸. L. Peiper wskazywał także na praktyczne negatywne skutki rozstrzygnięcia SN. Jego zdaniem, zagrażałoby to porządkowi społecznemu, ponieważ wierzyciel mógłby bezkarnie grasować w lokalu dłużnika i nie byłoby kontroli nad liczbą i wartością zabranych rzeczy. Czynu tego nie można byłoby kwalifikować jako przestępstwa zmuszania⁵⁹.

Wierzytelność pieniężna nie ma za przedmiot rzeczy oznaczonej co do tożsamości. W związku z tym trudno uznać, aby wierzyciel mógł być traktowany jako właściciel gotówki dłużnika w kwocie odpowiadającej wierzytelności. Sprawca takiego czynu popełnia czyn zabroniony kradzieży, lecz wymagalną wierzytelność pieniężną należy uznać za okoliczność łagodzącą. Jeżeli sprawca nie naruszył czynem także innych dóbr (nie włamał się, nie użył groźby czy przemocy), stopień społecznej szkodliwości czynu

⁵⁵ J. Makarewicz, *Kodeks karny z komentarzem*, Zakład Narodowy Im. Ossolińskich, Lwów 1932, s. 446–447.

⁵⁶ J. Wojciechowski, *op. cit.*, s. 269.

⁵⁷ O. 623/27, [za:] L. Peiper, *op. cit.*, s. 546.

⁵⁸ L. Peiper, *op. cit.*, s. 546.

⁵⁹ *Ibidem*, s. 546.

jest nieznaczny i często może być nawet znikomy. Bezprawność takiej kradzieży wynika z prawa cywilnego. Choć sprawca zaspokaja swoje słuszne roszczenie, to narusza art. 342 k.c., zgodnie z którym nie wolno naruszać samowolnie posiadania, chociażby posiadacz był w złej wierze. Należy jednak rozważyć, czy sprawca nie działał w błędzie do znamienia typu czynu zabronionego (znamienia „cudza” w odniesieniu do rzeczy ruchomej). Sprawca takiego zaboru działa często w świadomości, że ma prawo odebrania określonej kwoty pieniędzy, a więc może nie traktować ich jako rzecz cudzą (nie być świadomym realizacji tego znamienia). Wtedy należy wykluczyć działanie w celu przywłaszczenia i czyn taki jest irrelevantny prawnokarnie.

F. v. Liszt słusznie zwracał uwagę że pokrycie równoczesne wartości zabranej rzeczy nie ma wpływu na odpowiedzialność karną, gdyż nie można stosować do kradzieży kryterium korzyści⁶⁰. Jako kradzież należy więc kwalifikować sytuację, w której sprawca zabiera z domu pokrzywdzonego rzecz i pozostawia mu należny ekwiwalent finansowy. Nie wydaje się natomiast trafne stanowisko S. Budzińskiego, którego zdaniem, „kto zabierając rzecz kładzie jej wartość, nie popełnia kradzieży”⁶¹. Bardziej umiarkowany jest natomiast pogląd W. Makowskiego. Według niego „nie popełnia kradzieży osoba, która zabrała przedmiot zamienny, nie mający znaczenia *in specie*, pozostawiając jego równowartość”⁶². Zdaniem powołanego autora tak samo nie popełnia przestępstwa osoba, która zostawia równowartość zabranej „rzeczy zamiennej” w pieniądzech lub innych przedmiotach⁶³. Stanowisko to nie jest trafne. Sprawca dopuszcza się kradzieży, gdyż nie szanuje woli posiadacza, który może nie być zainteresowany taką formą „sprzedaży” rzeczy. Trafnie natomiast zwraca on uwagę, że nie popełnia kradzieży osoba, która zabranej rzeczy używa w interesie właściciela (np. jako pokarm dla jego zwierząt) nawet wbrew jego woli⁶⁴.

Podkreśla się w literaturze, że nie popełnia przestępstwa kradzieży osoba, która bez zamiaru przywłaszczenia zabiera rzecz w celu wymuszenia spełnienia jej zasadnych roszczeń, bez zamiaru powiększenia swojego mienia cudzym kosztem⁶⁵. Na takim stanowisku stoi także R. Maurach⁶⁶. Jego zdaniem nie działa w celu przywłaszczenia osoba, która zabiera cudzą rzecz, aby zmusić właściciela do wyrównania wymagalnego roszczenia. Zabierający rzecz „w celu zabezpieczenia roszczenia” działa natomiast

⁶⁰ F. v. Liszt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, J. Guttentag'sche Verlagsbuchhandlung, Berlin 1894, s. 396, [za:] L. Lernell, *Własność społeczna jako przedmiot ochrony prawa karnego*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1959, s. 224.

⁶¹ S. Budziński, *O przestępstwach w szczególności. Wykład porównawczy z uwzględnieniem praw obowiązujących na Królestwie Polskiem i Galicyi Austriackiej*, V. M. Istomin, Warszawa 1883, s. 159–160.

⁶² W. Makowski, *Prawo karne...*, s. 408.

⁶³ *Idem*, *Kodeks karny...*, s. 765.

⁶⁴ *Ibidem*, s. 765–766.

⁶⁵ J. Bafia, [w:] J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *op. cit.*, s. 531.

⁶⁶ R. Maurach, *op. cit.*, s. 194–195.

w celu przywłaszczenia, jeżeli nie chciał tego zabezpieczenia dla późniejszej jego egzekucji, lecz zatrzymania rzeczy jako swojej własności. Oczywiście nie chodzi o sytuację, w której zabierającemu przysługuje prawo do zatrzymania rzeczy, np. z art. 670 k.c., gdyż wtedy nie może być mowy o bezprawnym przywłaszczeniu rzeczy. Wskazuje się, że jeżeli ów zamiar zatrzymania rzeczy oraz jego realizacja miały miejsce dopiero po jej zabraniu celem zabezpieczenia, to następuje przywłaszczenie tego mienia⁶⁷.

Kto zabiera rzecz chociażby w błędnym przekonaniu, że przysługuje mu prawo do aktualnego jej posiadania, nie popełnia przestępstwa kradzieży. Generalnie trafnie wskazują M. Dąbrowska-Kardas i P. Kardas, że „nie stanowi zaboru rzeczy w celu przywłaszczenia zabranie cudzej rzeczy w celu zaspokojenia roszczeń sprawcy zarówno wówczas, gdy roszczenia te mają rzeczywisty charakter, jak i wtedy, gdy sprawca pozostaje w błędzie, lecz w dobrej wierze działa ze świadomością, że przysługuje mu określone roszczenie”⁶⁸. Wydaje się, że kwestia ta jest jednak bardziej skomplikowana. Trafnie wskazuje M. Gałązka, że zabór rzeczy w celu zmuszenia właściciela do spełnienia zasadnych roszczeń nie oznacza działania w celu przywłaszczenia tylko w odniesieniu do sytuacji, w której treścią roszczeń jest prawo własności tej konkretnej rzeczy, którą określona osoba zabiera, lub gdy zamierza zwrócić zabraną rzecz po spełnieniu roszczenia⁶⁹. Jej zdaniem, jeżeli sprawca traktuje tę rzecz jako majątkowy ekwiwalent za należne mu świadczenie, to za odrzuceniem kwalifikacji takiego czynu jako kradzieży przemawia odrębna kryminalizacja czynu mającego na celu wymuszenia zwrotu wierzytelności (art. 191 § 2 k.k.)⁷⁰.

Jeżeli natomiast sprawca zabiera rzecz w celu przywłaszczenia i traktuje ją jako ekwiwalent za należne mu świadczenie i nie zamierza w ten sposób nakłonić zobowiązanego do jego spłaty, popełnia przestępstwo kradzieży. Jeżeli więc sprawca zabiera swojemu dłużnikowi bez jego zgody pieniądze jako ekwiwalent za należne mu świadczenie (także pieniężne), to popełnia kradzież. Należy wtedy jednak wskazać na zmniejszony stopień winy. Sprawca takiej kradzieży pieniędzy nie osiąga bezprawnej korzyści majątkowej, gdyż stanowią one jego wierzytelność. Korzyść majątkowa nie jest znamieniem kradzieży. Wydaje się natomiast, że jeżeli strona podmiotowa kradzieży zostałaaby określona jako działanie „w celu osiągnięcia korzyści majątkowej”, to czyn polegający na zaborze pieniędzy dłużnikowi pieniężnemu nie wypełniałby jej znamion, bowiem taka korzyść majątkowa nie byłaby bezprawna. Należy więc odróżniać sytuację, w której osoba zabiera rzecz oznaczoną co do tożsamości, do której przysługuje mu prawo

⁶⁷ J. v. Olshausen, *Strafgesetzbuch*, Berlin 1944, s. 1165, [za:] J. Wojciechowski, *op. cit.*, s. 267.

⁶⁸ M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, [w:] A. Zoll, *Kodeks karny. Komentarz, Część szczególna*, t. III, Wolters Kluwer, Kraków 2006, s. 55 i n.

⁶⁹ M. Gałązka, [w:] A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2012, s. 1178.

⁷⁰ *Ibidem*, s. 1178.

władania (np. najemca zabiera rzecz podnajemcy). Nie może być wtedy mowy o przywłaszczeniu, gdyż osoba taka ma podstawę prawną, żeby władać rzeczą.

Sporny charakter ma kwestia, kiedy sprawca realizuje swój cel działania, czyli kiedy przywłaszcza rzecz. W piśmiennictwie zarysowały się dwie koncepcje. Zwolennicy pierwszej z nich⁷¹ uważają „zabór w celu przywłaszczenia” za działanie dwuaktowe. Kradzież jest dokonana w momencie zaboru, a nie w czasie przywłaszczenia, które następuje potem. Przywłaszczenie jest celem zaboru, którego realizacja nie jest konieczna do dokonania przestępstwa. Natomiast przedstawiciele drugiej koncepcji⁷² stoją na stanowisku, że „zabór w celu przywłaszczenia” to działania jednoaktowe, ponieważ akt zaboru oznacza również przywłaszczenie rzeczy. Mamy wtedy do czynienia z „zaborem przywłaszczeniowym”. Zdaniem R. Honiga pod względem faktycznym można oddzielić „zabór” od „przywłaszczenia”⁷³. Powołany autor wskazuje, że znamieniem kradzieży jest „zabór w celu przywłaszczenia”, a więc zabór musi być realizacją celu przywłaszczenia, czyli przywłaszczeniem. W. Wolter podkreśla, że ten pogląd lepiej oddaje rzeczywistość niż ten wymagający urzeczywistnienia przywłaszczenia oddzielnym aktem. Takie ujęcie pozwala też odróżnić kradzież od tych przestępstw celowościowych, których czas dokonania leży przed realizacją celu, np. stypizowanych w art. 270 k.k., gdzie sprawca podrabia lub przerabia dokument „w celu użycia za autentyczny”. Powołany autor podkreśla, że zwolennicy uznawania zaboru w celu przywłaszczenia za czynność dwuaktową muszą sam akt przywłaszczenia traktować z punktu widzenia zasady konsumpcji⁷⁴.

Inni autorzy wskazują, że dla stwierdzenia „zaboru” bez znaczenia jest realizacja przywłaszczenia. Fakt przywłaszczenia jest jedynie celem działania sprawcy. Może on być zrealizowany dopiero po dokonaniu zaboru. Nieistotne jest dla dokonania zaboru, czy sprawca zrealizuje zamiar przywłaszczenia. Zabór jest zakończony z chwilą kompletnego zawładnięcia mieniem, a nie z chwilą jego przywłaszczenia. Moment przywłaszczenia może wcale nie zaistnieć mimo dokonania zaboru⁷⁵.

⁷¹ S. Frankowski, *op. cit.*, s. 83; S. Śliwiński, *Prawo karne*, Sekcja Wydawnicza Towarzystwa Bratnia Pomoc Studentów Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 1946, s. 413–416.

⁷² W. Wolter, *Reguły wyłączania wielości ocen w prawie karym*, PWN, Warszawa 1961, s. 115–116; O. Górniok, *op. cit.*, s. 166–167; R. Honig, *Straflose Vor-und Nachtat*, 1927, s. 96 i n., [za:] W. Wolter, *Reguły...*, s. 115; A. Marek, [w:] A. Marek, E. Pływaczewski, A. Peczeniuk, *op. cit.*, s. 56. Tak też chyba J. Makarewicz (*op. cit.*, s. 446), który pisał, że złodziej trzymający w ręce przed chwilą skradziony portfel jest w bezpośrednim jego władaniu.

⁷³ R. Honig, *op. cit.*, s. 96 i n., [za:] W. Wolter, *Reguły...*, s. 115.

⁷⁴ W. Wolter, *Reguły...*, s. 115–116.

⁷⁵ W. Gutekunst, *Zabór jako sposób zagarnięcia mienia społecznego*, „Nowe Prawo” 1955, nr 10, s. 61.

5. Podsumowanie

Podsumowując, należy podkreślić, że sprawca kradzieży powinien być świadomy możliwości realizacji znamion statycznych oraz działać w celu przywłaszczenia przedmiotu wykonawczego. Nie oznacza to dopuszczenia kradzieży w zamiarze ewentualnym, gdyż jego istotą jest godzenie się na popełnienie czynu zabronionego, a nie na realizację poszczególnych znamion statycznych, do których można relacjonować tylko świadomość, a nie wolę. Sprawca kradzieży nie chce, aby rzecz była cudza. On właśnie chce, aby rzecz stała się jego własną. Przy zamiarze bezpośrednim może więc występować świadomość konieczności lub możliwości realizacji znamion statycznych. Do realizacji znamion kradzieży nie wystarczy jednak sam zamiar bezpośredni. Kradzież nie może występować jako tzw. przestępstwo nieuchronne stanowiące konieczne następstwo celu, do którego sprawca dąży. Nawet jeżeli sprawca wie, że w torebce znajduje się karta bankomatowa lub dowód osobisty, lecz nie działa w celu ich przywłaszczenia, to wykluczona jest kumulatywna kwalifikacja z przepisami typizującymi ich kradzież. Celu przywłaszczenia nie należy utożsamiać z celem osiągnięcia korzyści majątkowej. Przywłaszczenie może wynikać z innych motywów niż chęć osiągnięcia korzyści, np. kradzież rzeczy w celu przekazania jej innej osobie. Cel przywłaszczenia oznacza chęć postąpienia z nią jak z własną. Sprawca kradzieży dąży do uzyskania wszystkich atrybutów właściciela kradzionego mienia. Nie chodzi więc wyłącznie o aktualizację w jego świadomości znamion przedmiotowych, jak w przypadku „zwykłych” przestępstw umyślnych, których znamieniem nie jest cel działania. Musi on zrealizować szczególne znamię strony podmiotowej (cel przywłaszczenia), które radykalnie zmienia ocenę prawną czynu (zaboru). Jeżeli sprawca nie działa w celu przywłaszczenia, zabiera rzecz i jej używa, to wypełnia znamiona wykroczenia (art. 127 § 1 k.w.). Natomiast jeżeli po zaborze jej nie używa, to mamy do czynienia wyłącznie z deliktem cywilnoprawnym.

Bibliografia

Źródła

- Wyrok SN z dnia 3 stycznia 1936 r., 3 K 1772/35, „Zbiór Orzeczeń Sądu Najwyższego” 1936, nr 7, poz. 272.
Wyrok SN z dnia 30 stycznia 1946 r., K 379/45, Lex Delta nr 410852.
Wyrok SN z dnia 21 lutego 1961 r., I K 2/60, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1961, nr 4, s. 307.
Uchwała SN z dnia 25 września 1975 r., VI KZP 24/75, OSNKW 1975, nr 10, poz. 1.
Wyrok SN z dnia 16 czerwca 1978 r., IV KR 83/78, LEX nr 21771.
Wyrok SN z dnia 6 września 1988 r., IV KR 237/88, LEX nr 22051.
Wyrok SA w Krakowie z dnia 4 kwietnia 1996 r., II Aka 61/96, „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 1996, nr 5-6, poz. 58.

Literatura

- Andrejew I., *Polskie prawo karne w zarysie*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1970.
- Andrejew I., Kubicki L., Waszczyński J. (red.), *System prawa karnego. O przestępstwach w szczególności*, Ossolineum, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk 1989.
- Andrejew I., Świda W., Wolter W., *Kodeks karny z komentarzem*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1973.
- Bafia J., Mioduski K., Siewierski M., *Kodeks karny. Komentarz*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1987.
- Beling E., *Die Lehre von Verbrechen*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1906.
- Binding K., *Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Besonderer Teil*, t. I, Verlag von Wilhelm Engelmann, Leipzig 1902.
- Budziński S., *O przestępstwach w szczególności. Wykład porównawczy z uwzględnieniem prawo obowiązujących na Królestwie Polskiem i Galicyi Austryackiej*, V. M. Istomin, Warszawa 1883.
- Daszkiewicz K., *Przestępstwo z premedytacją*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1968.
- Frankowski A., *Przestępstwa kierunkowe w teorii i praktyce*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1970.
- Garraud R., *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, Paris 1922.
- Giezek J., *Świadomość sprawcy czynu zabronionego*, Wolters Kluwer, Warszawa 2013.
- Glaser S., Mogilnicki A., *Kodeks karny. Komentarz*, Księgarnia Powszechna, Kraków 1934.
- Górniok O., *Zagarnięcie mienia społecznego*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1976.
- Grześkowiak A., Wiak K. (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2012.
- Gutekunst W., *Zabór jako sposób zagarnięcia mienia społecznego*, „Nowe Prawo” 1955, nr 10.
- Hegler A., *Die Merkmale des Verbrechens*, “Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft” 1915.
- Hegler A., *Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente im Rahmen des allgemeinen Verbrechensbegriffs*, Frank-Festgabe Bd. I, Tübingen 1930.
- Honig R., *Straflose Vor-und Nachtat*, 1927.
- Jędrzejewski Z., *Bezprawność jako element przestępczości czynu*, Wolters Kluwer, Warszawa 2009.
- Komisja Kodyfikacyjna Rzeczypospolitej Polskiej, Sekcja Prawa Karnego, t. V, z. 4, Wydawnictwo Urzędowe Komisji Kodyfikacyjnej, Warszawa 1921–1931.
- Lernell L., *Własność społeczna jako przedmiot ochrony prawa karnego*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1959.
- Liszt F.v., *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, J. Guttentag'sche Verlagsbuchhandlung, Berlin 1894.
- Makarewicz J., *Kodeks karny z komentarzem*, Zakład Narodowy Im. Ossolińskich, Lwów 1932.
- Makowski W., *Kodeks karny z komentarzem*, Księgarnia F. Hoesicka, Warszawa 1932.
- Makowski W., *Prawo karne. O przestępstwach w szczególności. Wykład porównawczy prawa karnego austriackiego, niemieckiego i rosyjskiego obowiązującego w Polsce*, Księgarnia F. Hoesicka, Warszawa 1924.
- Marek A., Pływaczewski E., Peczeniuk A., *Kradzież i paserstwo mienia prywatnego*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1985.
- Maurach R., *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, C. F. Muller, Karlsruhe 1958.
- Mąciór M., *Negatywne znamiona istoty czynu*, „Państwo i Prawo” 1964, nr 5–6.

- Mezger E., *Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände*, in *Festschrift für L. Traeger*, Universitätsverlag, Berlin 1926.
- Nisenson J., Siewierski M., *Kodeks karny i prawo o wykroczeniach z komentarzem*, „Gazeta Administracji i Policji Państwowej”, Warszawa 1933.
- Olshausen J. v., *Strafgesetzbuch*, Berlin 1944.
- Peiper L., *Komentarz do Kodeksu karnego i Prawa o wykroczeniach*, Leon Formmer, Kraków 1936.
- Sośnicka A., *Przestępstwo i wykroczenie przywłaszczenia w polskim prawie karnym*, Wolters Kluwer, Warszawa 2013.
- Śliwiński S., *Prawo karne*, Sekcja Wydawnicza Towarzystwa Bratnia Pomoc Studentów Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 1946.
- Weber H.v., *Zum Aufbau des Strafrechtssystems*, Jena 1935.
- Welzel H., *Das deutsche Strafrecht*, De Gruyter Lehrbuch, Berlin 1965.
- Wojciechowski J., *Pojęcie „celu przywłaszczenia” jako elementu kradzieży*, „Annales UMCS, Sectio G”, vol. XVIII (1971).
- Wolter W., *Funkcja błędu w prawie karnym*, PWN, Warszawa 1965.
- Wolter W., *Reguły wyłączenia wielości ocen w prawie karnym*, PWN, Warszawa 1961.
- Zawłocki R. (red.), *System prawa karnego. Przestępstwa przeciwko mieniu i gospodarcze*, tom 9, C.H. Beck, Warszawa 2011.
- Zawłocki R., Wąsek A. (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2010.
- Zoll A., *Kodeks karny. Komentarz, Część szczególna*, t. III, Wolters Kluwer, Kraków 2006.

Dorota Czerwińska
Uniwersytet Wrocławski

Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 7 czerwca 2016 r., V KK 30/16¹

Commentary to the Supreme Court's decision of June 7th 2016, V KK 30/16

Streszczenie

W glosowanym postanowieniu Sąd Najwyższy zajął słuszne stanowisko, że nieobecność części członków składu orzekającego na fragmencie rozprawy głównej tylko wtedy stanowi bezwzględną przyczynę odwoławczą, gdy pod jego nieobecność przeprowadzono czynności dowodowe. Autorka zgadza się z powyższą tezą, jednak zwraca uwagę na pojawiającą się w uzasadnieniu postanowienia niepokojącą tendencję do relatywizowania bezwzględnych przyczyn odwoławczych z uwagi na relację popełnionych uchybień do interesów procesowych oskarżonego. W glosie przeanalizowano poglądy doktryny i judykatury na bezwzględną przyczynę odwoławczą w postaci nieobecności jednego z członków składu orzekającego na całej rozprawie. Przeprowadzone rozważania prowadzą do wniosku, że rację ma Sąd Najwyższy, nie widząc konieczności powtarzania niektórych czynności procesowych (niebędących czynnościami dowodowymi) mimo zmiany składu orzekającego, nietrafne jest jednak podejmowanie choćby próby oceny przeprowadzonych pod nieobecność całego składu orzekającego czynności z perspektywy ich stosunku do interesów procesowych oskarżonego. Istota bezwzględnych przyczyn odwoławczych sprowadza się bowiem do ich niezależności od ewentualnego wpływu na treść orzeczenia; bez znaczenia przy ich stwierdzeniu pozostaje także co do zasady kierunek zaskarżenia orzeczenia.

słowa kluczowe

bezwzględne przyczyny odwoławcze, zasada bezpośredniości, konwalidacja czynności procesowych, powtórzenie rozprawy głównej

Abstract

In the commented decision the Supreme Court presented the view that absence of any of the members of the court panel during the whole trial constitutes absolute grounds for reversing the judgment only if he or she was absent during evidentiary proceedings. The author agrees with this thesis. However, she points out that the Supreme Court took into account – while establishing that absolute grounds for reversal existed – whether the particular procedures conducted during the absence infringed the rights of the accused. The author does not approve of such an approach as leading to unnecessary relativity of absolute grounds for reversing the judgment.

Keywords

absolute grounds for reversing the judgment, principle of direct examination of evidence, validation of deficient trial procedures, repeat of the main trial

¹ OSNKW 2016, nr 9, poz. 61.

Teza: Nieobecność członka składu orzekającego sądu na całej rozprawie, w rozumieniu art. 439 § 1 pkt 2 *in fine* k.p.k.², nie obejmuje czynności podejmowanych przed przystąpieniem do rozpoznania sprawy.

1. Stan faktyczny i rozstrzygnięcie Sądu Najwyższego

Głosowane postanowienie zapadło w wyniku rozpoznania kasacji obrońców trzech spośród piętnastu oskarżonych o czyny z ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii i art. 258 k.k. Sąd odwoławczy po rozpoznaniu apelacji obrońców uchylił wyroki w stosunku do siedmiu oskarżonych, a w stosunku do kolejnych siedmiu – w tym skarżących – zmienił wyrok w ten tylko sposób, że obniżył wymierzone kary pozbawienia wolności. Zarzuty wywiedzionych kasacji wskazywały przede wszystkim na uchybienie polegające na nieuchyleniu przez sąd odwoławczy wyroku, mimo że sąd I instancji rozprawę odroczoną w dniu 20 kwietnia 2011 r. prowadził w dalszym ciągu na sesji w dniu 10 maja 2011 r. i w kolejnych wyznaczonych terminach, choć skład sądu uległ zmianie, co spowodowało w konsekwencji wydanie orzeczenia, pomimo faktu, iż jeden z członków składu nie był obecny na całej rozprawie głównej. Sąd Najwyższy nie przychylił się jednak do podniesionych zarzutów i kasację oddalił.

2. Uzasadnienie prawne stanowiska Sądu Najwyższego

W uzasadnieniu swojej decyzji Sąd Najwyższy wskazał dwie zasadnicze kwestie podlegające rozstrzygnięciu. W pierwszej kolejności należało bowiem rozstrzygnąć, czy rzeczywiście w sprawie doszło do prowadzenia rozprawy w dalszym ciągu, a nie od początku. W tym zakresie Sąd Najwyższy stwierdził, że rozprawa była wbrew twierdzeniom obrońców prowadzona od początku, co następuje *ex lege*, a mylne przekonanie obrońców, że doszło do uchybienia przez prowadzenie rozprawy w dalszym ciągu zostało spowodowane tym tylko, że ten sam sąd I instancji na wcześniejszym etapie tego samego procesu wydał – wobec wcześniejszej zmiany składu – stanowiące *superfluum* postanowienie o prowadzeniu rozprawy od początku.

Skoro Sąd Najwyższy przyjął, że w rozpatrywanej sprawie rozprawa była prowadzona od początku począwszy od 10 maja 2011 r., należało w drugiej kolejności rozstrzygnąć, czy doszło do powtórzenia wszystkich czynności, które powtórzenia wymagały, albowiem zgodnie z utrwalonym już stanowiskiem Sądu Najwyższego wyrażonym w uchwale z dnia 30 września 1998 r., I KZP 13/98³ nie ma obowiązku powtarzania

² Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. Nr 89, poz. 555, t.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 1749 ze zm.).

³ Uchwała SN z dnia 30 września 1998 r., I KZP 13/98, OSNKW 1988, nr 9–10, poz. 45.

„tych części poprzedniej rozprawy, w toku których nie dokonano w ogóle czynności dowodowych, choćby zapadły na nich istotne decyzje procesowe”. W stanie faktycznym sprawy na rozprawach w dniach 28 marca i 20 kwietnia 2011 r., a zatem poprzedzających zmianę składu orzekającego, dokonano następujących czynności: dopuszczono z urzędu dowód z opinii biegłego na okoliczność stanu zdrowia jednego z oskarżonych i jego zdolności do udziału w postępowaniu sądowym (co – jak stwierdził Sąd Najwyższy – było decyzją dla niego pozytywną); oddalono wnioski obrońców o uchylenie niezolacyjnych środków zapobiegawczych (za istotne w tym kontekście Sąd uznał przede wszystkim to, że wnioski takie mogą być wielokrotnie i w każdym czasie ponawiane); oddalono wniosek jednego ze skarżących obrońców o zwrot sprawy na podstawie uchylonego już art. 345 k.p.k. w celu uzupełnienia istotnych braków postępowania przygotowawczego. Wątpliwości Sądu Najwyższego wzbudziła jedynie konieczność powtórzenia ostatniej z czynności. W tym aspekcie Sąd Najwyższy stwierdził jednak, że z uwagi na konstrukcję wniosku obrońcy (który nie wykazywał żadnych braków postępowania przygotowawczego, a w istocie w ocenie SN zmierzał do poszukiwania materiału obciążającego oskarżonego po wyeliminowaniu przez sąd nagrań z kontroli rozmów) ponowne jego rozpoznanie z urzędu przez sąd w nowym składzie „mogłoby być odczytane jako działanie na niekorzyść oskarżonych, bez najmniejszych podstaw faktycznych i prawnych”. Nadto zaś z uwagi na pogląd wyrażony w cytowanej już uchwale SN o sygnaturze I KZP 13/98 wykluczone jest uznanie, że członek składu orzekającego nie był obecny na całej rozprawie, jeżeli był on obecny podczas prowadzenia wszystkich dowodów.

3. Nieobecność jednego z członków składu na całej rozprawie głównej jako bezwzględna przyczyna odwoławcza

O ile samo rozstrzygnięcie i konkluzja Sądu Najwyższego, że w sprawie nie zaistniała bezwzględna przyczyna odwoławcza, zasługują na aprobatę, o tyle zaprezentowany sposób argumentacji może budzić pewne zastrzeżenia. Zarówno co do postanowienia o zasięgnięciu opinii biegłego, jak i w przedmiocie wniosku z art. 345 k.p.k. Sąd Najwyższy zdecydował się bowiem na badanie i ocenę korzystności podjętych czynności dla oskarżonych. Rodzi się zatem wątpliwość, czy jest to okoliczność istotna z punktu widzenia konieczności powtórzenia czynności procesowych po zmianie składu, a w konsekwencji – ustalenia, czy w sprawie wystąpiła bezwzględna przyczyna odwoławcza z art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k.

Uchybienie w postaci nieobecności jednego z członków składu orzekającego na całej rozprawie głównej zachodzi zawsze wówczas, gdy którykolwiek z sędziów lub ławników należących do składu albo z sędziów lub ławników dodatkowych, jeżeli miałby być

później do niego włączony, nie był obecny na jakimkolwiek fragmencie rozprawy głównej, w czasie którego ujawniano okoliczności stanowiące podstawę wyroku w myśl art. 410 k.p.k.⁴ Przepis art. 439 § 1 pkt 2 *in fine* k.p.k. należy bowiem interpretować z uwzględnieniem jego celu, którym jest przede wszystkim zapewnienie realizacji bezpośrednio, tj. żeby wszyscy członkowie składu orzekającego rozstrzygający sprawę zetknęli się bezpośrednio ze wszystkimi okolicznościami ujawnionymi w toku rozprawy głównej⁵, które będą następnie stanowić przedmiot narady i podstawę ustaleń faktycznych. W orzecznictwie wyrażany był wprawdzie pogląd odmienny, bardziej rygorystyczny, zgodnie z którym bezwzględna przyczynę odwoławczą stanowi nieobecność na każdym fragmencie rozprawy od chwili jej wywołania do ogłoszenia wyroku⁶. Podobnie J. Izydorczyk wskazuje, że „dla wystąpienia omawianej przyczyny odwoławczej przewidzianej w art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k. nie ma znaczenia, w jakiej fazie rozprawy członek składu orzekającego nie był obecny i jak długo trwała jego nieobecność”⁷. Wydaje się jednak, że z uwagi na daleko idące skutki zaistnienia bezwzględnych przyczyn odwoławczych, powodujących przecież zawsze uchylene wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania bądź umorzenie postępowania, oraz ich wyjątkowy charakter, bardziej trafne jest zawężające rozumienie przepisu art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k.⁸, zbieżne również z zasadą *exceptiones non sunt extendendae*.

Nie ulega natomiast wątpliwości, że wszystkie czynności dowodowe muszą zostać przeprowadzone w obecności wszystkich członków składu orzekającego. Obowiązkowa jest również ich obecność w czasie odebrania danych osobopoznawczych oskarżonego

⁴ D. Świecki, [w:] *idem* (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz. Tom II*, wyd. II, Wolters Kluwer, Warszawa 2015, s. 147–149. Podobnie, jak się wydaje, D. Karczmarska, *Bezwzględne przyczyny odwoławcze a dopuszczalność konwalidacji orzeczenia*, [w:] W. Cieślak, S. Steinborn (red.), *Profesor Marian Cieślak – osoba, dzieło, kontynuacje*, Wolters Kluwer, Warszawa 2013, s. 794–795, 797. Por. jednak wyrok SN z dnia 14 lutego 2001 r., V KKN 368/00, OSNKW 2001, nr 3–4, poz. 2006, w którym wyrażono pogląd, że bezwzględna przyczynę odwoławczą stanowi również nieobecność jednego z członków składu na ogłoszeniu wyroku.

⁵ Tak SN m.in. w: wyroku z dnia 11 sierpnia 1999 r., V KKN 229/99, OSNKW 1999, nr 9–10, poz. 60; wyroku z dnia 1 sierpnia 2007 r., IV KK 150/07, LEX nr 296714; postanowieniu z dnia 2 marca 2009 r., V KK 319/08, OSNKW 2009, nr 6, poz. 49.

⁶ Wyrok SN z dnia 14 grudnia 2001 r., II KKN 283/01, „Prokuratura i Prawo” – wkł. 2002, nr 9, poz. 9.

⁷ J. Izydorczyk, *Granice orzekania sądu odwoławczego w polskiej procedurze karnej*, Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, Łódź 2010, s. 227.

⁸ Zob. S. Steinborn, J. Grajewski, [w:] L.K. Paprzycki (red.), *Komentarz aktualizowany do art. 425–673 Kodeksu postępowania karnego*, LEX/el. [dostęp: 14.07.2017], których zdaniem bezwzględna przyczyna odwoławcza określona w art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k. ma miejsce wówczas, gdy choćby jeden z członków składu orzekającego nie był obecny podczas czynności, które ze swej istoty mogą być przeprowadzone wyłącznie na rozprawie, tj. podczas rozpoczęcia przewodu sądowego, przeprowadzania dowodów w toku przewodu sądowego, wysłuchania głosów stron. W literaturze powszechnie przyjmuje się, że zamknięty katalog bezwzględnych przyczyn odwoławczych nie może być interpretowany rozszerzająco, gdyż jest to regulacja wyjątkowa – zob. J. Izydorczyk, *op. cit.*, s. 216; H. Paluszkiwicz, *Sporządzanie środków odwoławczych w postępowaniu karnym*, C.H. Beck, Warszawa 2013, s. 114.

w fazie wstępnej rozprawy, a także głosów stron i wyrokowania⁹. Nie zachodzi natomiast bezwzględna przyczyna odwoławcza w razie nieobecności niektórych członków w czasie podejmowania decyzji incydentalnych lub czynności porządkowych (np. w czasie sprawdzania obecności czy podejmowania decyzji o odroczeniu rozprawy). W piśmiennictwie słusznie bowiem podniesiono, że wskazane w art. 439 § 1 k.p.k. uchybienia dotyczyć mają „zaskarżonego orzeczenia”, a nie decyzji incydentalnych wydawanych w toku postępowania¹⁰. Uchybienia przy podejmowaniu decyzji incydentalnych wywoływałyby jedynie konieczność uchylenia tych właśnie decyzji, o ile byłyby one zaskarżalne. Pogląd ten znajduje odzwierciedlenie w utrwalonym orzecznictwie Sądu Najwyższego, który do tychczas przyjmował m.in., że nie powoduje konieczności uchylenia orzeczenia podjęcie bez udziału niektórych członków składu postanowienia o wyznaczeniu sędziego do przeprowadzenia oględzin¹¹.

Jednocześnie należy podkreślić, że nie ma znaczenia dla zaistnienia uchybienia, jakiego rodzaju czynności dowodowe zostały przeprowadzone pod nieobecność jednego z członków składu. W szczególności nie ma znaczenia wynik przeprowadzonej czynności dowodowej oceniany z punktu widzenia interesów oskarżonego (na marginesie jedynie warto zauważyć, że wątpliwości budziłyby kryteria tej oceny, zwłaszcza że na etapie zmiany składu orzekającego sąd nie może powziąć już przekonania o korzystnym bądź nie wyniku określonych czynności dla oskarżonego). Uchybienie nie traci charakteru bezwzględnej przyczyny odwoławczej, choćby nie naruszało interesów strony skarżącej wyrok. Wynika to z samej istoty pojęcia bezwzględnej przyczyny odwoławczej, którą zgodnie definiuje się w doktrynie jako tak rażące uchybienia zasadom prawidłowego procedowania, że – niezależnie od rzeczywistego czy potencjalnego wpływu na treść orzeczenia – czynią one wyrok niesprawiedliwym z uwagi na fakt jego wydania w nierzetelnym procesie¹². Niedopuszczalne jest jakiegokolwiek relatywizowanie bezwzględnych przyczyn odwoławczych z uwagi na wynik procesu czy – w badanym wypadku – z uwagi na wynik konkretnej czynności dowodowej. Co do zasady w razie stwierdzenia bezwzględnej przyczyny odwoławczej, w tym wskazanej w art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k., bez znaczenia pozostaje rodzaj zaskarżonego orzeczenia i kierunek jego zaskarżenia. Kierunek zaskarżenia orzeczenia ma znaczenie tylko dla oceny obowiązywania tzw. pośredniego zakazu *reformationis in peius*, czyli zakazu pogarszania sytuacji oskarżonego w postępowaniu ponownym, toczącym się po uchyleniu zaskarżonego orzeczenia¹³. Jeżeli bowiem orzeczenie zostało zaskarżone jedynie na korzyść oskarżonego, a następnie

⁹ D. Świecki, [w:] *idem* (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz...*, s. 147.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ Cytowany już wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 sierpnia 1999 r., V KKN 229/99.

¹² D. Świecki, *Apelacja w postępowaniu karnym*, LexisNexis, Warszawa 2012, s. 233.

¹³ *Ibidem*, s. 226.

uchylone z powodu bezwzględnej przyczyny odwoławczej, to w postępowaniu ponownym nie może zapaść orzeczenie surowsze niż pierwotnie. Dodatkowo rodzaj zaskarżonego orzeczenia ma znaczenie w razie stwierdzenia jednej z bezwzględnych przyczyn odwoławczych wskazanych w art. 439 § 1 pkt 9–11 k.p.k., z powodu których – zgodnie z art. 439 § 2 k.p.k. – wyrok może zostać uchylony jedynie na korzyść oskarżonego, choćby nawet kierunek jego zaskarżenia był przeciwny. W literaturze trafnie podnosi się, że uchyleniu z przyczyn wskazanych w art. 439 § 1 pkt 9–11 k.p.k. nie podlega orzeczenie uniewinniające, bowiem po ponownym przeprowadzeniu postępowania wydane mogłoby być jedynie orzeczenie tożsame, a to właśnie z uwagi na pośredni zakaz *reformationis in peius*¹⁴.

4. Wnioski końcowe

Przenosząc powyższe uwagi na grunt głosowanego orzeczenia, należy wskazać, że rzeczywiście nie wymagały powtórzenia po zmianie składu orzekającego decyzje procesowe podjęte w pierwotnym składzie, a dotyczące dopuszczenia dowodu z opinii biegłych oraz rozstrzygnięcia wniosków o uchylenie środków zapobiegawczych i o zwrot sprawy do postępowania przygotowawczego celem jego uzupełnienia. Nie są to bowiem ze swej istoty czynności wymagające powtórzenia, skoro nie doszło w ich trakcie do ujawnienia okoliczności, które miałyby następnie stanowić podstawę rekonstrukcji stanu faktycznego na etapie wyrokowania. Nie jest możliwe ani celowe powtórne podejmowanie w razie zmiany składu orzekającego wszystkich czynności procesowych; S. Steinborn przytacza w tym kontekście trafne przykłady: niepowtarzalnej decyzji o wydaleniu publiczności z sali rozpraw w konkretnym dniu lub postanowienia o przedłużeniu tymczasowego aresztowania¹⁵, stwierdzając przy tym, że „trudno doszukiwać się uchybienia w [incydentalnej – przyp. autorki] decyzji procesowej, jeśli już po jej wydaniu następuje zmiana składu orzekającego”¹⁶. Ponowne rozpoznanie choćby wniosku o uchylenie środka zapobiegawczego tak czy inaczej nie odniosłoby skutku wstecznego, skoro od chwili jego pierwotnego rozpoznawania środek był wciąż wykonywany; nie bez znaczenia pozostaje również możliwość złożenia ponownego wniosku w każdym czasie (art. 254 § 1 k.p.k.), a także ciążyący na organie prowadzącym postępowanie obowiązek uchylenia środka z urzędu, z chwilą gdy ustały przyczyny jego zastosowania lub powstały przyczyny uzasadniające jego uchylenie lub zmianę (art. 253 § 1 k.p.k.).

¹⁴ J. Izydorzycy, *op. cit.*, s. 218–219.

¹⁵ S. Steinborn, *Konwalicacja 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. 78–82.

¹⁶ *Ibidem*, s. 80.

W odniesieniu do wydawania przez pierwotny skład orzekający postanowień dowodowych czy w przedmiocie środków zapobiegawczych należy również zwrócić uwagę, że w czasie odroczenia lub przerwy w rozprawie mogą one być przecież wydawane na posiedzeniu, na którym dopuszczalne jest orzekanie w innym składzie niż rozpoznający sprawę i nie stanowi to w ogóle uchybienia procesowego¹⁷. Dlatego też trudno podjęcie tożsamej decyzji nie na posiedzeniu, lecz na rozprawie, w składzie, który na posiedzeniu byłby dopuszczalny, traktować w kategoriach bezwzględnej przyczyny odwoławczej. Trafnie zatem w głosowanym postanowieniu Sąd Najwyższy przyjął, że nie stanowiła bezwzględnej przyczyny odwoławczej nieobecność członków składu ostatecznie rozpoznających sprawę przy rozpatrywaniu wniosków o uchylenie środków zapobiegawczych, o zwrot sprawy do uzupełnienia postępowania przygotowawczego, a także w składzie wydającym postanowienie o dopuszczeniu dowodu z opinii biegłego.

Nie zasługuje jednak na aprobatę to, że w rozważaniach Sądu Najwyższego pojawił się problem oceny, czy czynności przeprowadzone pod nieobecność niektórych członków składu były korzystne dla oskarżonego, czy też nie. Jak wyżej wskazano, do istoty bezwzględnych przyczyn odwoławczych należy całkowita niezależność od wpływu na treść orzeczenia¹⁸. Nie budzi wątpliwości, że nie ma także znaczenia dla stwierdzenia, czy zaistniała bezwzględna przyczyna odwoławcza, stosunek stwierdzanego uchybienia do interesów procesowych oskarżonego. Powyższe rozumowanie Sądu Najwyższego prowadzi w konsekwencji do niebezpiecznego relatywizowania bezwzględnych przyczyn odwoławczych, a w konsekwencji stwarza ryzyko powstania niespójności w orzecznictwie sądów powszechnych w tak kluczowym zakresie. Wprawdzie w głosowanym postanowieniu badanie przez Sąd Najwyższy powyższych okoliczności nie wpłynęło w żaden sposób na treść orzeczenia, gdyż z innych przyczyn bezwzględna przyczyna odwoławcza nie zaistniała, należy jednak z całą mocą podkreślić, że uwzględnianie takich kryteriów przy ustalaniu istnienia bezwzględnej przyczyny odwoławczej nie jest dopuszczalne.

¹⁷ *Ibidem*, s. 79–80; T. Grzegorzczak, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, Wolters Kluwer, Warszawa 2014, s. 231–232; W. Grzeszczyk, *Postępowanie dowodowe na rozprawie odwoławczej*, „Prokuratura i Prawo” 2008, nr 3, s. 21.

¹⁸ H. Paluszkiwicz, *op. cit.*, s. 115; D. Świecki, *Apelacja...*, s. 224.

Bibliografia

Źródła

- Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. Nr 89, poz. 555, t.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 1749 ze zm.).
- Uchwała SN z dnia 30 września 1998 r., I KZP 13/98, OSNKW 1988, nr 9–10, poz. 45.
- Wyrok SN z dnia 11 sierpnia 1999 r., V KKN 229/99, OSNKW 1999, nr 9–10, poz. 60.
- Wyrok SN z dnia 14 lutego 2001 r., V KKN 368/00, OSNKW 2001, nr 3–4, poz. 2006.
- Wyrok SN z dnia 14 grudnia 2001 r., II KKN 283/01, „Prokuratura i Prawo” – wkł. 2002, nr 9, poz. 9.
- Wyrok SN z dnia 1 sierpnia 2007 r., IV KK 150/07, LEX nr 296714.
- Postanowienie SN z dnia 2 marca 2009 r., V KK 319/08, OSNKW 2009, nr 6, poz. 49.
- Postanowienie SN z dnia 7 czerwca 2016 r., V KK 30/16, OSNKW 2016, nr 9, poz. 61.

Literatura

- Grzegorzczyk T., Tylman J., *Polskie postępowanie karne*, Wolters Kluwer, Warszawa 2014.
- Grzeszczyk W., *Postępowanie dowodowe na rozprawie odwoławczej*, „Prokuratura i Prawo” 2008, nr 3.
- Izydorczyk J., *Granice orzekania sądu odwoławczego w polskiej procedurze karnej*, Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, Łódź 2010.
- Karczmarzka D., *Bezwzględne przyczyny odwoławcze a dopuszczalność konwalidacji orzeczenia* [w:] W. Cieślak, S. Steinborn (red.), *Profesor Marian Cieślak – osoba, dzieło, kontynuacje*, Wolters Kluwer, Warszawa 2013.
- Paluszkiewicz H., *Sporządzanie środków odwoławczych w postępowaniu karnym*, C.H. Beck, Warszawa 2013.
- Paprzycki L.K. (red.), *Komentarz aktualizowany do art. 425–673 Kodeksu postępowania karnego*, LEX/el.
- Steinborn S., *Konwalidacja wadliwej rozprawy oraz częściowe uchylene 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 D. (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz. Tom II*, wyd. II, Wolters Kluwer, Warszawa 2015.
- Świecki D., *Apelacja w postępowaniu karnym*, LexisNexis, Warszawa 2012.

Maciej Błażewski
Uniwersytet Wrocławski

Zasada zapewnienia bezpieczeństwa w e-administracji

The principle of security in e-government

Streszczenie

Zasada zapewnienia bezpieczeństwa w e-administracji jest zasadą prawa, która służy stanowieniu i stosowaniu przepisów prawa w związku z administrowaniem i użytkowaniem systemów teleinformatycznych i środków komunikacji elektronicznej. Celem zapewnienia bezpieczeństwa w e-administracji jest ochrona przechowywanych i przekazywanych informacji. Zasada ta pozwala ujednoczyć wykładnię przepisów prawa regulujących e-administrację, które są znacznie zróżnicowane.

Słowa kluczowe

środek komunikacji elektronicznej, e-administracja, system teleinformatyczny, bezpieczeństwo informacji

Abstract

The principle of security of e-government is the principle of law, which serves lawmaking and exercise of law in connection with the administration and use of ICT systems and means of electronic communication. The objective of ensuring safety of e-government is the protection of stored and transmitted information. This principle allows unifying the interpretation of laws regulating e-government, which are significantly varied.

Keywords

means of electronic communication, e-government, ICT systems, safety of information

1. Wstęp

Rozwój e-administracji jest warunkowany stworzeniem i utrzymaniem poczucia zaufania wśród pracowników administracji publicznej, obywateli i przedsiębiorców względem używanej technologii informacyjno-komunikacyjnej (ICT – *Information and Communication Technologies*), w tym systemów teleinformatycznych i środków komunikacji elektronicznej¹. E-administracja jest narzędziem komunikacji pomiędzy tymi podmiotami służącym poprawie jakości działań wykonywanych przez organy ad-

¹ Zob. A. Pawluczuk, P. Drożdżewicz, E. Grudzińska, K. Hołubowicz, *Strony internetowe urzędów gmin jako element wsparcia e-administracji w gminie*, „Samorząd Terytorialny” 2014, nr 5, s. 36–37. Bezpieczeństwo jest jednym z kryteriów wyboru technologii informacyjno-komunikacyjnej przez obywateli

ministracji publicznej². Celem opracowania jest wykazanie, że zasada zapewnienia bezpieczeństwa w e-administracji, jako zasada prawa, ma na celu stosowanie wysokiej jakości warunków i wymagań technicznych i organizacyjnych dla sprawnej ochrony przekazywanych oraz przechowywanych informacji.

2. Zasada zapewnienia bezpieczeństwa w e-administracji jako zasada prawa

Zasada zapewnienia bezpieczeństwa w e-administracji jest zasadą prawa mającą wpływ na stanowienie i stosowanie prawa, w tym wykładnię przepisów regulujących administrowanie systemami teleinformatycznymi i środkami komunikacji elektronicznej oraz ich użytkowanie. Zasada zapewnienia bezpieczeństwa w e-administracji jest zasadą prawa o opisowym charakterze³, ponieważ jej treść można wyprowadzić z szeregu norm prawnych zawartych m.in. w ustawie o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne⁴, ustawie o ochronie danych osobowych⁵, w innych ustawach oraz wielu rozporządzeniach⁶. Zgodnie z tą zasadą administratorzy i użytkownicy systemów teleinformatycznych i środków komunikacji elektronicznej powinni wykonywać czynności o charakterze technicznym i organizacyjnym, w celu ochrony informacji publicznej oraz prywatnej⁷. Przepisy prawne dotyczące tych systemów oraz środków komunikacji powinny zatem być stanowione oraz interpretowane w sposób zapewniający bezpieczeństwo tych informacji⁸. Zasada ta nie ma absolutnego charakteru,

oraz przedsiębiorców. Zob. K. Kościński, *Podatnik jako użytkownik i współtwórca usług elektronicznej administracji podatkowej*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2010, nr 10, s. 55–56.

² M. Stachowicz, Sz. Mamrot, *Standaryzacja jako czynnik optymalizacji usług świadczonych przez administrację publiczną*, „Samorząd Terytorialny” 2015, nr 5, s. 67.

³ Problematykę zasad prawa o charakterze opisowym przedstawiła S. Wronkowska, *System prawny a porządek prawny i ład społeczny*, [w:] S. Wronkowska, Z. Ziemiński (red.), *Zarys teorii prawa*, Ars boni et aequi, Poznań 1997, s. 187.

⁴ Ustawa z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (t.j. Dz. U. z 2014 r., poz. 1114 ze zm.).

⁵ Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych (t.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 922), dalej u.o.d.o.

⁶ Przepisy prawne, z których wywiedziono zasadę zapewnienia bezpieczeństwa w e-administracji, są wyrażone m.in. w aktach prawnych powołanych w kolejnych przypisach tego opracowania.

⁷ Nauka prawa administracyjnego podkreśla duże znaczenie bezpieczeństwa informacji przechowywanych w systemach teleinformatycznych lub przekazywanych za pośrednictwem środków komunikacji elektronicznej. Zob. B. Michalak, *Bezpieczeństwo informacji w rejestrach medycznych*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2010, z. 2, s. 145–146.

⁸ Problematykę znaczenia zasad prawa dla procesu stanowienia oraz stosowania prawa przedstawiła S. Wronkowska, *System prawny...*, s. 188.

ponieważ zabezpieczenie informacji nie może uniemożliwiać lub znacznie utrudniać do nich dostępu lub ich modyfikacji przez osoby uprawnione⁹.

3. Sfery bezpieczeństwa informacji w e-administracji

Zapewnienie bezpieczeństwa w e-administracji obejmuje dwie sfery: przekazywanie i przechowywanie informacji. Bezpieczeństwo przekazania informacji jest gwarantowane przez warunki i wymagania techniczne dotyczące środków komunikacji elektronicznej, które związane są z trzema kierunkami komunikacji: do pracowników administracji publicznej (G2G – *government to government*), do obywateli (G2C – *government to citizen*) oraz do przedsiębiorców (G2B – *government to business*)¹⁰. Bezpieczeństwo przechowywania informacji jest związane m.in. z wymaganiami technicznymi dla rejestrów publicznych¹¹. Podmiotami zabezpieczającymi przechowywanie informacji są administratorzy systemów teleinformatycznych, którymi są organy administracji publicznej oraz inne podmioty wykonujące zadania publiczne¹².

⁹ M. Błażewski, *Wartości w e-administracji i ich wyważenie*, [w:] J. Zimmermann, *Aksjologia prawa administracyjnego*, Wolters Kluwer, Warszawa 2017, s. 205-206. Autor przedstawia problematykę wyważenia powszechności i bezpieczeństwa elektronicznej administracji.

¹⁰ B. Kasprzyk, *Aspekty funkcjonowania e-administracji dla jakości życia obywateli*, [w:] M.G. Woźniak, *Nierówności społeczne a wzrost gospodarczy. Społeczeństwo informacyjne – regionalne aspekty rozwoju*, Wydawnictwo Uniwersytetu Rzeszowskiego, Rzeszów 2011, s. 343–344; 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.

¹¹ Wymagania techniczne mające zapewnić bezpieczeństwo przechowania informacji na rejestrach publicznych prowadzonych z wykorzystaniem systemów teleinformatycznych zostały przedstawione w przypisach do dwóch fragmentów tego opracowania, to jest: 1. bezpieczeństwo informacji przekazywanej za pośrednictwem systemów teleinformatycznych oraz 2. środki zapewnienia bezpieczeństwa informacji.

¹² W świetle art. 3 ust. 1 i art. 3 ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 7 pkt 4 u.o.d.o. administratorem danych może być organ państwowy, organ samorządu terytorialnego, państwowa lub komunalna jednostka organizacyjna oraz podmiot niepubliczny realizujący zadania publiczne. Zgodnie z wykładnią celowościową art. 7 pkt 2a u.o.d.o. przetwarzanie danych przez ich administratora może odbywać się w systemie teleinformatycznym. Na takie rozumienie tych przepisów wskazuje nauka prawa. Zdaniem A. Drozda na podmioty odpowiedzialne za zapewnienie bezpieczeństwa informacji został nałożony także obowiązek ochrony danych osobowych w prowadzonych przez nie systemach teleinformatycznych. Na zapewnienie bezpieczeństwa danych w tych systemach składa się m.in. stosowanie środków technicznych i organizacyjnych uniemożliwiających nieuprawnione przetwarzanie danych. Zob. A. Drozd, *Ustawa o ochronie danych osobowych. Komentarz. Wzory pism i przepisów*, Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis, Warszawa 2007, s. 19–20, 65. Jak wskazuje I. Zgoliński, aktualne przepisy ustawy o ochronie danych odnoszą się do pojęcia systemu teleinformatycznego w znaczeniu ścisłym, czyli związanym z przetwarzaniem danych w drodze elektronicznej. Zob. I. Zgoliński, *Komentarz do art. 7*, [w:] I. Zgoliński, I. Zduński (red.), *Praktyczny komentarz do ustawy o ochronie danych osobowych*, Wydawnictwo Kujawsko-Pomorskiej Szkoły Wyższej, Bydgoszcz 2013, s. 44. Zdaniem M. Ganczar ochrona danych przez organy administracji publicznej odnosi się m.in. do rejestrów publicznych, które są prowadzone przez te organy. Szczególna potrzeba ochrony danych ma miejsce w odniesieniu do systemów teleinformatycznych, w przypadku których istnieje znaczne potencjalne niebezpieczeństwo nieprawidłowego wyprowadzenia tych danych ze zbioru znajdującego się w tych systemach. Zob. M. Ganczar, *Obowiązki administracji publicznej w za-*

Przepisy prawa określają jedynie szczegółowe cele i ramy dla warunków i wymagań organizacyjnych i technicznych dla środków komunikacji elektronicznej oraz systemów teleinformatycznych.

Warunki organizacyjno-techniczne pobierania i gromadzenia danych są określone przez przepisy ustawy o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne¹³. Przepisy szczególne odwołują się także, w sytuacjach nieuregulowanych przez powyższe wymagania, do norm pozaprawnych, w tym do norm ISO¹⁴. Administrator systemu teleinformatycznego posiada częściową swobodę określania ram ochrony systemu teleinformatycznego. Może on dookreślać regulacje prawne m.in. za pomocą systemu bezpieczeństwa informacji¹⁵.

Przepisy prawa oraz normy pozaprawne mają na celu zapewnienie wysokiego standardu przesyłania oraz przechowywania informacji, w tym zapewnienie ich rzetelności,

kresie ochrony danych osobowych, [w:] G. Szpor (red.), *Ochrona danych osobowych. Skuteczność regulacji*, Municipium, Warszawa 2009, s. 114, 115.

Także inne przepisy prawne wskazują, że część systemów teleinformatycznych administrowanych przez podmioty prywatne służy wykonywaniu zadań publicznych. Systemy te pozwalają prowadzić m.in. przez lekarza weterynarii rejestr psów zaszczepionych przeciwko wściekliznie (rozporządzenie Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi z dnia 28 czerwca 2004 r. w sprawie wzoru i szczegółowego sposobu prowadzenia rejestru psów zaszczepionych przeciwko wściekliznie oraz wzoru zaświadczenia o szczepieniu psa przeciwko wściekliznie, Dz. U. Nr 160, poz. 1672).

¹³ Zgodnie z § 4 ust. 5 rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 6 czerwca 2013 r. w sprawie Systemu Ewidencji Zasobów Ochrony Zdrowia (Dz. U., poz. 671), dalej r.z.o.z., System Ewidencji Zasobów Ochrony Zdrowia, w zakresie warunków organizacyjno-technicznych gromadzenia i pobierania danych, powinien być zgodny z warunkami określonymi w przepisach ustawy o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne. W świetle § 4 ust. 2 rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 7 marca 2016 r. w sprawie Rejestru Medycznie Wspomaganej Prokreacji (Dz. U., poz. 316), dalej r.r.m.w.p., Minister Zdrowia, prowadząc Rejestr Medycznie Wspomaganej Prokreacji, opracowuje, wdraża, nadzoruje, utrzymuje oraz modyfikuje system zarządzania bezpieczeństwem informacji zgodnie z przepisami ustawy o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne.

¹⁴ § 4 ust. 5 r.z.o.z.; § 4 ust. 2 rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 19 kwietnia 2013 r. w sprawie Systemu Rejestru Usług Medycznych Narodowego Funduszu Zdrowia (Dz. U., poz. 514).

¹⁵ § 4 ust. 2 r.r.m.w.p.; § 5 ust. 2 rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 29 sierpnia 2016 r. w sprawie Polskiego Rejestru Wrodzonych Wad Rozwojowych (Dz. U., poz. 1383); § 4 ust. 2 rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 4 marca 2016 r. w sprawie Ogólnopolskiego Rejestru Ostrego Zespołu Wienicowych (Dz. U., poz. 320); § 4 ust. 2 rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 23 marca 2016 r. w sprawie Rejestru Nowotworów Niezłśliwych Dużych Gruczołów Ślinowych (Dz. U., poz. 404), dalej r.r.n.n. Nauka prawa, w części dotyczącej ochrony danych osobowych, wskazuje, że celem zapewnienia bezpieczeństwa danych osobowych przetwarzanych za pomocą systemów teleinformatycznych jest zapewnienie optymalnego poziomu bezpieczeństwa całości danych w organizacji, w tym wypełnienie dyspozycji ustawowych oraz przeprowadzenie kontroli przetwarzania tych danych. Zob. T.A.J. Banyś, J. Łuczak, *Zabezpieczenie danych osobowych*, [w:] T.A.J. Banyś, E. Bielak-Jomaa, M. Kuba, J. Łuczak (red.), *Prawo ochrony danych osobowych. Podręcznik dla studentów i praktyków*, Difin, Warszawa 2016, s. 139.

kompletności¹⁶, integralności¹⁷ oraz aktualności¹⁸, jak również ochrony informacji poufnych¹⁹ i prywatnych przed ich nieupoważnionym udostępnieniem²⁰.

Określenie w przepisach prawa celów i ram dla warunków i wymagań organizacyjnych i technicznych pozwala podmiotom odpowiedzialnym za zapewnienie bezpieczeństwa dostosowanie się do zmiennych uwarunkowań społecznych oraz rozwoju technologii, dzięki czemu możliwe jest zachowanie wysokich standardów bezpieczeństwa, czyli takich, które odpowiadają w sposób optymalny aktualnym zagrożeniom.

4. Bezpieczeństwo informacji przekazywanej i przechowywanej za pośrednictwem systemów teleinformatycznych

Zasada zapewnienia bezpieczeństwa w e-administracji obejmuje ciągłą ochronę procesu przekazywania i przechowywania informacji za pośrednictwem systemów teleinformatycznych i środków komunikacji elektronicznej²¹. Ingerencja w proces przeka-

¹⁶ Zgodnie z art. 34 ust. 1 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (t.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 963 ze zm.) Zakład Ubezpieczeń Społecznych ma obowiązek zapewnić rzetelność i kompletność informacji zgromadzonych na kontach ubezpieczeniowych i na kontach płatników składek.

¹⁷ Przepisy prawa częściowo określają obowiązek zapewnienia integralności przechowywanych danych. Zgodnie z § 4 ust. 2 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 27 września 2005 r. w sprawie sposobu, zakresu i trybu udostępniania danych zgromadzonych w rejestrze publicznym (Dz. U. Nr 205, poz. 1692 ze zm.), dalej r.u.r.p., podmiot, któremu udostępniono dane zgromadzone w rejestrze publicznym, odpowiada m.in. za integralność zgromadzonych danych.

¹⁸ Przepisy prawa częściowo nakładają na administratorów systemów teleinformatycznych obowiązek aktualizacji przechowywanych informacji. Zgodnie z § 3 ust. 3 rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 25 kwietnia 2006 r. w sprawie prowadzenia krajowego rejestru przeszczepień (Dz. U. Nr 76, poz. 542), dalej r.k.r.p., krajowy rejestr przeszczepień powinien umożliwić aktualizację danych, identyfikując czas i osobę dokonującą aktualizacji oraz określając dane sprzed aktualizacji. W świetle § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 20 grudnia 2012 r. w sprawie sposobu prowadzenia przez marszałka województwa rejestru wyrobów zawierających azbest (Dz. U., poz. 25), dalej r.r.w.a., system teleinformatyczny zapewniający prowadzenie rejestru wyrobów zawierających azbest powinien umożliwiać aktualizację informacji dotyczących województw, powiatów, gmin, miejscowości i ulic zgodnie z rejestrem TERYT.

¹⁹ Zgodnie z § 2 ust. 3 rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 5 kwietnia 2012 r. w sprawie rejestru lekarzy odbywających szkolenie specjalizacyjne (Dz. U., poz. 415), dalej r.r.l., przekazanie danych do rejestru lekarzy odbywających szkolenie specjalizacyjne powinno gwarantować ich poufność. W świetle § 7 rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 20 października 2015 r. w sprawie rejestru dawców komórek rozrodczych i zarodków (Dz. U., poz. 1745), dalej r.r.d.k., przekazanie drogą elektroniczną danych do rejestru dawców komórek rozrodczych i zarodków powinno nastąpić za pomocą połączenia gwarantującego poufność przekazanych danych.

²⁰ W świetle § 6 ust. 4 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 17 stycznia 2013 r. w sprawie zintegrowanego systemu informacji o nieruchomościach (Dz. U., poz. 249), przechowanie danych osobowych w zintegrowanym systemie informacji o nieruchomościach odbywa się zgodnie z zasadami określonymi w przepisach szczególnych dotyczącymi wysokiego poziomu bezpieczeństwa. Zgodnie z § 4 r.k.r.p. dane gromadzone w krajowym rejestrze przeszczepień powinny być przechowywane w sposób zapewniający ochronę danych osobowych biorcy przed osobami nieuprawnionymi.

²¹ Jak słusznie wskazał A. Drozd, odnosząc się do problematyki ochrony danych, zapewnienie bezpieczeństwa powinno mieć dynamiczny charakter, czyli powinno być właściwe co do zmieniających się zagrożeń. Zob. A. Drozd, *Ustawa o ochronie danych...*, s. 249. Podobnie uważa I. Zduński, który wskazuje, że systemy teleinformatyczne służące ochronie danych powinny być ciągle udoskonalane. Zob. I. Zduński, *Ko-*

zywania oraz przechowywania informacji może być związana z czynnikami przypadkowymi lub umyślnie wywołanymi przez użytkowników lub osoby trzecie²². Organy administracji publicznej oraz inne podmioty wykonujące zadania publiczne, które zarządzają systemami teleinformatycznymi i środkami komunikacji elektronicznej, powinny zapewnić ochronę przekazywanych i przechowywanych informacji przed: utratą²³, usunięciem²⁴, zniszczeniem²⁵, uszkodzeniem²⁶, zatarciem²⁷, zniekształceniem²⁸, nieuprawnioną zmianą²⁹ oraz wykorzystaniem niezgodnie z celem³⁰. Zabezpieczenie systemu teleinformatycznego dotyczy także ochrony przed nieuprawnioną ingerencją osób trzecich obejmującej uniemożliwienie m.in. dostępu do nich przez osoby nieupoważnione³¹, w tym kradzieży danych³² oraz dokonanie wpisu przez osoby nieuprawnione do rejestru publicznego prowadzonego elektronicznie³³.

5. Środki zapewnienia bezpieczeństwa informacji

Przepisy prawa wprowadzają szereg środków zapewnienia bezpieczeństwa informacji przekazywanej lub przechowywanej za pomocą systemów teleinformatycznych

mentarz do art. 36, [w:] I. Zgoliński, I. Zduński (red.), Praktyczny komentarz..., s. 155. Na potrzebę ciągłego podejmowania czynności zapewniających bezpieczeństwo ochrony danych, m.in. w systemach teleinformatycznych, wskazują także T.A.J. Baniś oraz J. Łuczak, Zabezpieczenie danych osobowych..., s. 140.

²² Zgodnie z § 6 pkt 2 r.r.d.k. ochrona danych zawartych w rejestrze dawców komórek rozrodczych i zarodków powinna być chroniona przed przypadkowym lub nieuprawnionym zniszczeniem.

²³ Art. 6 ustawy z dnia 18 grudnia 2003 r. o krajowym systemie ewidencji producentów, ewidencji gospodarstw rolnych oraz ewidencji wniosków o przyznanie płatności (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 807 ze zm.), dalej u.k.s.e.p.; § 4 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 10 maja 2013 r. w sprawie ewidencji obrotu towarami o znaczeniu strategicznym (Dz. U., poz. 619), dalej r.e.o.t.; art. 36 ust. 1 u.o.d.o.

²⁴ § 4 ust. 3 rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 25 kwietnia 2006 r. w sprawie centralnego rejestru niespokrewnionych dawców szpiku i krwi pępowinowej (Dz. U. Nr 79, poz. 557 ze zm.), dalej r.c.r.d.s.; § 4 rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 23 lipca 2009 r. w sprawie sposobu prowadzenia przez marszałka województwa rejestru dotyczącego PCB (Dz. U. Nr 124, poz. 1034), dalej r.p.c.b.; § 5 ust. 2 pkt 4 r.r.w.a.

²⁵ § 4 ust. 1 pkt 2 r.e.o.t.; § 6 pkt 2 r.r.d.k.; art. 36 ust. 1 u.o.d.o.

²⁶ § 4 ust. 1 pkt 2 r.e.o.t.; art. 36 ust. 1 u.o.d.o.

²⁷ § 4 r.p.c.b.

²⁸ § 4 r.p.c.b.; § 5 ust. 2 pkt 4 r.r.w.a.; art. 36 ust. 1 u.o.d.o.

²⁹ § 4 ust. 1 r.u.r.p.

³⁰ § 4 ust. 1 pkt 3 r.e.o.t.

³¹ § 3 ust. 7 r.r.l.; § 7 ust. 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 19 grudnia 2016 r. w sprawie rejestru funduszy inwestycyjnych (Dz. U., poz. 2188); § 6 pkt 1 r.r.d.k.; § 3 ust. 1 rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych z dnia 24 grudnia 2014 r. w sprawie trybu i terminów przekazywania danych pomiędzy rejestrem PESEL a rejestrami centralnymi (Dz. U., poz. 1942); § 4 ust. 1 r.r.n.n.; § 5 r.c.r.d.s.; § 2 ust. 2 rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 28 czerwca 2001 r. w sprawie określenia wzorów ewidencji i rejestrów prowadzonych w postępowaniu w sprawie repatriacji oraz sposobu przetwarzania danych zawartych w tych ewidencjach i rejestrach (Dz. U. Nr 73, poz. 778 ze zm.); § 4 ust. 1 pkt 4 r.e.o.t.; art. 6 u.k.s.e.p.; art. 36 ust. 1 u.o.d.o.

³² § 4 ust. 1 pkt 3 r.e.o.t.; art. 36 ust. 1 u.o.d.o.

³³ § 2 rozporządzenia Ministra Kultury i Dziedzictwa Narodowego z dnia 26 stycznia 2012 r. w sprawie sposobu prowadzenia i udostępniania rejestru instytucji kultury (Dz. U., poz. 189).

oraz środków komunikacji elektronicznej. Środki te są zróżnicowane ze względu na rodzaj chronionej informacji. Prawodawca, stanowiąc prawo, powinien uwzględnić zasadę zapewnienia bezpieczeństwa w e-administracji poprzez wprowadzenie unormowań przewidujących stosowanie odpowiednich środków. Środkami zapewnienia bezpieczeństwa informacji są m.in. potwierdzenie tożsamości, weryfikowanie, monitoring systemów teleinformatycznych, szyfrowanie, zapewnienie kopii zapasowej oraz równorzędnych sposobów przekazywania danych.

Przekazanie danych organowi administracji publicznej wymaga potwierdzenia tożsamości podmiotu wysyłającego te dane. Przepisy prawa wprowadzają szeroki katalog środków potwierdzających tożsamość, zróżnicowany w zależności od rodzaju systemu teleinformatycznego oraz przekazywanych danych. Środkami potwierdzającymi tożsamość są: kwalifikowany podpis elektroniczny³⁴ oraz podpis potwierdzony profilem zaufanym ePUAP³⁵, jak również inny środek zapewniający możliwość potwierdzenia pochodzenia i integralności weryfikowanych danych w postaci elektronicznej³⁶. Część systemów teleinformatycznych zakłada także możliwość przekazywania informacji poprzez nadanie użytkownikom tych systemów identyfikatora lub loginu oraz możliwości

³⁴ Kwalifikowany podpis elektroniczny jest wymagany np. w postępowaniu administracyjnym w kierunkach komunikacji G2B oraz G2C, w tym przy: przekazaniu pełnomocnictwa w formie elektronicznej (art. 33 § 2a ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego, t.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 23 ze zm., dalej k.p.a.), uwierzytelnieniu odpisu pełnomocnictwa oraz odpisów innych dokumentów sporządzonych w formie dokumentu elektronicznego (art. 33 § 3a k.p.a.), składaniu wezwania dokonywanym w formie dokumentu elektronicznego (art. 54 § 2 k.p.a.), składaniu podania wniesionego w formie dokumentu elektronicznego (art. 63 § 3a pkt 1 k.p.a.), poświadczaniu zgodności z oryginałem odpisu dokumentu sporządzonego w formie dokumentu elektronicznego (art. 76a § 2a k.p.a.), wydaniu decyzji administracyjnej wydanej w formie dokumentu elektronicznego (art. 107 § 1 zd. 1 k.p.a.), wydaniu postanowienia sporządzonego w formie dokumentu elektronicznego (art. 124 § 1 k.p.a.), wydaniu zaświadczenia w formie dokumentu elektronicznego (art. 217 § 4 k.p.a.), sporządzeniu zawiadomienia w formie dokumentu elektronicznego (art. 238 § 1 k.p.a.). Kwalifikowany podpis elektroniczny jest wymagany także w związku z przekazaniem informacji w kierunku komunikacji G2G, w tym przy: składaniu przez wojewodę zgłoszenia do ministra właściwego do spraw administracji publicznej w celu dokonania wpisu do rejestru związków międzygminnych (art. 68 ust. 1d ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym, t.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 446 ze zm.).

³⁵ Podpis potwierdzony profilem zaufanym ePUAP jest wymagany w kierunku komunikacji G2B oraz G2C, np. w postępowaniu administracyjnym oraz procedurach związanych z partycypacją społeczną, w tym: przekazaniu pełnomocnictwa w formie elektronicznej (art. 33 § 2a k.p.a.), uwierzytelnieniu odpisu pełnomocnictwa oraz odpisów innych dokumentów sporządzonych w formie dokumentu elektronicznego (art. 33 § 3a k.p.a.), składaniu podania wniesionego w formie dokumentu elektronicznego (art. 63 § 3a pkt 1 k.p.a.), poświadczaniu zgodności z oryginałem odpisu dokumentu sporządzonego w formie dokumentu elektronicznego (art. 76a § 2a k.p.a.), wnoszeniu uwag do projektu miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego (art. 18 ust. 3 pkt 2 ustawy z dnia 27 marca 2003 r. o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym, t.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 778 ze zm.). Zob. też I. Adamska, *Czy nowelizacja ustawy o informatyzacji i KPA zrewolucjonizuje e-administrację?*, „Czas Informatyzacji” 2010, nr 1, s. 6–7; S.P. Zaliński, *Są nowe akty wykonawcze do informatyzacji, czyli ePUAP-ką po łapkach*, „Czas Informatyzacji” 2011, nr 2, s. 75.

³⁶ Zgodnie z art. 63 § 3a pkt 1 k.p.a. podanie, które zostało wniesione w formie dokumentu elektronicznego, powinno być uwierzytelniane w sposób zapewniający możliwość potwierdzenia pochodzenia i integralności weryfikowanych danych w postaci elektronicznej.

wygenerowania hasła³⁷. Przekazanie informacji jest wówczas warunkowane podaniem prawidłowego identyfikatora lub loginu i hasła przez osoby upoważnione przez użytkownika systemu teleinformatycznego³⁸.

Podmioty wykonujące zadania publiczne, które przechowują informacje w systemach teleinformatycznych, powinny umożliwić ich weryfikację z dokumentami będącymi podstawą wpisania tych informacji³⁹. Organ administracji publicznej ma także obowiązek weryfikacji danych przechowywanych przez inny organ⁴⁰.

Część systemów teleinformatycznych monitoruje czynności związane z przekazywaniem oraz przechowywaniem danych. Monitoring obejmuje m.in. logowania, próby logowania, rejestrację czynności wykonywanych przez użytkowników⁴¹ oraz wdrożone zabezpieczenia⁴².

Dane przekazywane za pośrednictwem środków komunikacji elektronicznej są częściowo szyfrowane, jeżeli wymagają ochrony przed ujawnieniem względem osób trzecich. Organ administracji publicznej w tym celu wykorzystuje np. szyfrowany kanał komunikacyjny⁴³ lub przekazuje zaszyfrowane dane⁴⁴.

Regulacje dotyczące e-administracji nakładają na organy administracji publicznej oraz inne podmioty wykonujące zadania publiczne obowiązek stworzenia kopii zapasowej

³⁷ § 4 ust. 1 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 30 września 2014 r. w sprawie wniosków o wpis do rejestru agentów ubezpieczeniowych (Dz. U., poz. 1376); § 4 ust. 4 rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 8 stycznia 2016 r. w sprawie Centralnego Rejestru Operatorów Urządzeń i Systemów Ochrony Przeciwpowodźkowej (Dz. U., poz. 56), dalej r.c.r.s.o.p.

³⁸ § 4 ust. 3 r.r.l.

³⁹ § 3 ust. 3 r.e.o.t.

⁴⁰ Art. 14 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 13 października 1995 r. o zasadach ewidencji i identyfikacji podatników i płatników (t.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 476 ze zm.).

⁴¹ § 8 pkt 1 rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 14 sierpnia 2013 r. w sprawie opisu, minimalnej funkcjonalności oraz warunków organizacyjno-technicznych funkcjonowania Platformy Udostępniania On-Line Usług i Zasobów Cyfrowych Rejestrów Medycznych oraz Elektronicznej Platformy Gromadzenia, Analizy i Udostępnienia Zasobów Cyfrowych o Zdarzeniach Medycznych (Dz. U., poz. 1001 ze zm.). Zgodnie z art. 38 u.o.d.o. kontrolę nad ochroną danych osobowych w systemach teleinformatycznych prowadzi administrator danych. Zdaniem A. Drozda administrator danych ma swobodę w wyborze środka kontroli nad wprowadzeniem i przekazaniem danych. Środkiem takim może być rejestr udostępnień oraz właściwy dobór osób upoważnionych do przetwarzania danych. Zob. A. Drozd, *Ustawa o ochronie danych...*, s. 368. Podobnie uważa I. Zduński, który wskazuje, że kontrola nad przetwarzaniem danych m.in. w systemach teleinformatycznych polega głównie na badaniu poprawności przekazywania danych z i do zbioru. Zob. I. Zduński, *Komentarz do art. 38*, [w:] I. Zgoliński, I. Zduński (red.), *Praktyczny komentarz...*, s. 163. Takie samo zdanie przedstawia L. Kępa, który wskazuje, że kontrola dostępu do systemu teleinformatycznego obejmuje identyfikację użytkownika poprzez wymóg podania loginu oraz uwierzytelnienie użytkownika poprzez podanie hasła. Zob. L. Kępa, *Ochrona danych osobowych w praktyce*, Difin, Warszawa 2014, s. 244–251.

⁴² § 3 pkt 2 r.c.r.s.o.p.

⁴³ § 2 pkt 8 rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 3 października 2012 r. w sprawie opisu systemu teleinformatycznego, w którym jest prowadzony Rejestr Zezwoleń na Prowadzenie Hurtowni Farmaceutycznej (Dz. U., poz. 1118); § 10 ust. 1 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 18 września 2006 r. w sprawie prowadzenia rejestru pośredników ubezpieczeniowych oraz sposobu udostępniania informacji z tego rejestru (Dz. U. Nr 178, poz. 1316).

⁴⁴ § 2 ust. 3 r.r.l.

dla części informacji publikowanych w elektronicznych rejestrach publicznych⁴⁵. Prawodawca wprowadza szerokie zróżnicowanie wymagań technicznych dla tej kopii. Kopia zapasowa może być zapisana na informatycznym nośniku danych⁴⁶, który będzie chronił informacje przed zatarciem⁴⁷, utratą⁴⁸, usunięciem⁴⁹ lub zniekształceniem⁵⁰. Kopią zapasową mogą być także wydruki części danych przechowywane w postaci papierowej⁵¹.

Przepisy prawa przewidują także możliwość przekazywania części danych z pominięciem elektronicznych środków komunikacji, gdy ich transfer jest niezbędny w krótkim terminie. Dane te mogą być przekazane m.in. za pośrednictwem telefaksu⁵².

6. Zakończenie

Przepisy prawa regulujące przekazywanie i przechowywanie informacji za pośrednictwem systemów teleinformatycznych oraz środków komunikacji elektronicznej powinny być stanowione i stosowane, w tym interpretowane, zgodnie z zasadą zapewnienia bezpieczeństwa w e-administracji. Zasada ta ma duże znaczenie dla prawidłowego administrowania i użytkowania tych systemów i środków komunikacji ze względu ze znaczną liczbę aktów prawnych regulujących ten aspekt działania administracji publicznej. Ustawa o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne jedynie częściowo reguluje warunki i wymagania dla systemów teleinformatycznych i środków komunikacji elektronicznej. Znaczna część regulacji jest wyrażona w innych ustawach i rozporządzeniach, czego skutkiem jest m.in. zróżnicowanie szczegółowych celów ochrony informacji oraz środków zapewnienia bezpieczeństwa informacji. Pomimo tego zróżnicowania regulacje te pozwalają na zachowanie wysokiej jakości wymagań i warunków technicznych oraz organizacyjnych gwarantujących w sposób optymalny bezpieczeństwo w e-administracji.

⁴⁵ § 3 ust. 2 rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 22 sierpnia 2012 r., w sprawie sposobu ewidencjonowania wprowadzonych do obrotu materiałów wybuchowych, broni, amunicji oraz wyrobów i technologii o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym (Dz. U., poz. 1008); § 3 ust. 3 r.e.o.t.; § 2 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych z dnia 18 czerwca 2014 r. w sprawie centralnej ewidencji pojazdów (Dz. U., poz. 816); § 9 ust. 3 rozporządzenia Ministra Rozwoju i Finansów z dnia 21 grudnia 2016 r. w sprawie ewidencji i innych dokumentacji dotyczących wyrobów akcyzowych i znaków akcyzy (Dz. U., poz. 2257), dalej r.e.w.a.

⁴⁶ § 5 r.p.c.b.

⁴⁷ § 5 r.p.c.b.

⁴⁸ § 9 ust. 3 r.e.w.a.

⁴⁹ § 5 r.p.c.b.

⁵⁰ § 5 r.p.c.b.; § 9 ust. 3 r.e.w.a.

⁵¹ § 2 ust. 2 r.c.r.d.s.; § 2 ust. 1 pkt 1 lit. d rozporządzenia Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi z dnia 28 kwietnia 2008 r. w sprawie dodatkowych wymagań, jakie powinny spełniać związki hodowców lub inne podmioty ubiegające się o prowadzenie rejestrów zwierząt gospodarskich innych niż świnie (Dz. U. Nr 84, poz. 513).

⁵² Art. 202b ust. 3 ustawy z dnia 3 lipca 2002 r. Prawo lotnicze (t.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 605 ze zm.).

Bibliografia

Wykaz źródeł prawa

- Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (t.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 23 ze zm.).
- Ustawa z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (t.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 446 ze zm.).
- Ustawa z dnia 13 października 1995 r. o zasadach ewidencji i identyfikacji podatników i płatników (t.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 476 ze zm.).
- Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych (t.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 922).
- Ustawa z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (t.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 963 ze zm.).
- Ustawa z dnia 3 lipca 2002 r. Prawo lotnicze (t.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 605 ze zm.).
- Ustawa z dnia 27 marca 2003 r. o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym (t.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 778 ze zm.).
- Ustawa z dnia 18 grudnia 2003 r. o krajowym systemie ewidencji producentów, ewidencji gospodarstw rolnych oraz ewidencji wniosków o przyznanie płatności (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 807 ze zm.).
- Ustawa z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (t.j. Dz. U. z 2014 r., poz. 1114 ze zm.).
- Rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 28 czerwca 2001 r. w sprawie określenia wzorów ewidencji i rejestrów prowadzonych w postępowaniu w sprawie repatriacji oraz sposobu przetwarzania danych zawartych w tych ewidencjach i rejestrach (Dz. U. Nr 73, poz. 778 ze zm.).
- Rozporządzenie Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi z dnia 28 czerwca 2004 r. w sprawie wzoru i szczegółowego sposobu prowadzenia rejestru psów zaszczepionych przeciwko wścieklicznie oraz wzoru zaświadczenia o szczepieniu psa przeciwko wścieklicznie (Dz. U. Nr 160, poz. 1672).
- Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 27 września 2005 r. w sprawie sposobu, zakresu i trybu udostępniania danych zgromadzonych w rejestrze publicznym (Dz. U. Nr 205, poz. 1692 ze zm.).
- Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 25 kwietnia 2006 r. w sprawie prowadzenia krajowego rejestru przeszczepień (Dz. U. Nr 76, poz. 542).
- Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 25 kwietnia 2006 r. w sprawie centralnego rejestru niespokrewnionych dawców szpiku i krwi pępowinowej (Dz. U. Nr 79, poz. 557 ze zm.).
- Rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 18 września 2006 r. w sprawie prowadzenia rejestru pośredników ubezpieczeniowych oraz sposobu udostępniania informacji z tego rejestru (Dz. U. Nr 178, poz. 1316).
- Rozporządzenie Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi z dnia 28 kwietnia 2008 r. w sprawie dodatkowych wymagań, jakie powinny spełniać związki hodowców lub inne podmioty ubiegające się o prowadzenie rejestrów zwierząt gospodarskich innych niż świnie (Dz. U. Nr 84, poz. 513).
- Rozporządzenie Ministra Środowiska z dnia 23 lipca 2009 r. w sprawie sposobu prowadzenia przez marszałka województwa rejestru dotyczącego PCB (Dz. U. Nr 124, poz. 1034).
- Rozporządzenie Ministra Kultury i Dziedzictwa Narodowego z dnia 26 stycznia 2012 r. w sprawie sposobu prowadzenia i udostępniania rejestru instytucji kultury (Dz. U., poz. 189).
- Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 5 kwietnia 2012 r. w sprawie rejestru lekarzy odbywających szkolenie specjalizacyjne (Dz. U., poz. 415).

- Rozporządzenie Ministra Gospodarki z dnia 22 sierpnia 2012 r., w sprawie sposobu ewidencjonowania wprowadzonych do obrotu materiałów wybuchowych, broni, amunicji oraz wyrobów i technologii o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym (Dz.U., poz. 1008).
- Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 3 października 2012 r. w sprawie opisu systemu teleinformatycznego, w którym jest prowadzony Rejestr Zezwoleń na Prowadzenie Hurtowni Farmaceutycznej (Dz. U., poz. 1118).
- Rozporządzenie Ministra Środowiska z dnia 20 grudnia 2012 r. w sprawie sposobu prowadzenia przez marszałka województwa rejestru wyrobów zawierających azbest (Dz. U., poz. 25).
- Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 17 stycznia 2013 r. w sprawie zintegrowanego systemu informacji o nieruchomościach (Dz. U., poz. 249).
- Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 19 kwietnia 2013 r. w sprawie Systemu Rejestru Usług Medycznych Narodowego Funduszu Zdrowia (Dz. U., poz. 514).
- Rozporządzenie Ministra Gospodarki z dnia 10 maja 2013 r. w sprawie ewidencji obrotu towarami o znaczeniu strategicznym (Dz. U., poz. 619).
- Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 6 czerwca 2013 r. w sprawie Systemu Ewidencji Zasobów Ochrony Zdrowia (Dz. U., poz. 671).
- Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 14 sierpnia 2013 r. w sprawie opisu, minimalnej funkcjonalności oraz warunków organizacyjno-technicznych funkcjonowania Platformy Udostępniania On-Line Usług i Zasobów Cyfrowych Rejestrów Medycznych oraz Elektronicznej Platformy Gromadzenia, Analizy i Udostępnienia Zasobów Cyfrowych o Zdarzeniach Medycznych (Dz. U., poz. 1001 ze zm.).
- Rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych z dnia 18 czerwca 2014 r. w sprawie centralnej ewidencji pojazdów (Dz. U., poz. 816).
- Rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 30 września 2014 r. w sprawie wniosków o wpis do rejestru agentów ubezpieczeniowych (Dz. U., poz. 1376).
- Rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych z dnia 24 grudnia 2014 r. w sprawie trybu i terminów przekazywania danych pomiędzy rejestrem PESEL a rejestrami centralnymi (Dz. U., poz. 1942).
- Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 20 października 2015 r. w sprawie rejestru dawców komórek rozrodczych i zarodków (Dz. U., poz. 1745).
- Rozporządzenie Ministra Środowiska z dnia 8 stycznia 2016 r. w sprawie Centralnego Rejestru Operatorów Urządzeń i Systemów Ochrony Przeciwpożarowej (Dz. U., poz. 56).
- Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 4 marca 2016 r. w sprawie Ogólnopolskiego Rejestru Ostrych Zespołów Wieńcowych (Dz. U., poz. 320).
- Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 7 marca 2016 r. w sprawie Rejestru Medycznie Wspomaganej Prokreacji (Dz. U., poz. 316).
- Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 23 marca 2016 r. w sprawie Rejestru Nowotworów Niezłośliwych Dużych Gruczołów Ślinowych (Dz. U., poz. 404).
- Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 29 sierpnia 2016 r. w sprawie Polskiego Rejestru Wrodzonych Wad Rozwojowych (Dz. U., poz. 1383).
- Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 19 grudnia 2016 r. w sprawie rejestru funduszy inwestycyjnych (Dz. U., poz. 2188).
- Rozporządzenie Ministra Rozwoju i Finansów z dnia 21 grudnia 2016 r. w sprawie ewidencji i innych dokumentacji dotyczących wyrobów akcyzowych i znaków akcyzy (Dz. U., poz. 2257).

Literatura

- Adamska I., *Czy nowelizacja ustawy o informatyzacji i KPA zrewolucjonizuje e-administrację?*, „Czas Informatyzacji” 2010, nr 1.
- Banyś T.A.J., Łuczak J., *Zabezpieczenie danych osobowych*, [w:] T.A.J. Banyś, E. Bielak-Jomaa, M. Kuba, J. Łuczak (red.), *Prawo ochrony danych osobowych. Podręcznik dla studentów i praktyków*, Difin, Warszawa 2016.
- Błażewski M., *Wartości w e-administracji i ich wyważenie*, [w:] J. Zimmermann, *Aksjologia prawa administracyjnego*, Wolters Kluwer, Warszawa 2017.
- Drozd A., *Ustawa o ochronie danych osobowych. Komentarz. Wzory pism i przepisów*, Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis, Warszawa 2007.
- Ganczar M., *Obowiązki administracji publicznej w zakresie ochrony danych osobowych*, [w:] G. Szpor (red.), *Ochrona danych osobowych. Skuteczność regulacji*, Muncipium, Warszawa 2009.
- Kasprzyk B., *Aspekty funkcjonowania e-administracji dla jakości życia obywateli*, [w:] M.G. Woźniak, *Nierówności społeczne a wzrost gospodarczy. Społeczeństwo informacyjne – regionalne aspekty rozwoju*, Wydawnictwo Uniwersytetu Rzeszowskiego, Rzeszów 2011.
- Kępa L., *Ochrona danych osobowych w praktyce*, Difin, Warszawa 2014.
- Kościński K., *Podatnik jako użytkownik i współtwórca usług elektronicznej administracji podatkowej*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2010, nr 10.
- Michalak B., *Bezpieczeństwo informacji w rejestrach medycznych*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2010, z. 2.
- Pawluczuk A., Drożdżewicz P., Grudzińska E., Hołubowicz K., *Strony internetowe urzędów gmin jako element wsparcia e-administracji w gminie*, „Samorząd Terytorialny” 2014, nr 5.
- Stachowicz M., Mamrot Sz., *Standaryzacja jako czynnik optymalizacji usług świadczonych przez administrację publiczną*, „Samorząd Terytorialny” 2015, nr 5.
- Wronkowska S., *System prawny a porządek prawny i ład społeczny*, [w:] S. Wronkowska, Z. Ziemiński (red.), *Zarys teorii prawa*, Ars boni et aequi, Poznań 1997.
- Zalipski S.P., *Są nowe akty wykonawcze do informatyzacji, czyli ePUAP-ką po łapkach*, „Czas Informatyzacji” 2011, nr 2.
- Zgoliński I., Zduński I. (red.), *Praktyczny komentarz do ustawy o ochronie danych osobowych*, Wydawnictwo Kujawsko-Pomorskiej Szkoły Wyższej, Bydgoszcz 2013.
- Ziemia E., Papaj T., Będkowski J., *Egzemplifikacja e-government w Polsce – analiza porównawcza SEKAP i ePUAP*, „Roczniki Kolegium Analiz Ekonomicznych” 2013, nr 29.

Zagadnienia prawa cywilnego i medycznego

Katarzyna Smyk
Uniwersytet Wrocławski

Charakter prawny zgody pacjenta na gruncie prawa cywilnego

Legal character of the patient's consent in civil law

Streszczenie

Artykuł poświęcony jest ocenie charakteru prawnego zgody pacjenta na czynność medyczną jako przykładu zgody na naruszenie dóbr osobistych na gruncie prawa cywilnego. Zasadniczej analizie poddane są dwa dominujące stanowiska upatrujące w zgodzie pacjenta rodzaj czynności prawnej bądź oświadczenia podobnego do oświadczenia woli. Celem autora jest zakwalifikowanie aktu zgody pacjenta do jednej z kategorii zdarzeń cywilnoprawnych oraz określenie zakresu stosowania przepisów prawa cywilnego do tej instytucji.

Słowa kluczowe

zgoda pacjenta, dobra osobiste, czynność prawna, oświadczenie woli, zdarzenie cywilnoprawne

Abstract

The paper is an evaluation of the legal nature of patient's consent to medical treatment as an example of consent to infringe personal rights. The subject of analysis consists of two contradictory standpoints qualifying patient's consent as a kind of legal action or the statement similar to a declaration of will. The aim of the author is to qualify patient's consent as one of the categories of civil events and to determine the scope of application of civil law to this institution.

Keywords

consent of a patient, personal rights, legal act, declaration of will, civil event

1. Wprowadzenie

Zgoda pacjenta, rozumiana jako „swobodnie podjęty i wyrażony według reguł znaczeniowych dostępnych dla innych uczestników procesu medycznego akt woli pacjenta lub jego przedstawiciela ustawowego podjęty na podstawie informacji udzielonej w sposób przystępny i rzetelny w zakresie wszelkich stadiów postępowania medycznego”¹, stanowi – co do zasady – podstawę działania lekarza i innych przedstawicieli profesji medycznych w procesie leczenia. Pomimo obszernej regulacji poświęconej prawu pa-

¹ M. Świdorska, *Zgoda pacjenta na zabieg medyczny*, Dom Organizatora TNOiK, Toruń 2007, s. 20.

cjenta do wyrażenia zgody na interwencję medyczną² ustawodawca nie umiejscowił jej w typologii zdarzeń prawnych. Przedstawiciele doktryny prawa cywilnego, w tym prawa medycznego, nie są zgodni co do charakteru prawnego zgody pacjenta (lub szerzej – zgody uprawnionego na naruszenie dóbr osobistych). Według pierwszego (również historycznie) poglądu zgoda stanowi czynność prawną (lub oświadczenie woli), co pozwala na umiejscowienie jej w kategorii czynności zmierzających do wywołania określonego skutku prawnego. Z kolei wedle drugiego, dominującego obecnie stanowiska, zgoda pacjenta należy do kategorii czynów, a konkretnie działań prawnych zbliżonych do oświadczeń woli.

Również stanowisko judykatury odnośnie do analizowanej materii nie jest jednolite. Pomimo przeważającego poparcia w literaturze i orzecznictwie dla drugiej koncepcji obie można uznać za nadal aktualne. Świadczyć o tym może również to, że ich zwolennicy nie dokonują katagorycznego przesądzenia w zakresie charakteru prawnego aktu zgody pacjenta, wspierając swe poglądy bogatą argumentacją.

Należy jednak zauważyć, że umiejscowienie zgody pacjenta na interwencję medyczną w typologii zdarzeń cywilnoprawnych umożliwia określenie zakresu stosowania przepisów regulujących te zdarzenia do instytucji zgody. Celem niniejszego opracowania jest określenie charakteru zgody pacjenta na interwencję medyczną i analiza dominujących stanowisk doktryny i orzecznictwa w tej materii.

2. Zgoda pacjenta jako czynność prawna

Klasyczna koncepcja, którą zapoczątkował w swych pracach E. Zitelmann, a która do dziś jest akceptowana przez znaczną część doktryny niemieckiej³, kwalifikuje zgodę pacjenta do kategorii czynności prawnych. Dostrzegalne są również poglądy, które umiejscawiają zgodę pacjenta w grupie oświadczeń woli. Zdaniem J. Marowskiego w przypadku powstania wątpliwości co do tego, czy wyrażenie zgody chorego na zabieg jest czynnością prawną, to niewątpliwie jest to oświadczenie woli, do którego można by stosować przepisy o wadach oświadczenia woli⁴. Autor ten nie uzasadnia jednak szerzej tego poglądu. Powszechnie aprobowana jest definicja czynności prawnej postrzeganej jako stan faktyczny, na który składa się co najmniej jedno oświadczenie woli, będące uzewnętrznioną decyzją podmiotu cywilnoprawnego, skierowany na wywołanie okre-

² Art. 17 ustawy z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta (t.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 186 ze zm., dalej u.p.p.); art. 32 i 34 ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentyisty (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 125 ze zm., dalej u.z.l.).

³ M. Sośniak, *Znaczenie zgody uprawnionego w zakresie cywilnej odpowiedzialności odszkodowawczej*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace prawnicze” 1959, z. 6, s. 137.

⁴ J. Marowski, *Niektóre zagadnienia zgody na naruszenie nietykalności cielesnej przez lekarza*, „Nowe Prawo” 1961, nr 7–8, s. 884.

ślonych konsekwencji prawnych. Z tak pojmowanym stanem faktycznym prawo wiąże skutki prawne objęte złożonym oświadczeniem, a także wynikające z ustawy, zasad współżycia społecznego lub ustalonych zwyczajów (art. 56 kodeksu cywilnego, dalej k.c.)⁵. Pozwala to na stwierdzenie, że nieodzownym elementem czynności prawnej jest oświadczenie woli, a także to, że czynność ta może składać się wyłącznie z oświadczenia woli. Dlatego też rozróżnianie stanowisk zaliczających zgodę do czynności prawnych od stanowisk kwalifikujących ten akt jako oświadczenie woli nie ma w mojej opinii istotnego znaczenia.

Czynność prawna definiowana jest jako podstawa powstania, zmiany lub wygaśnięcia stosunku prawnego⁶. Z tego też względu, aby przypisać zgodzie pacjenta cechy czynności prawnej, należałoby wskazać skutek prawny, jaki ona wywołuje. Zwolennicy koncepcji klasyfikowania zgody w kategorii czynności prawnych argumentują, że w sferze dóbr osobistych stanowisko uprawnionego (jego wola) ma decydujące znaczenie dla określenia skutków czynności naruszającego⁷. Udzielenie lekarzowi zgody jest równoznaczne z uchyleciem bezprawności jego działania. Tymczasem podejmując leczenie pacjenta bez uprzedniego uzyskania takiej zgody, lekarz narusza jego dobra osobiste. Obiektywnie to samo działanie może być uznane za bezprawne naruszenie dobra osobistego lub za „zalegalizowane” naruszenie dobra osobistego w zależności od oświadczenia woli uprawnionego do dysponowania tym dobrem, obejmującego jego zgodę na dokonanie naruszenia⁸. Zgoda na naruszenie dóbr osobistych powoduje zatem zmianę kwalifikacji prawnej dokonywanej przez lekarza czynności w taki sposób, że czynność ta nie będzie uznana za bezprawną.

W doktrynie prawa cywilnego, w tym prawa medycznego, podnosi się także, że zgoda na naruszenie dóbr osobistych może w niektórych przypadkach nie tyle wyłączać bezprawność działania czy zaniechania, co raczej będzie powodować, że owo działanie lub zaniechanie nie będzie stanowiło w ogóle naruszenia dóbr osobistych⁹. Wystąpienie skutku w takiej postaci będzie zależało od właściwości dobra osobistego, z którym czyn-

⁵ A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo cywilne – zarys części ogólnej*, LexisNexis, Warszawa 1996, s. 253. Zob. także: S. Szer, *Prawo cywilne. Część ogólna*, PWN, Warszawa 1967, s. 308; S. Grzybowski, [w:] S. Grzybowski (red.), *System prawa cywilnego. Część ogólna, t. I*, C.H.Beck, Wrocław–Gdańsk 1985, s. 479; J. Gwiazdomorski, *Próba korektury pojęcia czynności prawnej*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z zakresu prawa cywilnego i praw na dobrach niematerialnych”, Kraków 1973, s. 57–58.

⁶ Z. Radwański, [w:] Z. Radwański (red.), *System prawa prywatnego. Prawo cywilne – część ogólna, t. II*, C.H.Beck, Warszawa 2008, s. 33; zob. uchwała SN (7) z dnia 24 września 1993 r., III CZP 77/93, LEX nr 3973.

⁷ S. Grzybowski, *Ochrona dóbr osobistych według przepisów ogólnych prawa cywilnego*, Wydawnictwa Prawnicze, Warszawa 1957, s. 120.

⁸ *Ibidem*.

⁹ M. Sośniak, *Funkcje i skuteczność zgody osoby uprawnionej w zakresie ochrony dóbr osobistych*, [w:] B. Kordasiewicz, E. Łętowska (red.), *Prace z prawa cywilnego. Wydanie dla uczczenia pracy naukowej profesora Józefa Stanisława Piątkowskiego*, Zakład Narodowy im. Ossolińskich, Wrocław–Warszawa 1985, s. 68.

ność ta jest związana. Katalog takich wypadków dość kazuistycznie formułuje S. Grzybowski, wskazując między innymi, że naruszenia nie będzie powodować przebywanie za cudzą zgodą w czyimś mieszkaniu czy zapoznawanie się z korespondencją do niego kierowaną¹⁰. Należy jednak zauważyć, że z istoty dóbr osobistych, takich jak zdrowie czy nietykalność cielesna, wynika, że pomimo wyrażenia zgody na dokonanie określonej czynności medycznej będzie ona stanowiła pewnego rodzaju ingerencję, w związku z czym oświadczenie uprawnionego wywoła jedynie legalność naruszenia.

Ponadto, oprócz przypisania zachowaniu lekarza znamion legalnego działania zgoda powoduje automatyczne rozłożenie ryzyka zabiegu leczniczego pomiędzy lekarza a pacjenta, czyniąc tego drugiego współodpowiedzialnym za proces leczenia. Stanowisko to zostało potwierdzone przez Sąd Najwyższy¹¹, zgodnie z którym argumentem przemawiającym za kwalifikowaniem zgody pacjenta jako oświadczenia woli jest skutek prawny w postaci uchylenia bezprawności działania lekarza dokonującego zabiegu. W świetle aktualnego orzecznictwa przyjmuje się za oczywiste, że owe zaakceptowane przez pacjenta ryzyko dotyczy tylko niezawinionego działania lekarza w ramach postępowania leczniczego i nie zwalnia z odpowiedzialności za szkody spowodowane nieudolnością, niezręcznością, niestarannością, brakiem wiedzy czy kwalifikacji specjalisty. Istotne znaczenie w tym względzie ma stanowisko wyrażone przez Sąd Najwyższy, zgodnie z którym ryzyko, jakie bierze na siebie pacjent, wyrażając zgodę na zabieg operacyjny, obejmuje tylko zwykłe powikłania pooperacyjne. Nie można uznać, że taka zgoda obejmuje również komplikacje powstałe wskutek pomyłki lekarza¹². Współodpowiedzialność pacjenta za leczenie zabezpiecza prawidłowe wykonywanie profesji medycznej i pozwala utrzymać równowagę w stosunkach pacjent–lekarz, w których pacjent znajduje się w zdecydowanie słabszym położeniu z uwagi na brak specjalistycznej wiedzy, jaką posiada lekarz¹³.

Nie ulega wątpliwości, że jednym ze skutków wyrażenia zgody przez pacjenta, ściśle związanym z rozłożeniem ciężaru związanego z ryzykiem leczniczym, jest uchylenie obowiązku wynagrodzenia szkody, choć w literaturze przedmiotu zachowano dużą powściągliwość w konstruowaniu wiążących zasad czy wskazówek w tej materii. Niewątpliwie zgoda zawiera w sobie element świadomej rezygnacji z ochrony prawnej w zakresie dobra osobistego mającego ulec naruszeniu, co zresztą jest istotą przejścia odpowiedzialności za owe naruszenie. Według P. Machnikowskiego powoduje to wyłączenie

¹⁰ S. Grzybowski, *Ochrona dóbr...*, s. 120–121.

¹¹ Wyrok SN z dnia 17 grudnia 2004 r., II CK 303/04, LEX nr 157493, z glosą M. Świderskiej, „Orzecznictwo Sądów Powszechnych” 2005, z. 11, poz. 131 i glosą M. Nestorowicza, „Przegląd Sądowy” 2006, nr 6.

¹² Wyrok SN z dnia 29 października 2003 r., III CK 34/02, LEX nr 145226.

¹³ U. Drozdowska, W. Wojtal, *Zgoda i informowanie pacjenta*, Biblioteka Esculapa, Warszawa 2010, s. 15–16.

czenie możliwości powstania stosunku odszkodowawczego, co uzasadnia zakwalifikowanie zgody do grupy czynności prawnych¹⁴. Podobnie jak w zakresie przejścia odpowiedzialności za proces leczenia, w przypadku skutku w postaci zrzeczenia się odszkodowania zgoda nie powoduje skutku całościowego, gdyż nie zwalnia z wszelkiej odpowiedzialności odszkodowawczej. Zgoda nie oznacza bowiem jednoczesnego zrzeczenia się możliwości kontrolowania sposobu przeprowadzania tego procesu, a także roszczeń odszkodowawczych w zakresie szkód spowodowanych zawinionym postępowaniem lekarza. Niektórzy przedstawiciele doktryny podnoszą także, że automatyzm skutków prawnych jest istotną właściwością oświadczenia woli skierowanego do adresata i w taki sposób należy kwalifikować zgodę pacjenta składaną lekarzowi bądź innemu profesjonalistcie medycznemu¹⁵.

Przed wszystkim jednak za klasyfikacją zgody pacjenta w kategorii czynności prawnych przemawia szereg doniosłych względów praktycznych. Taka ocena umożliwia stosowanie wprost do zgody przepisów nie tylko dotyczących oświadczeń woli (art. 60–61 k.c.) i wad oświadczeń woli (art. 82–88 k.c.), ale także formy czynności prawnych (art. 73–81 k.c.) i przyczyn nieważności czynności z mocy prawa (art. 58 k.c.). Oznacza to również stosowanie wobec zgody pacjenta wszelkich wymogów ważności czynności prawnych, w tym również warunku posiadania przez udzielającego zgody pełnej zdolności do czynności prawnej.

Wśród poglądów opowiadających się za traktowaniem zgody jako czynności prawnej na wyróżnienie zasługuje stanowisko kwalifikujące zgodę jako czynność prawną upoważniającą¹⁶. Natura tego rodzaju czynności polega na tym, że podmiot dokonujący upoważnienia (pacjent) wyznacza drugiemu podmiotowi (lekarzowi) kompetencję do dokonania określonej czynności konwencjonalnej (np. zabiegu wycięcia wyrostka robaczkowego) ze skutkiem dla siebie¹⁷. Wśród argumentów podnoszonych przez autorów aprobujących ten pogląd zwraca się uwagę na to, że zupełnie nieadekwatne do praw niezbywalnych, jakimi są prawa osobiste, jest rozważanie zgody w kategoriach zobowiązania lub rozporządzenia¹⁸. W dalszej kolejności podkreśla się również, w odpowiedzi na często formułowany zarzut konieczności posiadania pełnej zdolności do czynności prawnej dla udzielenia zgody, że zgoda nie powoduje skutku w postaci powstania po

¹⁴ P. Machnikowski, [w:] A. Olejniczak (red.), *System prawa prywatnego. Prawo zobowiązań – część ogólna*, t. VI, C.H.Beck, Warszawa 2009, s. 401.

¹⁵ M. Świdarska, *Zgoda pacjenta...*, s. 28.

¹⁶ J. Kaczor, *Pojęcie czynności prawnej upoważniającej w nauce prawa cywilnego*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2005, s. 37; M. Świdarska, *Zgoda pacjenta...*, s. 29; W. Nowak, *Prawne formy zgody pacjenta na eksperyment medyczny (zagadnienia cywilno-prawne)*, „Prawo i Medycyna” 2005, nr 3, s. 52.

¹⁷ W. Nowak, *op. cit.*, s. 52.

¹⁸ A. Cisek, *Dobra osobiste i ich niemajątkowa ochrona w kodeksie cywilnym*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 1989, s. 100.

stronie podmiotu upoważnionego (lekarza) żadnego prawa podmiotowego, a zatem jako czynność, która nie rodzi zobowiązania ani nie powoduje rozporządzenia, może zostać dokonana przez osobę posiadającą ograniczoną zdolność do czynności prawnych, co wyprowadzane jest jako argument *a contrario* z art. 17 k.c.¹⁹

3. Zgoda pacjenta jako element czynności prawnej

Na zakończenie rozważań dotyczących uznania zgody pacjenta na interwencję medyczną za czynność prawną należy zwrócić uwagę na konieczność odróżnienia zgody od czynności prawnej, której może być ona elementem. Możliwe są stany faktyczne, w których zgoda na interwencję medyczną będzie stanowiła treść stosunku prawnego oparte go na umowie, czego przykładem mogą być różnego rodzaju umowy o leczenie czy o wykonanie zabiegu (np. wycięcia migdałków), będące umowami nazwanymi lub nie-nazwanymi. W takiej sytuacji zgoda mogłaby zostać udzielona z chwilą zawarcia umowy lub też po jej zawarciu jako czynność odrębna. W pierwszym wypadku zgoda będzie umiejscowiona w treści czynności prawnej, w drugim natomiast będzie aktem samodzielnym²⁰. W żadnym jednak przypadku zgoda nie może zostać udzielona po wykonaniu przez lekarza świadczenia (czyli po dokonaniu naruszenia nietykalności cielesnej), gdyż byłoby to sprzeczne z jej istotą²¹.

Należy zauważyć, że zgoda nie powoduje skuteczności czynności prawnej, ale wpływa na zgodność z prawem czynności faktycznej stanowiącej świadczenie lekarza²². Ponadto, jeżeli zgoda opiera się na stosunku zobowiązaniowym, to pacjentowi przysługuje w stosunku do lekarza roszczenie o podjęcie działania naruszającego, zgodnie z treścią art. 353 § 1 k.c. Nie sposób zatem utożsamiać zgody z czynnością prawną, w której zgoda jest zawarta, nawet w sytuacji, gdy ujęta jest ona w treści umowy i udzielana w momencie jej zawarcia.

To jednoznaczne rozróżnienie dwóch aktów jest szczególnie istotne w obliczu postępującej komercjalizacji medycyny i rozwoju rynku usług chirurgii estetycznej i kosmetycznej. Usługi medyczne stają się coraz częściej przedmiotem umów cywilnoprawnych, w związku z czym coraz liczniej podejmowane są zabiegi, które nie służą bezpośrednio ratowaniu życia czy polepszaniu zdrowia. Ustawodawca w bardzo ograniczony sposób reguluje możliwość wykonywania zabiegów medycznych o nielecniczym charakterze, dopuszczając m.in. możliwość przeprowadzania eksperymentów me-

¹⁹ *Ibidem*, s. 98.

²⁰ M. Sośniak, *Znaczenie zgody...*, s. 136.

²¹ D. Karkowska, *Prawa pacjenta*, Wolters Kluwer, Warszawa 2009, s. 388.

²² K. Michałkowska, *Charakter prawny i znaczenie zgody pacjenta na zabieg medyczny*, Difin, Warszawa 2014, s. 52.

dycznych²³, pobierania krwi od dawców²⁴ czy transplantację²⁵. Z jednej strony, niektórzy przedstawiciele doktryny podnoszą, że w obecnej sytuacji normatywnej istnieje zamknięty katalog dopuszczalnych działań medycznych, które mają wyraźnie nielecniczy charakter²⁶. Jest to pogląd dość radykalny. Z drugiej strony zwraca się uwagę, że poszanowanie dla autonomii jednostki we współczesnej medycynie przemawia za elastyczną i szeroką definicją celu leczniczego. Należałoby raczej uwzględnić indywidualne preferencje i potrzeby, nie tylko cielesne, ale również duchowe, realizowane nie tylko przez zabiegi zmieniające wizerunek, korygujące mankamenty urody, ale także niezwykle ingerencyjne i praktycznie zupełnie nieodwracalne operacje, takie jak wazektomia czy chirurgiczna zmiana płci. Problematyka zabiegów o nielecniczym charakterze wymaga jednak odrębnej analizy. Na potrzeby niniejszych rozważań warto jednak poczynić uwagę, że wobec braku wyczerpujących regulacji prawnych zgoda pacjenta na takie zabiegi pozostaje jedyną podstawą legalizującą działanie lekarza²⁷, stąd tak istotne jest określenie warunków jej ważności i skuteczności na gruncie prawa cywilnego.

Problematyka sytuacji, w której zgoda pacjenta jest elementem umowy, a między pacjentem i lekarzem zachodzi stosunek obligacyjny, jest niezwykle rozległa i zawiała. Na potrzeby dokonania analizy klasyfikacji zgody pacjenta na leczenie w typologii zdarzeń cywilnoprawnych niezbędne było zasygnalizowanie możliwości funkcjonowania zgody w treści czynności prawnej.

4. Argumenty przeciwko uznaniu zgody pacjenta za czynność prawną

Jak wskazano, według drugiego obecnego w doktrynie i judykaturze stanowiska, zgoda nie ma charakteru czynności prawnej czy oświadczenia woli *sensu stricto*, należy bowiem przyznać jej inną kwalifikację. Przed przystąpieniem do wyjaśnienia stanowiska przeciwników klasyfikowania zgody pacjenta jako czynności prawnej warto wskazać niektóre argumenty podnoszone przeciwko kwalifikacji zgody w kategorii czynności prawnych.

W swoich rozważaniach nad charakterem prawnym zgody pacjenta M. Sośniak uważa, że rozpatrywanie zgody w kategorii czynności prawnej doprowadza do mieszanina pojęć zgody jako czynności prawnej oraz zgody jako podstawy legalizacji działania

²³ Art. 21–29. u.z.l.

²⁴ Art. 15 ustawy z dnia 22 sierpnia 1997 r. o publicznej służbie krwi (t.j. Dz. U. z 2014 r., poz. 332 ze zm., dalej: u.o.p.s.k.).

²⁵ Art. 22 ustawy z dnia 1 lipca 2005 r. o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 793 ze zm.).

²⁶ M. Safjan, *Prawo i medycyna*, Oficyna Naukowa, Warszawa 1998, s. 38.

²⁷ *Ibidem*.

lekarza²⁸. W konsekwencji następuje utożsamienie samego aktu woli pacjenta ze skutkami, jakie zgodnie z przepisami prawa ten akt wywołuje. Autor ten opiera swoją argumentację na zastrzeżeniach podnoszonych przez przedstawicieli nauk prawa karnego w stosunku do koncepcji kwalifikowania zgody jako czynności prawnej. Zauważają oni, że konieczność odseparowania podstawy legalizacji od samego aktu zezwalającego wynika z faktu, iż bardzo często zgoda nie pozbawia działania czy zaniechania cech bezprawności i przestępnego charakteru. Przykładem może być sutenerstwo (art. 204 § 2 kodeksu karnego, dalej k.k.) czy zabójstwo eutanatyczne (art. 150 § 1 k.k.)²⁹. Przedstawiciele doktryny prawa karnego zarzucają także stanowisku ujmującemu zgodę jako czynność prawną, że taka kwalifikacja powoduje ograniczenie zakresu zgody tylko do dóbr, które stanowią przedmiot uregulowań prawa cywilnego i przy tym wiążą się z koncepcją czynności prawnych³⁰. Jakkolwiek zastrzeżenia tego typu mogą stanowić asumpt do dalszych rozważań nad znaczeniem prawnym zgody w zakresie prawnokarnych uregulowań, należy zauważyć, że prawo cywilne wypracowało własne mechanizmy obrony przed czynnościami prawnymi pozostającymi w sprzeczności z przyjętymi w społeczeństwie wartościami (art. 58 k.c.).

Podstawowym argumentem wysuwany przeciwko koncepcji, jakoby zgoda była czynnością prawną, jest stwierdzenie, że zgoda nie powoduje powstania, zmiany czy zgaśnięcia stosunku prawnego, a więc typowego skutku czynności prawnej. W takiej sytuacji kwalifikowanie zgody jako czynności prawnej prowadziłoby do znaczącego pomieszczenia pojęć³¹. Taka klasyfikacja zgody nie może być uzasadniona w szczególności tym, że zgoda stanowi element czynności prawnej, co zostało już powyżej zasygnalizowane. Typowa relacja³² lekarz–pacjent jest oparta nie na stosunku cywilnoprawnym, lecz trójstronnym stosunku publicznoprawnym, w którym pacjent jest świadczeniobiorcą, a świadczeniodawcą pozostaje Narodowy Fundusz Zdrowia, przy czym realizuje owe świadczenie za pomocą trzeciego podmiotu, czyli lekarza (choć może być to także inny przedstawiciel personelu medycznego, w zależności od właściwości świadczenia). W takiej sytuacji pomiędzy lekarzem a pacjentem nie istnieje w ogóle stosunek cywilnoprawny, a zatem zgoda nie może go kształtować czy zmieniać jego treści ani powodować jego powstania czy wygaśnięcia.

Czynnością prawną nie jest każde ludzkie zachowanie, które pociąga za sobą skutki prawne, lecz takie, które polega na świadomym zachowaniu człowieka, wyraźnie

²⁸ M. Safjan, *op. cit.*, s. 38.

²⁹ M. Sośniak, *Znaczenie zgody...*, s. 138.

³⁰ *Ibidem*, s. 137.

³¹ *Ibidem*, s. 138.

³² Mowa oczywiście o sytuacji leczenia w ramach powszechnego systemu opieki zdrowotnej, gdyż większość czynności medycznych w Polsce realizowanych jest w tym modelu.

skierowanym na wywołanie zamierzonych skutków prawnych. J. Gwiazdomorski uważa, że skutki te są uważane za zamierzone przez osobę, która podejmuje czynność prawną, tylko w zakresie określonym przez system prawa³³. Tak ujmowana i powszechnie akceptowana definicja czynności prawnej nie może znaleźć zastosowania w odniesieniu do zgody pacjenta. W przypadku zgody skutki prawne w postaci wyłączenia bezprawności działania lekarza następują bowiem niezależnie od woli zezwalającego i wynikają z ustawy³⁴. W instytucji zgody zdecydowanie przeważa element faktyczny, jako że wola samego pacjenta zmierza raczej ku osiągnięciu określonego rezultatu faktycznego niż prawnego³⁵. Taka konstrukcja prawna zgody, która każdorazowo łączy skutki jej udzielenia z ustawą, gwarantuje realizację celu zezwolenia polegającego na kwalifikacji czynności naruszającej dobra osobiste pacjenta jako legalnej i pozbawionej cechy bezprawności. Jest to możliwe wyłącznie w przypadku istnienia wyraźnej podstawy, która może mieć charakter normatywny lub wynikać z sytuacji akceptowanej przez porządek prawny³⁶.

Należy także zauważyć, że zgoda, w przeciwieństwie do czynności prawnej, nie sprowadza się do trwałego przeniesienia lub wygaśnięcia prawa podmiotowego. Jej udzielenie nie powoduje, że po stronie lekarza powstaje prawo czy też obowiązek określonego zachowania, lecz odnosi się do sfery wykonywania prawa³⁷. Jak zaznacza M. Safjan, natura zgody pacjenta sprowadza się nie do wywołania skutków prawnych, ale do dysponowania dobrem osobistym w drodze autonomicznej decyzji³⁸. Autor ten podkreśla, że uprawnienie do decydowania o samym sobie w sprawach związanych z własną integralnością psychofizyczną nie wymaga wyraźnego potwierdzenia ustawowego, ponieważ wynika ono z samej natury przysługujących każdemu człowiekowi dóbr osobistych, wśród których tak rozumiana sfera autonomii zajmuje miejsce podstawowe³⁹. W takim znaczeniu zgoda pacjenta stanowi przejaw przysługujących mu dóbr osobistych i służy realizacji jego autonomii⁴⁰. Konsekwencją takiego ustalenia jest uznanie, że w przeciwieństwie do oświadczenia woli przesłanki skuteczności i ważności zgody będą się w głównej mierze odwoływały do kryteriów podmiotowych, a przy tym ulegały znacznej subiektywizacji. Szczególnie istotne będą zatem elementy zgody takie jak zamiar, sposób rozumienia czy posiadanie przez pacjenta zdolności do rozpoznania swoje-

³³ J. Gwiazdomorski, *op. cit.*, s. 66.

³⁴ A. Cisek, *op. cit.*, s. 99.

³⁵ K. Michałkowska, *op. cit.*, s. 30.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ M. Safjan, *op. cit.*, s. 35.

³⁹ *Ibidem*, s. 176–177.

⁴⁰ M. Syska, *Medyczne oświadczenie pro futuro na tle porównawczym*, Wolters Kluwer, Warszawa 2013, s. 108.

go stanu oraz przedmiotu zgody. Przeważające znaczenie ma, według M. Safjana, ochrona autonomii podmiotu, przy czym interesy innych osób schodzą tu na dalszy plan⁴¹, co pozostaje nie do pogodzenia z nurtem obiektywistycznym i teorią doniosłości prawnej oświadczeń woli⁴². Koniecznym elementem zgody jest natomiast świadomość wystąpienia określonych skutków prawnych tegoż aktu. Nie bez przyczyny ustawodawca w odniesieniu do zezwolenia pacjenta na zabieg formułuje warunek swobodnego i dobrowolnego wyrażenia zgody⁴³ oraz uświadomienia ujmowanego jako rozumienie informacji udzielonej przez lekarza w sposób wyczerpujący i jasny dla pacjenta⁴⁴.

Zagadnieniu zgody świadomej, a szczególnie problematyce zakresu informacji przekazywanej pacjentowi poświęcone jest także bogate orzecznictwo. Z psychologicznego i medycznego punktu widzenia zgoda pacjenta jest aktem świadomości jednostki, przejawem autonomicznego wyboru, który na piśmie lub w innej formie znajduje swoje potwierdzenie⁴⁵. Znaczenie zgody nie sprowadza się zatem jedynie do wyrażenia przez pacjenta woli, lecz wynika z elementu uświadomienia o ryzyku zabiegu oraz rozumienia sytuacji zdrowotnej, w jakiej znajduje się pacjent. Z konieczności podkreślenia subiektywnych elementów instytucji zgody pacjenta, od których zależy ważność i skuteczność aktu, wynika, że instytucja ta nie odpowiada współczesnej konstrukcji czynności prawnej.

Wreszcie za odrzuceniem koncepcji kwalifikowania zgody pacjenta w kategorii czynności prawnych przemawiają względy praktyczne. Jak zaznaczono wyżej, konsekwencją uznania, że zgoda stanowi czynność prawną, jest akceptacja wszystkich wymogów ważności czynności prawnej, a zatem także warunku posiadania przez podmiot zezwalający zdolności do czynności prawnej. Tymczasem zgoda na zabieg leczniczy może zostać skutecznie udzielona zarówno przez pacjenta małoletniego, jak i ubezwłasnowolnionego częściowo lub całkowicie (art. 17 u.p.p. i art. 32 u.z.l.). Przepisy regulujące zagadnienia zgody pacjenta określają autonomiczne warunki zdolności do wyrażenia zezwolenia na czynności medyczne oraz procedury udzielenia, niezależnie od wymogów formułowanych przez prawo cywilne. Oponenci, upatrujący w zgodzie cech czynności prawnej, argumentują, że zgoda pacjenta jako decyzja, na podstawie której dopuszczalne staje się naruszenie dóbr osobistych, powinna podlegać odformalizowa-

⁴¹ M. Safjan, *op. cit.*, s. 35.

⁴² O teorii doniosłości prawnej: Z. Radwański, *Teoria umów*, PWN, Warszawa 1977, s. 37; A. Jędrzejewska, *Koncepcja oświadczenia woli w prawie cywilnym*, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa 1992, s. 174.

⁴³ Art. 17 ust. 1 u.p.p. w zw. z art. 9 ust. 1 u.p.p. oraz art. 32 ust. 1 u.z.l. i art. 34 ust. 1 u.z.l. w zw. z art. 31 ust. 1 u.z.l.

⁴⁴ R. Kubiak, *Prawo medyczne*, C.H.Beck, Warszawa 2014, s. 259.

⁴⁵ A. Augustynowicz, A. Budziszewska-Makulska, *Ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. Komentarz*, CeDeWu, Warszawa 2010, s. 132.

nym rygorom w porównaniu z innymi oświadczeniami. Tak rozumiana zgoda pacjenta nie podlega w ich ocenie ogólnym kryteriom zdolności do czynności prawnej. Zwolennicy uznania zgody za czynność prawną wskazują, że odmienne warunki ważności zgody nie wynikają z odrębnego od czynności prawnej charakteru prawnego, lecz z woli ustawodawcy, który, podobnie jak w przypadku osób o ograniczonej zdolności do czynności prawnej, czyni wyjątek od podstawowej zasady, dopuszczając możliwość wyrażenia zgody przez osoby, które w odniesieniu do zwykłego obrotu cywilnoprawnego nie są uznane za samodzielne⁴⁶. Taka ocena jest rzeczywiście spójna i odpowiada *ratio legis* przepisów odnoszących się do zgody pacjentów nieposiadających pełnej zdolności do czynności prawnej. Niemniej z analizy norm prawnych, określających status prawny pacjentów małoletnich czy cierpiących z powodu zaburzeń psychicznych, należy wywieść, że ustawodawca w wyraźny sposób zerwał z wymogiem zdolności do czynności prawnej. Również w literaturze przedmiotu dość jednoznacznie rozróżnia się zdolność do czynności prawnych i zdolność do wyrażania zgody przez pacjenta⁴⁷. Kompetencja do wyrażenia zgody przez pacjenta została przez ustawodawcę ograniczona cenzusem wiekowym ustalonym przez art. 17 ust. 1 u.p.p. i art. 32 ust. 5 u.z.l., gdyż zgodnie z tymi przepisami prawo do udzielenia zgody uzyskuje osoba, która ukończyła 16. rok życia, przy czym do momentu osiągnięcia pełnoletności podstawą działania lekarza jest tzw. zgoda podwójna wyrażona przez małoletniego oraz jego przedstawiciela ustawowego (art. 32 ust. 2 u.z.l. w zw. z ust. 5 u.z.l.). Różnica pomiędzy zdolnością do czynności prawnych a zdolnością do wyrażenia zgody na czynność medyczną ujawnia się przy porównaniu samej granicy wieku, od której ustawodawca przyznaje ograniczone uprawnienia do działania. Wszak na gruncie prawa cywilnego małoletni zyskuje limitowaną samodzielność w wieku 13 lat, podczas gdy obowiązek respektowania autonomii pacjenta i uprawnienie do współdecydowania o postępowaniu leczniczym powstaje dopiero po ukończeniu 16. roku życia. Należy zauważyć, że w takim wypadku zgoda małoletniego pacjenta, który ukończył 16. rok życia, współwystępuje ze zgodą przedstawiciela ustawowego, przy czym oba akty mają równą moc i są niezbędne dla dokonania czynności medycznej⁴⁸. Konstrukcja zgody podwójnej (równoległej) nie odpowiada zatem instytucji potwierdzenia czynności prawnej dokonanej przez osobę o ograniczonej zdolności prawnej, określonej w art. 18 § 1 k.c. Co więcej, w przypadku osób ubezwłasnowolnionych całkowicie uprawnienie do wyrażenia zgody uzależnione zostało od tego, czy pacjent jest w stanie z rozeznaniem wypo-

⁴⁶ M. Świdowska, *Zgoda pacjenta...*, s. 31.

⁴⁷ Tak m.in.: U. Drozdowska, W. Wojtal, *op. cit.*, s. 19; A. Zoll, *Granice legalności zabiegu medycznego*, „Prawo i Medycyna” 1999, nr 1, s. 29.

⁴⁸ B. Janiszewska, *Zgoda na udzielenie świadczenia zdrowotnego – ujęcie wewnątrzsistemowe*, C.H.Beck, Warszawa 2013, s. 480.

wiedzieć opinię w sprawie badania (art. 32 ust. 4 u.z.l.), jako że ani upośledzenie, ani dysfunkcje psychiczne nie muszą automatycznie pozbawiać pacjenta umiejętności rozumienia swojego stanu i proponowanych metod leczenia.

W każdym razie prawo do zadecydowania o postępowaniu w trakcie udzielania świadczeń zdrowotnych wygasa w razie braku zdolności do świadomego wyrażenia zgody (art. 32 ust. 2 u.z.l. i art. 17 ust. 2 u.p.p.). Oznacza to, że osoba kompetentna według prawa cywilnego do dokonania czynności prawnej w sytuacji, gdy nie może w sposób swobodny i autonomiczny podjąć decyzji w sprawie leczenia, pozbawiona będzie prawa do wyrażenia zgody mimo zachowania pełnej zdolności do czynności prawnych. Z powyższej analizy wynika, że kompetencja do wyrażenia zgody na zabieg leczniczy nie pokrywa się ze zdolnością do czynności prawnych. Odmiennosc i specyfika zdolności do wyrażenia zgody, nieznanujące punktów wspólnych z konstrukcją przewidzianą przez przepisy Kodeksu cywilnego, nie pozwalają jej uznać za wyjątek podobny do swobody działania osób o ograniczonej zdolności prawnej, lecz uzasadniają rozpatrywanie jej jako odrębnej, autonomicznej instytucji prawnej.

5. Zgoda pacjenta jako działanie podobne do oświadczenia woli

W związku z odrzuceniem koncepcji, że zgoda pacjenta stanowi czynność prawną, konieczne jest określenie innej kwalifikacji tego aktu. Zgoda pacjenta wywołuje skutek przewidziany w ustawie niezależnie od woli podmiotu jej udzielającego, stąd też w literaturze klasyfikuje się ów akt w kategorii działań prawnych podobnych do oświadczeń woli. M. Sośniak uważa, że zaletą takiej konstrukcji jest możliwość traktowania zgody pacjenta analogicznie do oświadczeń woli, chociaż zgoda ta oświadczeniem woli *sensu stricto* nie jest⁴⁹. Daje to dużą swobodę w zakresie respektowania wymogów przewidzianych na gruncie prawa cywilnego dla oświadczeń woli i czynności prawnych, z którymi warunki udzielenia zgody przez pacjenta nie muszą być zbieżne. Przede wszystkim jednak takie ujęcie ma istotne konsekwencje praktyczne, ponieważ wiąże się z brakiem wymogu pełnej zdolności do czynności prawnych osoby wyrażającej zgodę, a przy tym znajduje potwierdzenie w aktualnie obowiązujących przepisach, które normują zdolność do wyrażenia zgody przez pacjenta w sposób zupełnie odmienny od przewidzianego dla czynności prawnych. Dla uznania ważności zgody pacjenta dominujące znaczenie mają bowiem okoliczności subiektywne, decydujące o jego świadomości i rozeznaniu co do własnego stanu zdrowia oraz procesu leczenia.

Podobna argumentacja jest również podnoszona w aktualnym orzecznictwie. Przykładem może być wyrok Sądu Najwyższego, w którym stwierdzono, że zgoda jest

⁴⁹ M. Sośniak, *Znaczenie zgody...*, s. 141.

to przejaw woli podobny do oświadczenia woli, a na taki charakter zgody wskazują uregulowania zawarte w ustawie o zawodach lekarza i lekarza dentystry (art. 32 ust. 4, art. 32 ust. 5 oraz art. 34 ust. 4)⁵⁰. W takim duchu wypowiedział się także Sąd Apelacyjny w Krakowie, oceniając przypadek nienależytego poinformowania pacjentki o zabiegu. W wyroku tym uznano, że zgoda pacjenta jest prawem do decydowania o sobie, wobec czego zawsze należy odnosić ją do zgody pacjenta należycie poinformowanego. Zgoda pacjenta na określoną czynność medyczną nie jest zdaniem Sądu Apelacyjnego w Krakowie czynnością prawną, jest to bowiem oświadczenie w sferze świadomości i woli o charakterze jednostronnym, odrębnie uregulowane w ustawie o prawach pacjenta⁵¹. Skutek prawny w postaci wyłączenia bezprawności działania lekarza następuje niezależnie od woli pacjenta wyrażającego zgodę. Nie negując tego, że w wielu przypadkach taki skutek może być objęty zamiarem, trzeba pamiętać, że w przeważającej części przypadków zezwalające działania pacjenta są ukierunkowane na wywołanie skutków faktycznych, co również nie pozwala na zaliczenie zgody do grupy czynności prawnych. Na tle powyższych rozważań dotyczących skutków prawnych zgody pacjenta należy zauważyć, podkreślane przez część doktryny⁵², podobieństwo między zgodą a czynnością prawną rozporządzającą (choć z pewnością nie można powiedzieć, że zgoda jest rozporządzeniem w ścisłym tego słowa znaczeniu i nie odnosi się do praw majątkowych⁵³).

Analiza powyższych argumentów skłania do przyjęcia koncepcji, zgodnie z którą zgoda pacjenta stanowi oświadczenie będące działaniem prawnym podobnym do oświadczenia woli *sensu stricto*. Taka kwalifikacja pozwala na realizację szczególnych właściwości i funkcji zgody pacjenta, a także na określenie autonomicznych przesłanek ważności i skuteczności. Jednocześnie, o czym będzie mowa poniżej, nie wyłącza zupełnie stosowania przepisów Kodeksu cywilnego.

6. Dopuszczalność i zakres stosowania przepisów dotyczących czynności prawnych do zgody pacjenta na zabieg medyczny

Charakter prawny zgody pacjenta nadal pozostaje tematem ożywionych dyskusji. Jednakże za przeważający, a jednocześnie znajdujący odzwierciedlenie w aktualnym orzecznictwie, należy uznać pogląd, według którego zgoda pacjenta stanowi działanie podobne do oświadczenia woli. Kategoryczne odrzucenie kwalifikacji zezwolenia w kategorii oświadczenia woli czy czynności prawnej nie wyjaśnia jednak problematyki sto-

⁵⁰ Wyrok SN z dnia 11 kwietnia 2006 r., I CSK 191/05, LEX nr 182908.

⁵¹ Wyrok SA w Krakowie z dnia 15 października 2014 r., I ACa 922/11, LEX nr 14411388; zob. A. Fiu-tak, *Prawo medyczne w orzecznictwie z komentarzem. Część II*, Difin, Warszawa 2015, s. 22–14.

⁵² M. Sośniak, *Znaczenie zgody...*, s. 142; W. Nowak, *op. cit.*, s. 51.

⁵³ M. Świdarska, *Zgoda pacjenta...*, s. 28.

sowania przepisów dotyczących czynności prawnych do zgody pacjenta. W szczególności uznanie, że do instytucji zgody pacjenta nie mają zastosowania normy Kodeksu cywilnego statuujące czynności prawne, jest niezwykle niepraktyczne i zaprzecza idei spójności systemu prawnego. Nie dziwi zatem fakt, że zwolennicy uznania zgody za swoisty akt woli jednoznacznie dopuszczają możliwość stosowania do tego aktu przepisów dotyczących oświadczenia woli⁵⁴. Warto jednak wskazać uzasadnienie dla takiego stwierdzenia, a także określić, w jakiej części przepisy prawa cywilnego znajdują zastosowanie do zezwolenia pacjenta na zabieg medyczny.

K. Mularski, analizując konstrukcję czynności podobnych do czynności prawnych, zauważa, że kategoria ta – podobnie jak czynności prawne – należy do szerszej grupy czynności konwencjonalnych⁵⁵. Istnieje zatem wiele podobieństw pomiędzy czynnościami prawnymi a czynnościami podobnymi do czynności prawnych, związanych głównie z cechą performatywną obu czynności⁵⁶. Główne różnice pomiędzy tymi zdarzeniami cywilnoprawnymi dotyczą reguł konsekwencyjnych określających skutki czynności, status tych skutków oraz relację czasową pomiędzy dokonaniem czynności (prawnej lub podobnej do czynności prawnych) a wystąpieniem jej skutku⁵⁷. Według tego autora różnice w tym zakresie automatycznie przenoszą się na możliwość stosowania przepisów dotyczących skutków czynności prawnych do czynności podobnych do czynności prawnych⁵⁸. K. Mularski stwierdza, że żadne z norm prawnych, które regulują konsekwencje czynności prawnych, nie mogą być stosowane, nawet analogicznie, do czynności podobnych do czynności prawnych⁵⁹. Uwagi te są z pewnością trafne, gdyż konstruując czynności prawne, ustawodawca uwzględnił ogólne cechy czynności konwencjonalnych. Niemniej każda czynność podobna do czynności prawnej posiada pewne szczególne atrybuty, które w mniejszym lub większym stopniu uniemożliwiają odnośzenie do niej przepisów regulujących czynności prawne.

W literaturze zwraca się uwagę na to, że do zgody pacjenta (a także zgody uprawnionego na naruszenie dóbr osobistych) nie znajdzie zastosowania konstrukcja pełnomocnictwa⁶⁰, polegająca na upoważnieniu do dokonania czynności w imieniu mocodawcy. Lekarz bowiem działa w sferze dóbr osobistych pacjenta, dokonując czynności faktycznych we własnym imieniu. Podobnie do zgody pacjenta nie mogą być stosowane

⁵⁴ Tak m.in.: M. Świdarska, *Zgoda pacjenta...*, s. 28; K. Michałkowska, *op. cit.*, s. 34; M. Świdarska, [w:] M. Nesterowicz (red.), *Ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. Komentarz*, Instytut Problemów Ochrony Zdrowia, Warszawa 2009, s. 133.

⁵⁵ K. Mularski, *Czynności podobne do czynności prawnych*, Wolters Kluwer, Warszawa 2011, s. 190.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ *Ibidem*, s. 192.

normy regulujące odwołalność oświadczeń woli (art. 61 § 1 zd. 2 k.c.) oraz zgodę następczą (art. 63 k.c.)⁶¹.

Nie ulega natomiast wątpliwości, że do zgody pacjenta odpowiednie zastosowanie znajdują przepisy dotyczące oświadczenia woli (art. 60 i 61 k.c.), formy (art. 73–81 k.c.) oraz przyczyn nieważności z mocy prawa (art. 58 k.c.)⁶². Mają one kluczowe znaczenie w zakresie ustalania przedmiotowych przesłanek ważności zezwolenia na czynności medyczne. W odniesieniu do zgody należy również wskazać, że postuluje się stosowanie przepisów odnoszących się do wad oświadczeń woli (art. 82–88 k.c.).

7. Zakończenie

Problem umiejscowienia w podziale zdarzeń prawnych zgody pacjenta na czynność medyczną, będący elementem szerszego zagadnienia, jakim jest zgoda uprawnionego na naruszenie dóbr osobistych, nadal pozostaje przedmiotem sporów w doktrynie. Zwolennicy ujmowania zgody pacjenta jako czynności prawnej czy oświadczenia woli przedstawiają szeroką argumentację na poparcie swojego stanowiska. Za kwalifikacją zgody w kategorii czynności prawnych przemawiają doniosłe względy praktyczne, a takie stwierdzenie umożliwia stosowanie przepisów Kodeksu cywilnego bez dokonywania dodatkowej interpretacji oraz poszukiwania uzasadnienia. Niemniej specyficzne właściwości zgody pacjenta, której podstawową funkcją jest dysponowanie autonomią jednostki oraz postulat stosowania precyzyjnej terminologii na gruncie prawa cywilnego, przemawiają za poglądem, zgodnie z którym zgoda stanowi działanie prawne podobne do oświadczenia woli. Takie też stanowisko dominuje we współczesnej doktrynie cywilistycznej.

Bezsporna natomiast pozostaje aprobata dla odpowiedniego stosowania przepisów dotyczących oświadczeń woli i czynności prawnych do zgody pacjenta. Nie ulega wątpliwości, że zgoda, będąca swoistym oświadczeniem, wykazuje wiele cech wspólnych z czynnością prawną, co umożliwia w znacznej mierze korzystanie z uregulowań Kodeksu cywilnego. Niemniej każdorazowo należy brać pod uwagę szczególne atrybuty zgody, które wykluczają stosowanie rozwiązań przewidzianych prawem cywilnym dla czynności prawnych.

Charakter prawny zgody pacjenta na czynność medyczną pozostaje tematyką dysertacji oraz rozważań naukowych od wielu lat. Wraz z rozwojem medycyny oraz przebudową tradycyjnego modelu relacji lekarz–pacjent zmierzającą do rozszerzania kompetencji decyzyjnych tego drugiego, a także pojawianiem się na rynku komercyjnych

⁶¹ M. Świdarska, [w:] *Ustawa o prawach...*, s. 133.

⁶² *Ibidem*, s. 133.

usług medycznych i coraz większą liczbą zabiegów o celu nielecniczym znaczenie tej problematyki wzrasta. Pozornie akademickie rozważania o ściśle teoretycznoprawnym charakterze mogą stanowić asumpt do rozszerzonych badań nad zakresem związania lekarza odbierającego zgodę przepisami o formie (w tym nowej formie dokumentowej wprowadzonej do Kodeksu cywilnego w wyniku nowelizacji, która weszła w życie 8 września 2016 r.) oraz zasadami współżycia społecznego, a także możliwością powołania się przez pacjenta na wady oświadczeń woli.

Bibliografia

Źródła

Akty prawne

- Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 380 ze zm.).
- Ustawa z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentystry (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 125 ze zm.).
- Ustawa z dnia 22 sierpnia 1997 r. o publicznej służbie krwi (t.j. Dz. U. z 2014 r., poz. 332 ze zm.).
- Ustawa z dnia 1 lipca 2005 r. o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 793 ze zm.).
- Ustawa z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta (t.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 186 ze zm.).

Orzecznictwo

- Uchwała SN (7) z dnia 24 września 1993 r., III CZP 77/93, LEX nr 3973.
- Wyrok SN z dnia 29 października 2003 r., III CK 34/02, LEX nr 145226.
- Wyrok SN z dnia 17 grudnia 2004 r., II CK 303/04, LEX nr 157493, z głosem M. Świdorskiej, „Orzecznictwo Sądów Powszechnych” 2005, z. 11, poz. 131 i głosem M. Nestorowicza, „Przegląd Sądowy” 2006, nr 6.
- Wyrok SN z dnia 11 kwietnia 2006 r., I CSK 191/05, LEX nr 182908.
- Wyrok SA w Krakowie z dnia 15 października 2014 r., I ACa 922/11, LEX nr 14411388.

Literatura

- Augustynowicz A., Budziszewska-Makulska A., *Ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. Komentarz*, CeDeWu, Warszawa 2010.
- Cisek A., *Dobra osobiste i ich niemajątkowa ochrona w kodeksie cywilnym*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego Wrocław 1989.
- Drozdowska U., Wojtäl W., *Zgoda i informowanie pacjenta*, Biblioteka Esculapa, Warszawa 2010.
- Fiutak A., *Prawo medyczne w orzecznictwie z komentarzem. Część II*, Difin, Warszawa 2015.
- Grzybowski S., *Ochrona dóbr osobistych według przepisów ogólnych prawa cywilnego*, Wydawnictwa Prawnicze, Warszawa 1957.
- Grzybowski S. (red.), *System prawa cywilnego. Część ogólna, t. I*, C.H.Beck, Wrocław–Gdańsk 1985.

- Gwiazdomorski J., *Próba korektury pojęcia czynności prawnej*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z zakresu prawa cywilnego i praw na dobrach niematerialnych”, Kraków 1973.
- Janiszewska B., *Zgoda na udzielenie świadczenia zdrowotnego – ujęcie wewnątrzsystemowe*, C.H.Beck, Warszawa 2013.
- Jędrzejewska A., *Koncepcja oświadczenia woli w prawie cywilnym*, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa 1992.
- Kaczor J., *Pojęcie czynności prawnej upoważniającej w nauce prawa cywilnego*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2005.
- Karkowska D., *Prawa pacjenta*, Wolters Kluwer, Warszawa 2009.
- Kordasiewicz B., Łętowska E. (red.), *Prace z prawa cywilnego. Wydanie dla uczczenia pracy naukowej profesora Józefa Stanisław Piątowskiego*, Zakład Narodowy im. Ossolińskich, Wrocław–Warszawa 1985.
- Kubiak R., *Prawo medyczne*, C.H.Beck, Warszawa 2014.
- Marowski J., *Niektóre zagadnienia zgody na naruszenie nietykalności cielesnej przez lekarza*, „Nowe Prawo” 1961, nr 7–8.
- Michałkowska K., *Charakter prawny i znaczenie zgody pacjenta na zabieg medyczny*, Difin, Warszawa 2014.
- Mularski K., *Czynności podobne do czynności prawnych*, Wolters Kluwer, Warszawa 2011.
- Nesterowicz M. (red.), *Ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. Komentarz*, Instytut Problemów Ochrony Zdrowia, Warszawa 2009.
- Nowak W., *Prawne formy zgody pacjenta na eksperyment medyczny (zagadnienia cywilno-prawne)*, „Prawo i Medycyna” 2005, nr 3
- Olejniczak A. (red.), *System prawa prywatnego. Prawo zobowiązań – część ogólna, t. VI*, C.H.Beck, Warszawa 2009.
- Radwański Z. (red.), *System prawa prywatnego. Prawo cywilne – część ogólna, t. II*, C.h.Beck, Warszawa 2008.
- Radwański Z., *Teoria umów*, PWN, Warszawa 1977.
- Safjan M., *Prawo i medycyna*, Oficyna Naukowa, Warszawa 1998.
- Sośniak M., *Znaczenie zgody uprawnionego w zakresie cywilnej odpowiedzialności odszkodowawczej*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace prawnicze” 1959, z. 6.
- Syska M., *Medyczne oświadczenie pro futuro na tle porównawczym*, Wolters Kluwer, Warszawa 2013.
- Szer S., *Prawo cywilne. Część ogólna*, PWN, Warszawa 1967.
- Świdarska M., *Zgoda pacjenta na zabieg medyczny*, Dom Organizatora TNOiK, Toruń 2007.
- Wolter A., Ignatowicz J., Stefaniuk K., *Prawo cywilne – zarys części ogólnej*, LexisNexis, Warszawa 1996.
- Zoll A., *Granice legalności zabiegu medycznego*, „Prawo i Medycyna” 1999, nr 1.

Bartłomiej Jaworski
Uniwersytet Wrocławski

Odpowiedzialność podmiotów władzy publicznej na podstawie art. 417² Kodeksu cywilnego

Liability of public authority entities under art. 417² of the Polish Civil Code

Streszczenie

Zagadnienie odpowiedzialności władzy publicznej skupia w sobie wiele zasadniczych problemów o charakterze nie tylko konstytucyjnym, ale i aksjologicznym oraz filozoficznym, a śledząc jej dynamiczną ewolucję – zwłaszcza w ostatnich latach – zarówno w wymiarze krajowym, jak i międzynarodowym, można uznać, że odzwierciedla ona w jakimś stopniu naturę relacji państwo–jednostka i pozwala na identyfikację dokonujących się przemian w myśleniu prawniczym oraz w funkcjonowaniu nowych mechanizmów demokratycznych. W polskim systemie prawnym podmioty, które wykonują władzę publiczną, muszą się liczyć z koniecznością ciągłego ponoszenia odpowiedzialności odszkodowawczej. Zgodnie jednak z art. 417² Kodeksu cywilnego podmioty władzy publicznej odpowiadają za szkody powstałe wskutek ich działalności legalnej, a gdy szkoda wyrządzona została na osobie, poszkodowany może żądać całkowitego lub częściowego jej naprawienia oraz zadośćuczynienia pieniężnego za doznaną krzywdę, kiedy okoliczności wskazują, że wymagają tego względy słuszności. Zasada wyrażona w art. 417² znajduje coraz szersze zastosowanie w sprawach o odszkodowanie wobec Skarbu Państwa i innych szeroko rozumianych podmiotów władzy publicznej oraz jest zagadnieniem wartym bliższej analizy pod kątem możliwości wykorzystania jej przez obywateli, którzy odnieśli szkodę poprzez zgodne z prawem działanie podmiotów administrujących.

Słowa kluczowe

odpowiedzialność władzy publicznej, odpowiedzialność podmiotów władzy publicznej za działania legalne, zasada słuszności

Abstract

The issue of liability of public authorities involves a lot of fundamental problems of a constitutional, axiological and philosophical nature, while tracing its dynamic evolution – especially in recent years – both nationally and internationally, shows that it reflects to some extent the nature of the relationship between the State and an entity and allows the identification of the ongoing changes in legal thinking and functioning of the new democratic mechanisms. In the Polish legal system, entities that exercise public authority have to reckon with the need to continuously incur liability. However, in accordance with Article 417² of the Polish Civil Code, bodies of public authority are responsible for damages caused by their legal activities, and if the damage was caused to a person, the victim may claim full or partial redress and financial compensation for the inflicted damage, when circumstances indicate that equity so requires. The principle expressed in Article 417² is increasingly applied in the cases of damages to the State and other broadly defined entities of public authorities and is an issue worth

closer analysis for the possibility of its use by citizens who have suffered injury through the legal action of administrative entities.

Keywords

public authority liability, liability of public authority entities for legal actions, principle of equity

1. Wstęp

Odpowiedzialność władzy publicznej jest zagadnieniem analizowanym w opracowaniach prawniczych, szczególnie w zakresie odpowiedzialności odszkodowawczej za niezgodne z prawem działania bądź zaniechania jej podmiotów, regulowanej na mocy art. 417 i 417¹ ustawy – Kodeks cywilny¹. Przepisy te nie przewidują jednak sytuacji, w której podmiot władzy publicznej działał zgodnie z prawem, a pomimo to wyrządził szkodę, dlatego też w art. 417² k.c. ustawodawca zdecydował się wprowadzić instytucję odpowiedzialności posiłkowej, opartej na zasadzie słuszności. Zarówno bowiem działania nielegalne (działania niezgodne z prawem, zaniechania), jak i te legalne wywoływać mogą szkody bezpośrednio bądź pośrednio obciążające obywateli. Uznaje się, że art. 417² wprowadza odpowiedzialność za tak zwane szkody legalne, a więc za takie uszczerbki, które powstały pomimo działania zgodnego z prawem (na przykład powstałe przy wywłaszczeniach). Warto podkreślić, że wymienione art. 417, 417¹ i 417² stanowią fragment szerszego zespołu przepisów art. 417–420 k.c. normujących kwestię odpowiedzialności władzy publicznej. Są one także elementem prawa odszkodowawczego w doktrynie prawa cywilnego, przez które rozumie się całość przepisów regulujących stosunki odszkodowawcze – stosunki typu zobowiązaniowego². W zobowiązaniu wierzycielem jest poszkodowany, a dłużnikiem osoba zobowiązana do świadczenia odszkodowawczego. Świadczeniem jest zachowanie osoby zobowiązanej, polegające na naprawieniu uszczerbku, jakiego doznała inna osoba, na skutek tego, że prawnie chronione dobra i interesy tej drugiej osoby zostały naruszone. Świadczenie mające na celu naprawienie uszczerbku majątkowego określa się jako odszkodowanie, natomiast świadczenie zmierzające do naprawienia uszczerbku o charakterze niemajątkowym nosi nazwę zadośćuczynienia³. Świadczenie odszkodowawcze charakterystyczne jest przede wszystkim dla czynów niedozwolonych, lecz występuje także przy odpowiedzialności kontraktowej, a źródłem powstania każdego stosunku zobowiązaniowego jest wyrządzenie szkody.

¹ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2016 r., poz. 380), dalej jako k.c.

² W. Warkało, *Odpowiedzialność odszkodowawcza. Funkcje, rodzaje, granice*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1972, s. 7.

³ T. Dybowski, [w:] Z. Radwański (red.), *System prawa cywilnego*, t. III, cz. 1, *Prawo zobowiązań – część ogólna*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk–Łódź 1981, s. 170.

Omawiany art. 417² k.c. dotyczy analizowanej w niniejszym artykule odpowiedzialności na zasadzie słuszności za zgodne z prawem wykonywanie władzy publicznej i daje podstawę do roszczeń o naprawienie szkody obywatela wobec podmiotu władzy publicznej. Stanowi on, iż „jeżeli przez zgodne z prawem wykonywanie władzy publicznej została wyrządzona szkoda na osobie, poszkodowany może żądać całkowitego lub częściowego jej naprawienia oraz zadośćuczynienia pieniężnego za doznaną krzywdę, gdy okoliczności, a zwłaszcza niezdolność poszkodowanego do pracy lub jego ciężkie położenie materialne, wskazują, że wymagają tego względy słuszności”. Mowa tu więc o takich sytuacjach, gdy podmiot ma określone uprawnienia (wynikające na przykład z prawa administracyjnego czy karnego) i wykonuje je prawidłowo. Artykuł 417² ma zatem charakter wyjątkowy i pomocniczy, traktując odpowiedzialność za szkodę wyrządzoną przez władzę publiczną w następstwie jej działania legalnego jako korektę odpowiedzialności na zasadach ogólnych. Podstawą niniejszej analizy będzie więc dorobek doktryny prawa cywilnego, jednak jej motywem jest obserwowany w ostatnim czasie lawinowy wzrost roszczeń obywateli z tytułu szkód wyrządzanych przez szeroko ujmowane organy administrujące. Podjęta zostanie też próba charakterystyki tejże instytucji prawnej z punktu widzenia jej przydatności dla działania w sferze szeroko pojętej administracji publicznej. Celem naukowym artykułu będzie przeanalizowanie instytucji odpowiedzialności podmiotów władzy publicznej na podstawie art. 417² k.c. pod kątem możliwości jej wykorzystania na gruncie prawa administracyjnego.

2. Pojęcie podmiotu władzy publicznej (ujęcie funkcjonalne)

Ważne dla prezentowanego problemu jest określenie katalogu podmiotów władzy publicznej, który nie będzie ograniczał się jedynie do wąskiej definicji organu władzy publicznej⁴. Na wstępie podkreślić należy, że Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.⁵ *expressis verbis* nie wskazuje podmiotów ponoszących odpowiedzialność odszkodowawczą. Przepis art. 77 ust. 1 polskiej ustawy zasadniczej określa jedynie przesłanki, od spełnienia których zależy prawo poszkodowanego do żądania odszkodowania i to jedynie za niezgodne z prawem działanie organu władzy publicznej. Z oczywistych względów Konstytucja nie określa więc katalogu podmiotów wchodzących w zakres *imperium*, gdyż jest on obszerny. I tak chociażby na gruncie doktryny prawa administracyjnego podmiotami władzy publicznej określać będziemy wszelkie podmioty o państwowym lub samorządowym charakterze, które zostały wyposażone w atrybut władzy, czyli w uprawnienie pozwalające na stosowanie wobec obywateli

⁴ J. Boć, *Podmioty administrujące*, [w:] J. Boć (red.), *Prawo administracyjne*, Kolonia Limited, Wrocław 2005, s. 131 i n.

⁵ Dz.U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.

środków przymusu⁶. Katalog ten obejmuje więc nie tylko organy administracji publicznej, ale także i inne rozumiane szeroko podmioty administrujące w ujęciu funkcjonalnym. Zgodnie ze wskazywanym już art. 417 k.c. odróżnić należy podmioty, które wykonują władzę z mocy prawa (§ 1 art. 417) od podmiotów, które wykonują te zadania jako zlecone im w drodze porozumienia (§ 2 niniejszego artykułu). Przykładem takich podmiotów, które *ex lege* posiadają kompetencję do wykonywania władzy publicznej, może być chociażby Skarb Państwa, jednostka samorządu terytorialnego czy państwowe osoby prawne. Paragraf 2 art. 417 k.c. określa natomiast sytuację, w której kompetencja do wykonywania władzy publicznej powstaje dopiero w razie przekazania jej w drodze porozumienia określonej osobie prawnej, której nie przysługuje ona z mocy prawa⁷. Ich przedmiotem są zobowiązania (w sensie administracyjnoprawnym) dotyczące realizacji zadań ze sfery administracji publicznej. Porozumienia przewidują bądź wspólne wykonanie zadań nałożonych na podmioty będące stronami porozumienia, bądź przeniesienie pewnych zadań z jednego podmiotu na drugi. Jednak tym, co odróżnia porozumienie administracyjne od czynności cywilnoprawnych, jest przede wszystkim jego przedmiot, który leży w sferze prawa administracyjnego, a nie cywilnego. Tego rodzaju porozumienia nie mają zatem charakteru cywilnoprawnego, lecz administracyjnoprawny i z tego względu dozwolone są wyłącznie w sytuacjach prawem przewidzianych, ponieważ w relacjach publicznoprawnych nie znajduje zastosowania zasada swobody umów. Nie mamy tu więc do czynienia z charakterystyczną dla prawa cywilnego równorzędnością stron, jednak wciąż istnieje swoboda podjęcia decyzji w sprawie współdziałania i brak jest podległości służbowej czy organizacyjnej stron. Porozumienie takie wymaga bez wątpienia zgody obu stron, a w szczególności zgody podmiotu przekazującego, jakim może być organ władzy państwowej utożsamiany ze Skarbem Państwa albo jednostka samorządu terytorialnego⁸. Instytucja porozumienia pozwala zatem objąć odpowiedzial-

⁶ Zob. M. Szewczyk, *Nadzór w materialnym prawie administracyjnym*, Zachodnie Centrum Organizacji, Poznań 1996, s. 31; A. Filipowicz, *Pojęcie i funkcja nadzoru w administracji państwowej*, Ossolineum, Wrocław 1984, s. 71–72, s. 138. Zgodnie z twierdzeniem E. Bagińskiej należy przyjąć, że o zakwalifikowaniu danej działalności do sfery władczej decydować powinny następujące warunki: a) działalność władcza powinna przejawiać się w sferze zewnętrznej władztwa organów władzy (wobec osób fizycznych, prawnych i innych jednostek), b) w celu zagwarantowania jej skuteczności dopuszcza się stosowanie środków przymusu bezpośredniego, c) jej podstawą materialno-prawną może być tylko wyraźna norma prawna dopuszczająca określone działanie i mieszcząca się w systemie zamkniętego katalogu źródeł prawa powszechnie obowiązującego bądź też wtedy, gdy chodzi o czynności faktyczne, indywidualny akt władczy, wydany na podstawie takiej normy (E. Bagińska, *Odpowiedzialność odszkodowawcza za wykonywanie władzy publicznej*, C.H. Beck, Warszawa 2006, s. 236).

⁷ Z. Radwański, *Odpowiedzialność odszkodowawcza za szkody wyrządzone przy wykonywaniu władzy publicznej w świetle projektowanej nowelizacji kodeksu cywilnego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2004, R. LXVI, z. 2.

⁸ Por. na przykład art. 8 i 9 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (Dz. U. z 2016 r., poz. 446).

nością za realizowanie zadań publicznych zarówno podmiot wykonujący władzę publiczną na podstawie zlecenia, jak również podmiot ją „zlecający”⁹.

Wprost o odpowiedzialności podmiotów wykonujących zadania publiczne wypowiedział się Sąd Najwyższy, wskazując, że „jeżeli wykonywanie zadań z zakresu władzy publicznej zlecono, na podstawie porozumienia, jednostce samorządu terytorialnego albo innej osobie prawnej, solidarną odpowiedzialność za wyrządzoną szkodę ponosi ich wykonawca oraz zlecająca je jednostka samorządu terytorialnego albo Skarb Państwa”¹⁰. Nie jest tu wskazywana jedynie odpowiedzialność za niezgodne z prawem działanie bądź zaniechanie podmiotu, stąd wyrok ten odnieść możemy także do prezentowanej w niniejszym artykule odpowiedzialności za zgodne z prawem działanie podmiotów władzy publicznej. Warto jednak wyraźnie podkreślić, że organy władzy publicznej nie posiadają *stricte* odpowiedzialności cywilnoprawnej. Taką odpowiedzialność bowiem ponosić może tylko podmiot prawa cywilnego, a nie organ władzy publicznej. Poza organami orzecznictwa krajowego także Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej bardzo szeroko określił katalog podmiotów wykonujących działania w sferze *imperium*, uściślając w jednym z wyroków używane wcześniej pojęcie podmiotów przejawiających „emanację państwa” i określając, że podmiot władzy publicznej to taki, który świadczy usługi publiczne, ma specjalne uprawnienia dla świadczenia takich usług oraz działa pod kontrolą państwa¹¹. Zgodnie z powyższym krąg podmiotów władzy publicznej wyznaczany jest na podstawie funkcjonalnej – są nimi bowiem takie osoby prawne, których działalność powiązana jest z wykonaniem władzy publicznej¹². Podobną wykładnię art. 77 ust. 1 Konstytucji RP przyjmuje Trybunał Konstytucyjny, wskazując w wyroku z dnia 4 grudnia 2001 r., że „w pojęciu «władzy publicznej» mieszczą się także inne instytucje niż państwowe lub samorządowe, o ile wykonują funkcje władzy publicznej w wyniku powierzenia czy przekazania im tych funkcji przez organ władzy państwowej lub samorządowej”¹³. Zgodnie z tak prezentowanym ujęciem podmiotów władzy publicznej będzie to katalog bardzo szeroki, który obejmie chociażby Narodowy Bank Polski (w zakresie wykonywanych przez niego władczych kompetencji wobec innych banków) czy nawet parafię – w sytuacji gdy proboszcz, asystując przy zawieraniu małżeństwa, nie podejmie prawem nakazanych czynności, powodować będzie to, że

⁹ Por. Z. Radwański, *Zobowiązania – część ogólna*, C.H. Beck, Warszawa 2003, s. 191; Z. Banaszczyk, art. 417 Nb 27 i n., [w:] K. Pietrzykowski, *Kodeks cywilny. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2002.

¹⁰ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 czerwca 2014 r., III CSK 211/13.

¹¹ Orzeczenie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 12 lipca 1990 r. w sprawie C-188/89, *A. Foster i inni v. British Gas plc*, ETS 1990, s. I-3313.

¹² E. Bagińska, *op. cit.*, s. 146–148.

¹³ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 4 grudnia 2001 r., SK 18/00.

małżeństwo nie zostanie zawarte¹⁴ (choć mowa tu o drugim, nieanalizowanym w niniejszym artykule, rodzaju odpowiedzialności za działanie bądź zaniechanie podmiotu władzy publicznej). Organy administracji publicznej bez wątpienia zaliczyć więc możemy do podmiotów władzy publicznej, czyli takich, które zarówno wykonują władzę z mocy prawa, jak i realizują zadania jako zlecone im w drodze porozumienia.

3. Warunki zastosowania odpowiedzialności podmiotów władzy publicznej za działania legalne

Analizowana odpowiedzialność na podstawie art. 417² k.c. ma zatem zastosowanie wtedy, gdy działanie sprawcze wyrządzające szkodę mieści się w pojęciu wykonywania władzy publicznej, a sama szkoda powstała w następstwie wykonywania władzy publicznej zgodnie z prawem. Co ważne, artykuł ten nie będzie odnosił się do szkody wyrządzonej „przy okazji” wykonywania władzy publicznej. Cel działania podmiotu władzy publicznej powinien więc być funkcjonalnie związany z realizacją określonej kompetencji organu władzy publicznej. Samo działanie musi być działaniem legalnym, czyli mieścić się w granicach przyznanych organowi przez prawo kompetencji. Niezgodne natomiast z prawem działania podmiotów władzy publicznej, określone w art. 417 k.c., za które ponoszą one odpowiedzialność na zasadzie ryzyka, muszą wypełniać przesłanki odpowiedzialności w postaci bezprawności działania lub zaniechania¹⁵. Odpowiedzialność podmiotu władzy publicznej na podstawie art. 417 k.c. nie wystąpi więc, gdyż działanie polegające na wykonywaniu władzy publicznej podjęte było zgodnie z prawem. Legalne wykonywanie władzy publicznej stanowić będzie zatem pierwszą z przesłanek, która musi zaistnieć, aby można było mówić o odpowiedzialności podmiotu władzy publicznej, określonej w art. 417² k.c. Przywoływany przepis znajdzie więc zastosowanie tylko wówczas, gdy szkoda została wyrządzona działaniem legalnym na skutek czynności podmiotu władzy publicznej zgodnych z uprawnieniami wynikającymi z całokształtu obowiązujących przepisów prawnych. Sama szkoda (jej wystąpienie) stanowić będzie drugą z przesłanek, które muszą wystąpić, aby można było zastosować dyspozycję normy art. 417² k.c. Zgodnie z jego treścią szkoda ta musi „powstać na osobie” i mieć charakter dotkliwy. Artykuł jednak nie wskazuje, o jakiego typu szkody chodzi, jednak zgodnie z brzmieniem wcześniejszych wersji artykułu¹⁶ mowa tu przykładowo o szkodach polegających na uszkodzeniu ciała, rozstroju zdrowia, utracie żywiciela. Co jednak dla prezentowanej te-

¹⁴ T. Smyczyński, *Odpowiedzialność odszkodowawcza duchownego z powodu naruszenia prawa przy zawieraniu małżeństwa*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2002, R. LXIV, z. 2, s. 165 i n.

¹⁵ E. Bagińska, *op. cit.*, s. 216; Z. Radwański, *Odpowiedzialność odszkodowawcza...*, s. 14.

¹⁶ Zob. art. 5 ustawy z dnia 15 listopada 1956 r. o odpowiedzialności państwa za szkody wyrządzone przez funkcjonariuszy państwowych (Dz. U. Nr 54, poz. 243).

matyki ważniejsze, powstałe szkody nie mogą dotyczyć mienia, co wpisuje się w *ratio legis* przepisu art. 417², którego celem ma być zapewnienie ochrony praw jednostki o szczególnym charakterze – dóbr osobistych takich jak życie, zdrowie, które mają najwyższą wartość indywidualną i społeczną. Takie rozumowanie polskiego ustawodawcy pozostaje jednak kwestią sporną i jest prawdopodobne, że zostanie ono zrewidowane na korzyść obywateli, z uwzględnieniem w katalogu powstałych szkód także innych ich kategorii. Mogą bowiem istnieć takie przypadki, gdy nie ma szkody na osobie, a powstała jedynie poważna szkoda na mieniu, której naprawienie przez władzę publiczną jest wymagane zgodnie z zasadą słuszności¹⁷. Kolejnym, trzecim warunkiem wystąpienia odpowiedzialności podmiotów władzy publicznej za działania legalne jest istnienie normalnego (adekwatnego) związku przyczynowego pomiędzy działaniem podmiotu a szkodą, która na jego skutek powstała. Jest to zgodne z treścią art. 361 § 1 k.c., który stanowi, że „zobowiązany do odszkodowania ponosi odpowiedzialność tylko za normalne następstwa działania lub zaniechania, z którego szkoda wynikła”. Zobowiązany w tym przypadku, co zostało już powyżej wskazane, jest szeroko rozumiany podmiot władzy publicznej, który obejmował będzie przede wszystkim Skarb Państwa, jednostki samorządu terytorialnego oraz inne państwowe osoby prawne, a także wszelkie inne podmioty realizujące zadania z zakresu władzy publicznej. Konieczność wystąpienia jedynie normalnego związku przyczynowego, choć w orzecznictwie sądowym ugruntowana¹⁸, w doktrynie prawa cywilnego jest kontestowana i zgłaszane są postulaty konieczności odstąpienia od określonego w art. 361 § 1 k.c. wymagania, aby między szkodą a zachowaniem się funkcjonariusza istniał normalny związek przyczynowy, oraz poprzestania na ustaleniu istnienia niekwalifikowanego powiązania kauzalnego (relacja *sine qua non*)¹⁹. Także Sąd Najwyższy w orzeczeniu z dnia 11 lutego 2004 r. przyjął, że: „W okolicznościach konkretnych spraw wymóg istnienia normalnego związku przyczynowego pomiędzy działaniem (nawet całkowicie legalnym) funkcjonariusza a szkodą może być w imię zasad słuszności interpretowany z większą swobodą. W każdym jednak wypadku zachowana powinna być

¹⁷ Podstawą do tejszej rewizji powinna stać się chociażby rekomendacja Rady Europy nr R/84/15 z dnia 18 września 1984 r. w sprawie odpowiedzialności władzy publicznej, która w swojej Zasadzie 2 stanowi: „1. Jeśli nawet nie są spełnione przesłanki przewidziane w Zasadzie 1, odszkodowanie może być przyznane w przypadku, gdy byłoby oczywiście niesłuszne, aby skutki szkody ponosiła wyłącznie osoba pokrzywdzona, biorąc pod uwagę następujące okoliczności: czynność została podjęta w interesie ogólnym, szkodę poniosła jedna osoba lub ograniczona liczba osób, a czynność ma charakter wyjątkowy lub szkoda powstała wyjątkowo na skutek tej czynności. 2. Stosowanie tej zasady może być ograniczone do ściśle określonej kategorii czynności”. Zob. M. Safjan (red.), *Standardy prawne Rady Europy. Teksty i komentarze*, t. II, *Prawo cywilne*, Instytut Wymiaru Sprawiedliwości, Warszawa 1995.

¹⁸ Zob. chociażby orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 14 stycznia 1970 r., II CR 609/67, OSPiKA 1970, z. 12, poz. 250; orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 13 marca 1969 r., II PR 11/69, LEX nr 14010; orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 6 czerwca 1969 r., I CR 66/69, LEX nr 6514.

¹⁹ Z. Radwański, *Zobowiązania...*, s. 180; A. Śmieja, *Związek przyczynowy i zasady współżycia społecznego w świetle art. 419 k.c.*, Acta Universitatis Wratislaviensis Nr 1152, „Prawo” 1990, t. CLXXXVI, s. 336.

łącność przyczynowo-skutkowa pomiędzy zdarzeniem powodującym szkodę a szkodą – łączność tego rodzaju, że bez określonego działania funkcjonariusza (choćby w pełni prawidłowego) nie doszłoby do powstania uszkodzenia ciała, rozstroju zdrowia czy utraty żywiciela. Postępowanie funkcjonariusza pozostaje więc istotną przyczyną sprawczą szkody. Tego rodzaju zabieg interpretacyjny w konkretnych okolicznościach jest realizacją postulatu zadośćuczynienia zasadom współżycia społecznego²⁰. Widać tym samym, że wskazywany związek przyczynowo-skutkowy interpretowany jest w sposób nieco odmienny od przyjętego stanowiska ustawodawcy, co zgodne jest z humanitarnym celem niniejszej regulacji.

Wskazany w omawianym art. 417² k.c. obowiązek odszkodowawczy wymaga oczywiście rekompensaty ze strony szeroko ujmowanego zobowiązanego, w chwili gdy spełnione są powyższe warunki jego wystąpienia. Zasady, na jakich powinien być on realizowany, określone zostały w art. 444, 445, 446 oraz 448 k.c. Co ważne, także sam art. 417² określa możliwość żądania przez poszkodowanego, w razie wystąpienia szkody, „całkowitego lub częściowego jej naprawienia oraz zadośćuczynienia pieniężnego za doznaną krzywdę”. I tak w art. 444 k.c. ustawodawca wskazuje, zgodnie z § 1, że „W razie uszkodzenia ciała lub wywołania rozstroju zdrowia naprawienie szkody obejmuje wszelkie wynikiłe z tego powodu koszty. Na żądanie poszkodowanego zobowiązany do naprawienia szkody powinien wyłożyć z góry sumę potrzebną na koszty leczenia, a jeżeli poszkodowany stał się inwalidą, także sumę potrzebną na koszty przygotowania do innego zawodu” oraz daje możliwość żądania od zobowiązanego do naprawienia szkody odpowiedniej renty, „Jeżeli poszkodowany utracił całkowicie lub częściowo zdolność do pracy zarobkowej albo jeżeli zwiększyły się jego potrzeby lub zmniejszyły widoki powodzenia na przyszłość” (§ 2). Zgodnie z art. 446 § 1 k.c., „Jeżeli wskutek uszkodzenia ciała lub wywołania rozstroju zdrowia nastąpiła śmierć poszkodowanego, zobowiązany do naprawienia szkody powinien zwrócić koszty leczenia i pogrzebu temu, kto je poniósł. Osoba, względem której ciążył na zmarłym ustawowy obowiązek alimentacyjny, może żądać od zobowiązanego do naprawienia szkody renty obliczonej stosownie do potrzeb poszkodowanego oraz do możliwości zarobkowych i majątkowych zmarłego przez czas prawdopodobnego trwania obowiązku alimentacyjnego. Takiej samej renty mogą żądać inne osoby bliskie, którym zmarły dobrowolnie i stale dostarczał środków utrzymania, jeżeli z okoliczności wynika, że wymagają tego zasady współżycia społecznego (§ 2 art. 446). Sąd może ponadto przyznać najbliższym członkom rodziny zmarłego stosowne odszkodowanie, jeżeli wskutek jego śmierci nastąpiło znaczne pogorszenie ich sytuacji życiowej (§ 3 niniejszego artykułu). Sąd może także przyznać najbliższym członkom rodziny zmarłego odpowiednią sumę tytułem zadośćuczynienia pieniężnego za doznaną

²⁰ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 lutego 2004 r., I CK 222/03, LEX nr 175945.

krzywdę (§ 4)”. W doktrynie prawa cywilnego został ponadto wyrażony pogląd (choć dość kontrowersyjny) o możliwości uzupełniającego stosowania art. 448 k.c. Zgodnie z nim, opierając się na założeniu, że art. 445 k.c. jest regulacją szczególną wobec normy art. 448, pokrzywdzony wykonywaniem władzy publicznej może alternatywnie żądać zapłaty odpowiedniej sumy pieniężnej na cel społeczny²¹, choć według orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 17 marca 2006 r.²², zgodnie z którym przesłanką roszczenia o zasądzenie odpowiedniej sumy pieniężnej na wskazany cel społeczny jest wina kwalifikowana sprawcy naruszenia dobra osobistego, mianowicie wina umyślna albo rażące niedbalstwo, taką możliwość należy jednak wyłączyć w przypadku, gdy odpowiedzialność zobowiązanego do naprawienia szkody opiera się na zasadzie słuszności.

4. Zasada słuszności jako reguła będąca podstawą odpowiedzialności za wyrządzoną szkodę

Zasadność przyznania odszkodowania w świetle zasad słuszności stanowi kolejny, czwarty warunek możliwości zastosowania omawianej odpowiedzialności podmiotów władzy publicznej za działania legalne. Uregulowania art. 417² k.c. uzależniają powstanie i rozmiar obowiązku odszkodowawczego od zgodności z kryterium względów słuszności. Stanowiąc one będą wsparcie (aprobatę) moralną dla przyznania odszkodowania (całkowitego lub częściowego), kiedy zgodnie z art. 417² wystąpi „niezdolność poszkodowanego do pracy lub jego ciężkie położenie materialne”, a także z uwagi na otwarty katalog (o czym świadczy użycie przez ustawodawcę zwrotu „a zwłaszcza”) innych okoliczności, w świetle których przyznanie odszkodowania wsparte będzie odpowiednim moralnym przyzwoleniem. Artykuł ten zrywa więc z ogólną zasadą współżycia społecznego i wprowadza w to miejsce powiązaną z nią zasadę słuszności. Ma ona, podobnie jak art. 417² względem art. 417, charakter uzupełniający do wyrażonych w kodeksie cywilnym zasad ogólnych. Jest stosowana, gdy nie można użyć zasady winy, a istnieje brak podstaw do zastosowania zasady ryzyka. Naprawienie powstałej z tytułu działań legalnych podmiotów władzy publicznej szkody musi jednakże uwzględniać istnienie przesłanek etycznych (przywoływanych zasad współżycia społecznego), które bezpośrednio wskazują na powołanie się na zasadę słuszności. Odpowiedzialność wynikająca z art. 417² k.c. jest znacznie bardziej zaostrzona niż ta wynikająca z zasad ogólnych, co jest konsekwencją zasady równości wobec ciężarów publicznych (*l'égalité devant les charges publiques*²³). Co ważne, zasada

²¹ Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania – część ogólna*, wyd. 7, C.H. Beck, Warszawa 2007, s. 224, 262.

²² I CSK 319/07.

²³ Zasada równości wobec ciężarów publicznych jest zasadą przyjętą przez francuską Radę Stanu w orzeczeniu z dnia 14 stycznia 1938 r. w sprawie *La Fleurette* (Rev. dr. publ., 1938, 87) i odnosi się do

słuszności powróciła do kodeksu na mocy nowelizacji z 2004 r.²⁴, a do tego czasu ustawodawca posługiwał się w odniesieniu do odpowiedzialności podmiotów władzy publicznej określeniem „zasady współżycia społecznego” właśnie²⁵. Genezą stosowania zasady słuszności jest okoliczność, że szkoda powstała w następstwie działań podejmowanych przez władzę publiczną dla realizacji celów leżących w interesie ogółu. Zgodnie z nią nie byłoby uzasadnione, aby wyłącznie jednostka ponosiła ciężar skutków działalności organów państwowych podejmowanej w interesie całego społeczeństwa²⁶. Zgodnie z tym każde rozstrzygnięcie sądu w sprawie przyznania odszkodowania (czy zadośćuczynienia) poszkodowanemu powinno być rozpatrywane *in concreto* i uwzględniać finansową sytuację konkretnego obywatela, stopień niezdolności poszkodowanego do pracy oraz wskazywać na istnienie interesu ogólnego leżącego u podstaw konkretnego działania podmiotu władzy publicznej, a także brać po uwagę okoliczności dotyczące zdarzenia sprawczego (ciężkość doznanej szkody lub jej trwałość²⁷), a nawet zachowanie się samego poszkodowanego²⁸.

5. Wnioski

Artykuł 417² k.c. daje zatem podstawę do roszczeń obywateli wobec szeroko (funkcjonalnie) rozumianych organów administracji publicznej o odszkodowanie (zadośćuczynienie) za szkody, które zostały im wyrządzone na skutek legalnej działalności tychże organów. Artykuł ten stanowi część zespołu artykułów kodeksu, określających odpowiedzialność władzy publicznej za uszczerbki spowodowane realizowaniem przez

odpowiedzialności z tytułu naruszenia równości wobec ciężarów publicznych oraz znajduje zastosowanie w sytuacjach, w których wyrządzona szkoda ma charakter nadmierny i odpowiedzialność ta powinna zostać poniesiona przez całą społeczność (por. C. Klein, *Equity at the French Conseil d'Etat*, [w:] A. Rabello (red.), *Aequitas and Equity, Equity in Civil Law and Mixed Jurisdictions*, The Leonard Davis Institute for International Relations, Jerusalem 1993, s. 330). Innymi słowy, zgodnie z zasadą *l'égalité devant les charges publiques* obywatel nie może indywidualnie ponosić kosztów związanych z działaniami podejmowanymi w interesie publicznym (por. R. Szczepaniak, *Odpowiedzialność odszkodowawcza jednostek samorządu terytorialnego*, Wydawnictwa Prawnicze, Warszawa 2001, s. 270).

²⁴ Ustawa z dnia 17 czerwca 2004 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 162, poz. 1692).

²⁵ Zasada słuszności występuje przede wszystkim w przepisie 417² k.c., jednak odniesienia do niej możemy również znaleźć na przykład w art. 761², art. 764³ § 3 czy art. 764⁴ pkt 2 k.c., dotyczących umowy agencyjnej.

²⁶ Według M. Safjana: „Jej podstawą jest założenie, że działania władzy publicznej, które są ze względu na swą istotę podejmowane w interesie ogólnym, nie powinny prowadzić do przerzucenia w całości ryzyka powstania szkody na jednostkę, nawet wtedy, kiedy nie można było tej szkody uniknąć i stanowi ona następstwo w pełni zgodnych z prawem zachowań organów władzy publicznej. W takich bowiem wypadkach ciężar działań podejmowanych w interesie ogólnym powinien być rozłożony bardziej sprawiedliwie – na całość społeczeństwa lub określoną społeczność, zwłaszcza wtedy, gdy chodzi o szkody szczególnie dotkliwie, związane z rozstrojem zdrowia, uszkodzenia ciała lub utratą życia”. Zob. M. Safjan (red.), *op. cit.*, s. 8.

²⁷ M. Safjan, *Odpowiedzialność odszkodowawcza władzy publicznej*, Wydawnictwo Prawnicze Lexis-Nexis, Warszawa 2004, s. 8; P. Dzienis, *Odpowiedzialność cywilna władzy publicznej*, C.H. Beck, Warszawa 2006, s. 234.

²⁸ Por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 maja 2003 r., II CKN 96/01, LEX nr 137609.

nie zadań publicznych. Aby jednak móc wystąpić z roszczeniem, muszą zostać spełnione cztery scharakteryzowane powyżej przesłanki (działanie podmiotu władzy publicznej musi być legalne, szkoda poniesiona musi być dotkliwa i wystąpić jedynie na osobie, istnieć musi adekwatny związek przyczynowo-skutkowy pomiędzy działaniem podmiotu a zaistniałą szkodą, a przyznanie odszkodowania uzasadniać musi interpretowana w każdym przypadku indywidualnie przez sąd zasada słuszności). Poszkodowany obywatel może żądać naprawienia nie tylko szkody majątkowej, ale także zadośćuczynienia pieniężnego za doznaną krzywdę. Odpowiedzialność podmiotów władzy publicznej na podstawie art. 417² k.c. jest zatem kolejną, ewolucyjną postacią odpowiedzialności organów administracji publicznej wobec obywateli za podejmowane przez nie działania. Organy te wpisywać się będą zatem w szeroki krąg podmiotów wchodzących w zakres *imperium*, stąd możliwa będzie odpowiedzialność organów administracji publicznej, wskazana w niniejszym art. 417² k.c., i dalsze egzekwowanie przez obywateli praw, jakie na mocy tego artykułu uzyskują.

Bibliografia

Źródła

- Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.).
- Ustawa z dnia 15 listopada 1956 r. o odpowiedzialności państwa za szkody wyrządzone przez funkcjonariuszy państwowych (Dz. U. Nr 54, poz. 243).
- Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2016 r., poz. 380).
- Ustawa z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (Dz. U. z 2016 r., poz. 446).
- Ustawa z dnia 17 czerwca 2004 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw, (Dz. U. Nr 162, poz. 1692).
- Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 4 grudnia 2001 r., SK 18/00.
- Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 maja 2003 r., II CKN 96/01, LEX nr 137609.
- Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 lutego 2004 r., I CK 222/03, LEX nr 175945.
- Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 czerwca 2014 r., III CSK 211/13.
- Orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 13 marca 1969 r., II PR 11/69, LEX nr 14010.
- Orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 6 czerwca 1969 r., I CR 66/69, LEX nr 6514.
- Orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 14 stycznia 1970 r., II CR 609/67, OSPiKA 1970, z. 12, poz. 250.
- Orzeczenie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 12 lipca 1990 r. w sprawie C-188/89, *A. Foster i inni v. British Gas plc*, ETS 1990, s. I-3313.
- Rekomendacja Rady Europy nr R/84/15 z dnia 18 września 1984 r. w sprawie odpowiedzialności władzy publicznej.

Literatura

- Bagińska E., *Odpowiedzialność odszkodowawcza za wykonanie władzy publicznej*, C.H. Beck, Warszawa 2006.
- Boć J. (red.), *Prawo administracyjne*, Kolonia Limited, Wrocław 2005.
- Dzienis P., *Odpowiedzialność cywilna władzy publicznej*, C.H. Beck, Warszawa 2006.
- Filipowicz A., *Pojęcie i funkcja nadzoru w administracji państwowej*, Ossolineum, Wrocław 1984.
- Pietrzykowski K., *Kodeks cywilny. Komentarz, art. 417 Nb 27 i n.*, C.H. Beck, Warszawa 2002.
- Rabello A. (red.), *Aequitas and Equity, Equity in Civil Law and Mixed Jurisdictions*, The Leonard Davis Institute for International Relations, Jerusalem 1993.
- Radwański Z., *Odpowiedzialność odszkodowawcza za szkody wyrządzone przy wykonywaniu władzy publicznej w świetle projektowanej nowelizacji kodeksu cywilnego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2004, R. LXVI, z. 2.
- Radwański Z., *Zobowiązania – część ogólna*, C.H. Beck, Warszawa 2003.
- Radwański Z. (red.), *System prawa cywilnego*, t. III, cz. 1, *Prawo zobowiązań – część ogólna*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk–Łódź 1981.
- Radwański Z., Olejniczak A., *Zobowiązania – część ogólna*, wyd. 7, C.H. Beck, Warszawa 2007.
- Safjan M., *Odpowiedzialność odszkodowawcza władzy publicznej*, Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis, Warszawa 2004.
- Safjan M. (red.), *Standardy prawne Rady Europy. Teksty i komentarze*, t. II, *Prawo cywilne*, Instytut Wymiaru Sprawiedliwości, Warszawa 1995.
- Smyczyński T., *Odpowiedzialność odszkodowawcza duchownego z powodu naruszenia prawa przy zawieraniu małżeństwa*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2002, R. LXIV, z. 2.
- Szczepaniak R., *Odpowiedzialność odszkodowawcza jednostek samorządu terytorialnego*, Wydawnictwa Prawnicze, Warszawa 2001.
- Szewczyk M., *Nadzór w materialnym prawie administracyjnym*, Zachodnie Centrum Organizacji, Poznań 1996.
- Śmieja A., *Związek przyczynowy i zasady współżycia społecznego w świetle art. 419 k.c.*, Acta Universitatis Wratislaviensis Nr 1152, „Prawo” 1990, t. CLXXXVI.
- Warkało W., *Odpowiedzialność odszkodowawcza. Funkcje, rodzaje, granice*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1972.

Iga Jaworska
Uniwersytet Wrocławski

Stwierdzenie nieważności małżeństwa w prawie kanonicznym i świeckim

Annulment of the marriage in canon law and secular law

Streszczenie

Institucja stwierdzenia nieważności małżeństwa jest uregulowana zarówno w przepisach prawa powszechnie obowiązującego, jak i w przepisach prawa kościelnego. W artykule zostało omówione pojęcie małżeństwa oraz przesłanki i podstawowa procedura uzyskania orzeczenia o nieważności małżeństwa w obu tych porządkach prawnych, ze wskazaniem na zasadę odrębnej kognicji sądów powszechnych i świeckich.

Słowa kluczowe

małżeństwo, stwierdzenie nieważności, prawo kanoniczne

Abstract

The institution of marriage annulment is governed by both the provisions of current law and in the laws of the Church. The article discusses the concept of marriage as well as the conditions and the basic procedure to obtain a judgement of nullity of marriage in both these jurisdictions, pointing to the principle of separate jurisdiction of the courts of general jurisdiction and laity.

Keywords:

marriage, declaration of invalidity, canon law

Wstęp

Stwierdzenie nieważności małżeństwa jest instytucją prawną znaną porządkowi zarówno prawa polskiego, jak i prawa kanonicznego. Opiera się na założeniu, że małżeństwo nigdy nie zostało ważnie zawarte. Choć przesłanki stwierdzenia nieważności małżeństwa w prawie kanonicznym i świeckim są zbliżone, to nie można utożsamiać tych dwóch instytucji, gdyż każda z nich jest niezależna i posiada oddzielny byt prawny.

1. Pojęcie małżeństwa

Małżeństwo jest to związek dwóch osób o odmiennej płci¹, zatwierdzany prawnie i społecznie, często także religijnie. Jest to relacja regulowana zasadami, obyczajami, przekonaniem i postawami. Za główny cel zawarcia małżeństwa uznaje się chęć założenia rodziny i posiadania potomstwa. Jest to oczywiście potoczne rozumienie tego pojęcia. Odnosząc się do definicji stworzonych przez doktrynę, za T. Smoczyńskim można wskazać, że „małżeństwo jest trwałym (ale nie nierozzerwalnym) i legalnym związkiem kobiety i mężczyzny, powstałym z ich woli, jako równoprawnych stron, w celu wspólnego pożycia, realizacji dobra małżonków, dobra założonej rodziny i jej celów społecznych”².

Poszukując podstaw tego pojęcia w prawie świeckim³, należy wskazać na art. 18 Konstytucji RP, który stanowi, że małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny, rodzina, macierzyństwo i rodzicielstwo znajdują się pod ochroną i opieką Rzeczypospolitej Polskiej. Powyższy przepis ustawy zasadniczej wprowadza definicję legalną tego pojęcia. Niewątpliwie zawarcie powyższego przepisu w rozdziale I Konstytucji pt. „Rzeczpospolita” świadczy o wysokiej pozycji, jaką małżeństwo zajmuje w hierarchii wartości przyjętych przez ustawodawcę⁴. Co więcej, ustawodawca jednoznacznie przesądza o tym, że za małżeństwo można uznać jedynie związek osób o odmiennej płci. Nie oznacza to jednak, że Konstytucja wyklucza możliwość wprowadzenia przez prawodawcę do polskiego systemu prawnego innych instytucji o niższej randze, które nie będą małżeństwem, jednak będą legalizowały związki osób np. tej samej płci⁵.

Odnosząc się do pojęcia małżeństwa w prawie Kościoła katolickiego, jego definicji należy poszukiwać w Kodeksie Prawa Kanonicznego. Zgodnie z kan.⁶ 1055 § 1 przymerze małżeńskie, przez które mężczyzna i niewiasta ustanawiają między sobą wspólnotę całego życia, skierowaną z natury swej do dobra małżonków oraz do zrodzenia i wychowania potomstwa, Chrystus Pan podniósł do godności sakramentu pomiędzy ochrzczonymi. Tak więc umowa małżeńska między ochrzczonymi jest sakramentem. Jak podkreśla T. Pawluk, „u chrześcijan nie da się oddzielić umowy małżeńskiej od sa-

¹ W prawie polskim i kanonicznym związek małżeński zawrzeć mogą jedynie dwie osoby odmiennej płci.

² T. Smoczyński, *Prawo rodzinne i opiekuńcze. Analiza i wykładnia*, C.H. Beck, Warszawa 2001, s. 38.

³ Autor pod pojęciem prawo świeckie rozumie odpowiednie przepisy prawa polskiego, m.in. Konstytucję Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., (Dz.U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.) czy ustawę z dnia 25 lutego 1964 r. Kodeks rodzinny i opiekuńczy (Dz. U. z 2017 r., poz. 682) – zwany dalej k.r.i.o.

⁴ A. Mączyński, *Konstytucyjne i międzynarodowe uwarunkowania instytucjonalizacji związków homoseksualnych*, [w:] M. Andrzejewski (red.), *Związki partnerskie, debata na temat projektowanych zmian*, Towarzystwo Naukowe Organizacji, Toruń 2013, s. 90.

⁵ M. Nazar, [w:] T. Smoczyński (red.), *System prawa prywatnego*, t. 11, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, C.H. Beck, Warszawa 2009, s. 937 i n.

⁶ Kanon – podstawowa jednostka redakcyjna kościelnych aktów prawnych.

kramentu małżeństwa”⁷. Jako przymioty małżeństwa Kodeks Prawa Kanonicznego wskazuje jego jedność i nierozzerwalność⁸.

W związku z odmiennym pojmowaniem małżeństwa przez prawo kościelne i prawo świeckie istnieje także odmienna regulacja tej instytucji w obu omawianych systemach prawnych. Większość polskich obywateli podlega zarówno prawu kanonicznemu, jak i prawu świeckiemu, w związku z powyższym muszą istnieć zasady określania relacji pomiędzy tymi dwoma porządkami prawnymi. Niewątpliwie aktem regulującym relacje między Kościołem katolickim a państwem polskim jest Konkordat⁹. Zgodnie z jego art. 1 Rzeczpospolita Polska i Stolica Apostolska potwierdzają, że Państwo i Kościół katolicki są – każde w swej dziedzinie – niezależne i autonomiczne oraz zobowiązują się do pełnego poszanowania tej zasady we wzajemnych stosunkach i we współdziałaniu dla rozwoju człowieka i dobra wspólnego. Tak więc zasady niezależności i autonomii mają podstawowe znaczenie przy określaniu wzajemnych relacji.

W celu ułatwienia zawarcia małżeństwa świeckiego i kościelnego na mocy Konkordatu, a następnie przepisów prawa powszechnie obowiązującego, została wprowadzona instytucja tzw. małżeństwa konkordatowego. Zgodnie z art. 1 § 2 k.r.i.o. małżeństwo zostaje zawarte, gdy mężczyzna i kobieta zawierający związek małżeński podlegający prawu wewnętrznemu kościoła albo innego związku wyznaniowego w obecności duchownego oświadczą wolę jednoczesnego zawarcia małżeństwa podlegającego prawu polskiemu i kierownik urzędu stanu cywilnego następnie sporządzi akt małżeństwa. Gdy zostaną spełnione powyższe przesłanki, małżeństwo uważa się za zawarte w chwili złożenia oświadczenia woli w obecności duchownego. Warunkiem możliwości zawarcia małżeństwa konkordatowego jest konieczność, aby umowa międzynarodowa lub ustawa przewidywała takie skutki tej formy, jakie pociąga za sobą zawarcie małżeństwa przed kierownikiem USC. Wyrazem tego w prawie kanonicznym jest art. 10 Konkordatu, który wskazuje, że od chwili zawarcia małżeństwo kanoniczne wywiera takie skutki, jakie pociąga za sobą zawarcie małżeństwa zgodnie z prawem polskim. Zawarcie małżeństwa przed duchownym wywołuje podwójne skutki prawne zarówno w płaszczyźnie prawa polskiego, jak i kanonicznego, pod warunkiem, że osoby zawierające małżeństwo przed duchownym wyrażą wolę jednoczesnego zawarcia małżeństwa podlegającego prawu polskiemu. W przypadku braku takich oświadczeń zawarty związek wyznaniowy (w tym kanoniczny) w świetle prawa polskiego uchodzi za konkubinaty do-

⁷ T. Pawluk, *Prawo kanoniczne według Kodeksu Jana Pawła II*, t. III, Włocławskie Wydawnictwo Diecezjalne, Olsztyn 1996, s. 25–26.

⁸ Kan. 1056.

⁹ Konkordat między Stolicą Apostolską a Rzeczpospolitą Polską z dnia 28 lipca 1993 r. (Dz. U. z 1998 r. Nr 51, poz. 318).

póty, dopóki nie zostanie zawarte dodatkowe małżeństwo przed kierownikiem USC¹⁰. Oprócz małżeństwa konkordatowego nupturienti mogą zawrzeć także tylko małżeństwo cywilne przed kierownikiem USC¹¹ oraz w wyjątkowych okolicznościach tylko małżeństwo kościelne. Zawarcie jedynie małżeństwa kościelnego jest wyjątkową sytuacją, zgodnie bowiem z art. 10 Konkordatu wierni Kościoła katolickiego zawierający małżeństwo mają obowiązek uzyskania dla niego skutków cywilnoprawnych. Jednak ordynariusz miejsca zamieszkania strony może zezwolić na zawarcie małżeństwa bez skutków cywilnych w wyjątkowych przypadkach z ważnych powodów pastoralnych¹².

2. Stwierdzenie nieważności małżeństwa kanonicznego

Odnosząc się do nierozzerwalności małżeństwa jako jednej z jego podstawowych cech, należy wskazać, że oznacza to, iż małżeństwo obowiązuje aż do śmierci jednego z małżonków. Co istotne, przygotowanie do zawarcia małżeństwa kanonicznego obejmuje pouczenie nupturientów o nierozzerwalności małżeństwa kanonicznego oraz o przepisach prawa polskiego dotyczących jego skutków¹³. Trzeba jednak stwierdzić, że nie każde małżeństwo zawierane nawet według formy przepisanej prawem kanonicznym powoduje zaistnienie węzła małżeńskiego, który staje się źródłem jego nierozzerwalności. Jeżeli więc sakramentalny związek małżeński został ważnie zawarty, tj. zgodnie z wymogami prawa kanonicznego, żadna władza ludzka nie jest w stanie go rozwiązać. Wyjątki od tej zasady stanowią rozwiązanie małżeństwa niedopełnionego¹⁴ oraz rozwiązanie naturalnego węzła małżeńskiego, czyli takiego, w którym przynajmniej jedna z tworzących go stron jest nieochrzczona¹⁵.

W przypadku małżeństwa, które nie jest związkiem naturalnym, a zostało dopełnione, istnieje możliwość wystąpienia o orzeczenie nieważności małżeństwa. Zgodnie z rozdziałem kompetencji sądowniczych, na mocy Konkordatu orzekanie o ważności małżeństwa kanonicznego, a także w innych sprawach małżeńskich przewidzianych

¹⁰ A. Szadok-Bratuń, *Procedura zawierania małżeństwa „konkordatowego” w kontekście polskiego prawa administracyjnego*, Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa, Wrocław 2013, s. 24.

¹¹ Zgodnie z art. 1 § 1 k.r.i.o. małżeństwo zostaje zawarte, gdy mężczyzna i kobieta jednocześnie obecni złożą przed kierownikiem urzędu stanu cywilnego oświadczenia, że wstępują ze sobą w związek małżeński. Jest to podstawowa i jednocześnie najprostsza forma zawarcia małżeństwa w prawie polskim.

¹² Obowiązek uzyskania zgody ordynariusza wynika z Instrukcji Episkopatu Polski dla duszpasterzy dotyczącej małżeństwa konkordatowego z 22 października 1998 r.

¹³ Art. 10 ust. 2 Konkordatu.

¹⁴ Małżeństwo niedopełnione to małżeństwo, które zostało zawarte, jednak nie zostało dopełnione aktem małżeńskim ukierunkowanym na zrodzenie potomstwa, do którego ze swej natury zmierza małżeństwo, przez który małżonkowie stają się jednym ciałem. Jeżeli akt małżeński nie został dokonany w sposób dobrowolny i świadomy, nie można mówić o dopełnieniu małżeństwa. Prośbę o dyspensę małżeństwa niedopełnionego kieruje się do papieża.

¹⁵ Zob. kan. 1143–1149.

w prawie kanonicznym, należy wyłącznie do kompetencji władzy kościelnej. Orzekanie natomiast w sprawach małżeńskich w zakresie skutków określonych w prawie polskim należy do wyłącznej kompetencji sądów państwowych.

Orzeczenie nieważności małżeństwa odbywa się w specjalnym procesie na podstawie konkretnego tytułu prawnego. Tytuły prawne, czyli przesłanki stanowiące podstawę do wydania pozytywnego orzeczenia, dzielą się na przeszkody małżeńskie oraz wady wyrażenia konsensu małżeńskiego.

Przeszkoda małżeńska to przeszkoda pozbawiająca osobę zdolności do zawarcia związku małżeńskiego¹⁶. Do tej grupy zalicza się: brak wymaganego prawem wieku, niemoc płciową, węzeł małżeński, różną wiarę, święcenia, publiczny ślub wieczysty czystości, uprowadzenie, występki, pokrewieństwo, powinowactwo, przyzwoitość publiczną i pokrewieństwo prawne. Jeżeli chodzi o pierwszą z przesłanek, czyli brak odpowiedniego wieku, w Polsce ta kanoniczna przeszkoda została ustanowiona na równi z przeszkodą cywilną. Tak więc aby zawrzeć ważne małżeństwo, mężczyzna i kobieta muszą mieć ukończone 18 lat¹⁷.

Drugą z przesłanek jest niemoc płciowa, która oznacza niezdolność do współżycia płciowego. Chodzi tu o defekty wrodzone bądź nabyte uniemożliwiające odbycie aktu płciowego, zmierzającego do zrodzenia potomstwa. Niemoc płciowa, aby stanowić przesłankę do stwierdzenia nieważności małżeństwa, musi posiadać określone cechy, tj. musi być: uprzednia, czyli istnieć przed wstąpieniem w związek małżeński; trwała, tj. niedająca się usunąć, a także pewna, czyli niebudząca wątpliwości¹⁸.

Trzecią przeszkodą jest przeszkoda węzła małżeńskiego. Oznacza to, że osoba, która pozostając w innym małżeństwie, wstępuje w nowy związek małżeński, robi to w sposób nieważny. Prawo kościelne nigdy nie zezwalało na małżeństwa bigamiczne, mając na uwadze jedność oraz nierozzerwalność małżeństwa.

Kolejną przesłanką jest przeszkoda różnej religii, która zachodzi między dwiema osobami, z których jedna została ochrzczona w Kościele katolickim lub była do niego przyjęta i nie odłączyła się od niego formalnym aktem, a druga jest nieochrzczona¹⁹.

¹⁶ Zob. kan. 1073.

¹⁷ W wyjątkowych przypadkach kobieta, która ma ukończony 16. rok życia, może uzyskać zgodę sądu opiekuńczego na zawarcie małżeństwa bądź dyspensę kanoniczną od przeszkody wieku.

¹⁸ Od przeszkody niemocy płciowej należy odróżnić niepłodność, która nie zabrania zawierania małżeństwa ani nie stanowi przeszkody, chyba że byłaby ukryta, aby skłonić drugą stronę do wyrażenia zgody małżeńskiej (kan. 1084 § 3).

¹⁹ Przeszkoda różnej religii ustaje bądź przez przyjęcie chrztu przez stronę nieochrzczonej, bądź przez dyspensę. Warunkiem uzyskania dyspensy jest istnienie słusznej i rozumnej przyczyny oraz złożenie tzw. rękopmi w sposób przewidziany dla małżeństw mieszanych (kan. 1086 § 2). Strona katolicka powinna oświadczyć, że oprze się niebezpieczeństwu odstępstwa od wiary, i złożyć szczerą obietnicę, że dołoży wszelkich starań, aby potomstwo było ochrzczone i wychowane w Kościele katolickim. Strona niekatolicka natomiast powinna być odpowiednio pouczona o obietnicy złożonej przez stronę katolicką, tak aby było wiadomo, że jest świadoma obietnicy i obowiązków strony katolickiej.

Przeszkoda święceń jest kolejną przeszkodą w ważnym zawarciu małżeństwa. Przeszkodą święceń związany jest każdy duchowny. Duchownym staje się osoba przyjmująca święcenia diakonatu. Kolejne święcenia, jakie może przyjąć duchowny, to prezbiterat i sakra biskupia. Każde z tych święceń kapłańskich stanowi osobne źródło przeszkody małżeńskiej²⁰. Następną okolicznością podobną do przeszkody święceń, jest złożenie publicznego, wieczystego ślubu czystości. Ślub jest publiczny, jeżeli został przyjęty w imieniu Kościoła przez właściwego przełożonego, czyli złożony w instytucie zakonnym zgodnie z obrzędem profesji zakonnej. Publiczny ślub czystości, aby mógł stanowić przeszkodę, musi być jednocześnie wieczysty, a więc złożony po upływie ślubów czasowych, zgodnie z przepisami zakonnymi²¹.

Kolejną przeszkodą jest uprowadzenie bądź zatrzymanie kobiety w celu zawarcia z nią małżeństwa. Nie jest dopuszczalna odwrotna sytuacja²². Następną przeszkodą małżeńską jest zabójstwo współmałżonka. Może ona występować w dwóch postaciach. Po pierwsze, gdy osoba chcąc wstąpić w związek małżeński z inną osobą zadaje śmierć współmałżonkowi tej osoby bądź własnemu małżonkowi²³, oraz po drugie, w sytuacji gdy chcący zawrzeć małżeństwo swoim wspólnym działaniem fizycznym lub moralnym powodują śmierć któregoś ze współmałżonków.

Przeszkoda pokrewieństwa jest kolejną przesłanką, a polega na występowaniu więzów krwi powstałych na skutek posiadania wspólnego przodka. Zakaz zawierania małżeństwa obowiązuje we wszystkich przypadkach w linii prostej, a w linii bocznej do czwartego stopnia włącznie. Podobnie jak pokrewieństwo, tak i powinowactwo²⁴ jest przeszkodą w zawarciu związku małżeńskiego, jednak występuje tylko w linii prostej²⁵. Podstawą powinowactwa jest małżeństwo ważne zawarte, choćby nie było dopełnione²⁶.

Kolejnym specyficznym tytułem prawnym jest przeszkoda przyzwoitości publicznej, która powstaje w wyniku bliskości osób w notorycznym lub publicznym konkubincie albo w nieważnym małżeństwie po rozpoczęciu wspólnego pożycia²⁷. Przeszkoda przyzwoitości publicznej ma chronić przed zgorszeniem społeczność wiernych, gdy w pierwszym stopniu pokrewieństwa w linii prostej zaistnieje określony prawem związek uczuciowy pomiędzy mężczyzną i krewnymi kobiety albo pomiędzy kobietą i krewnymi mężczyzny. Przeszkoda ta jest bardzo podobna do powinowactwa w linii prostej

²⁰ Kan. 1087.

²¹ Ślub czystości złożony w instytucie świeckim nie stanowi przeszkody zawarcia małżeństwa (kan. 710).

²² Kan. 1089.

²³ Kan. 1090 § 1.

²⁴ Powinowactwo zachodzi między mężem a krewnymi żony oraz między żoną a krewnymi męża.

²⁵ Kan. 1092.

²⁶ Kan. 109 § 1.

²⁷ S. Świaczny, *Rozwiązanie małżeństwa i stwierdzenie nieważności małżeństwa w sądach kościelnych*, Wolters Kluwer, Warszawa 2007, s. 57.

w pierwszym stopniu. Różnicą jest jednak fakt, że przy przesłance powinowactwa mamy do czynienia z małżeństwem ważnie zawartym. Ostatnią z przeszkód małżeńskich jest przeszkoda pokrewieństwa prawnego i jest konsekwencją adopcji, czyli szczególnej więzi powstającej na mocy zdarzenia prawnego. W związku z powyższym nie mogą ważnie zawrzeć małżeństwa osoby, którzy na skutek adopcji są złączeni pokrewieństwem prawnym w linii prostej lub w drugim stopniu linii bocznej²⁸.

Do drugiej grupy tytułów prawnych dających podstawę do orzeczenia nieważności małżeństwa, czyli wad wyrażenia konsensu małżeńskiego²⁹, należą: niewystarczające używanie rozumu³⁰, brak rozeznania oceniającego co do istotnych praw i obowiązków małżeńskich wzajemnie przyjmowanych³¹, niezdolność do podjęcia istotnych obowiązków małżeńskich z przyczyn natury psychicznej³², podstęp przy zawieraniu małżeństwa (umyślne wprowadzenie w błąd), symulacja³³, wykluczenie któregoś z istotnych przymiotów lub elementów małżeństwa³⁴, zawarcie małżeństwa pod warunkiem³⁵ oraz przymus i bojaźń³⁶.

Trzecią grupę sytuacji dających podstawę do stwierdzenia nieważności małżeństwa stanowią braki dotyczące formy kanonicznej, a więc sposobu zawierania małżeństwa. Dotyczyć to może w szczególności duchownego asystującego przy zawieraniu małżeństwa (posiadania przez niego odpowiedniego upoważnienia) oraz obowiązku obecności dwóch świadków, którzy będą w stanie stwierdzić zawarcie małżeństwa oraz dać o tym wiarygodne świadectwo.

Celem procesu o stwierdzenie nieważności małżeństwa jest udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy konkretne małżeństwo zostało ważnie zawarte. Należy wskazać, że w Kościele katolickim nie ma możliwości uzyskania rozwodu albo unieważnienia mał-

²⁸ Kan. 1094.

²⁹ Konsens małżeński jest aktem woli, mocą którego mężczyzna i kobieta ustanawiają małżeństwo (kan. 1057 § 2)

³⁰ Może przejawiać się w dwóch postaciach: albo jako trwała choroba psychiczna, albo jako chwilowe wyłączenie świadomości.

³¹ Jest to brak powstały z zaburzeń psychicznych, które do tego stopnia determinują wolę osoby chcącej zawrzeć małżeństwo, że osoba ta, podejmując swoją decyzję, nie zdaje sobie dostatecznie sprawy z powagi i znaczenia praw i obowiązków małżeńskich i nie stać ją na krytyczną ocenę, czy będzie w stanie je realizować we wspólnocie małżeńskiej z wybraną osobą.

³² Tak będzie w przypadku homoseksualizmu czy nimfomanii.

³³ Chodzi tu o konsens pozorny, czyli przejawiający się zewnętrznie, jednak niezgodnie z przeżyciami wewnętrznymi. Konsens pozorny jest wyrażany nieszczerze, będzie tak np. w sytuacji zawierania małżeństwa „z litości”.

³⁴ Należą do nich jedność, nierozzerwalność oraz zrodzenie i wychowanie potomstwa.

³⁵ Zabronione jest zawieranie małżeństwa pod warunkiem, który ma się spełnić dopiero w przyszłości (kan. 1102 § 1).

³⁶ Zgodnie z kan. 1103 nieważne jest małżeństwo zawarte pod przymusem lub pod wpływem ciężkiej bojaźni z zewnątrz, choćby nieumyślnie wywołanej, od której ktoś, ażeby się uwolnić, zmuszony jest wybrnąć małżeństwo.

żeństwa, a w procesie o stwierdzenie nieważności małżeństwa można jedynie wykazać, że małżeństwo nigdy nie zostało ważnie zawarte, co oznacza, że nigdy nie istniało. W celu wszczęcia procesu zainteresowani małżonkowie lub jeden z nich powinni zwrócić się do trybunału kościelnego miejsca zawarcia związku małżeńskiego bądź do trybunału miejsca stałego lub tymczasowego zamieszkania przynajmniej jednej ze stron, bądź trybunału miejsca, w którym faktycznie trzeba będzie zebrać większość dowodów³⁷. Bardzo ważne jest, że postępowania nie wszczyna się przeciwko małżonkowi, ale „w sprawie”. Należy podkreślić, że dnia 8 grudnia 2015 r. weszły w życie zmiany w omawianym procesie. Papież Franciszek w Liście Apostolskim *Mitis Iudex Dominus Iesus*, reformującym kanony Kodeksu Prawa Kanonicznego dotyczące spraw o orzeczenie nieważności małżeństwa, wprowadził w procesie szereg zmian mających za zadanie jego uproszczenie i przyspieszenie. Jedną z poważniejszych zmian jest rezygnacja z dotychczasowego wymogu, by orzeczenie nieważności małżeństwa wydane w sądzie kościelnym było potwierdzone decyzją trybunału apelacyjnego. W myśl dotychczasowego prawa do prawomocności orzeczenia nieważności trzeba było zgodnych decyzji dwóch różnych trybunałów kościelnych. Apelacja następowała automatycznie po wyroku orzekającym, że małżeństwo jest nieważne. Od 8 grudnia 2015 r. w celu stwierdzenia nieważności małżeństwa nie będzie już wymagane zgodne orzeczenie sądów kościelnych dwóch instancji, a sąd, który powziął taki wyrok, nie będzie już przysyłał akt do trybunału II instancji. Jeśli żadna ze stron w terminie 15 dni nie odwoła się od wyroku, ten stanie się prawomocny, a strony będą mogły zawrzeć nowe małżeństwa. Kolejną istotną zmianą jest dopuszczenie, aby w skład trzyosobowego kolegium orzekającego wchodziło dwóch sędziów świeckich (mężczyzn lub kobiet), mianowanych przez biskupa, mających odpowiednie wykształcenie i przymioty. Jedynie przewodniczący składu winien być duchownym. Takie rozwiązanie może być szczególną pomocą w krajach borykających się z niedostatkiem duchowieństwa. Nowe prawo wprowadza także możliwość ustanowienia tzw. procesu skróconego do orzekania w sprawach, w których nieważność małżeństwa wydaje się oczywista. W tego typu sprawach orzekać ma sam biskup diecezji. Dotychczasowe przepisy sugerowały wprost, by biskup osobiście nie angażował się w sprawowanie władzy sądowniczej. Od 8 grudnia 2015 r. sam biskup może wydawać orzeczenia o nieważności małżeństwa. Może to uczynić po przeprowadzeniu procesu skróconego, jeśli wikariusz sądowy uzna, że taki sposób procedowania będzie korzystniejszy. Warunkiem wszczęcia procesu skróconego jest wniesienie skargi o nieważność przez obojga małżonków albo przez jednego z nich, ale za zgodą drugiego. Drugim warunkiem jest istnienie tak oczywistych okoliczności faktycznych i osobowych, iż nieważność małżeństwa jawi się jako ewidentna, a przeprowadzanie drobiazgowego postę-

³⁷ Kan. 1672.

powania dowodowego nie wydaje się konieczne³⁸. W procesach skróconych formalności procesowe są ograniczone do minimum, a dowody – jeśli to możliwe – zbierane w ramach jednego posiedzenia sądu. Proces ten ma wynosić maksymalnie 45 dni.

3. Stwierdzenie nieważności małżeństwa świeckiego

Należy wskazać, że również przepisy Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego wprowadzają instytucję stwierdzenia nieważności małżeństwa³⁹. Podobnie jak w przypadku stwierdzenia nieważności małżeństwa kościelnego, sąd powszechny stwierdza, że małżeństwo nigdy nie zostało ważnie zawarte. Prawomocne orzeczenie sądu wywołuje takie skutki prawne, jakby małżeństwo nigdy nie istniało. Przesłanki do unieważnienia małżeństwa regulują przepisy Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, a należą do nich: brak wymaganego wieku, ubezwłasnowolnienie całkowite, choroba psychiczna lub niedorozwój umysłowy, bigamia, pokrewieństwo, powinowactwo, przysposobienie, wada oświadczenia o wstąpieniu w związek małżeński oraz wadliwe pełnomocnictwo. Pierwszą przesłankę stanowi art. 10 § 2 k.r.i.o., wskazujący, że żądać unieważnienia małżeństwa zawartego przez mężczyznę, który nie ukończył lat 18, oraz przez kobietę, która nie ukończyła lat 16 albo bez zezwolenia sądu zawarła małżeństwo po ukończeniu lat 16, lecz przed ukończeniem lat 18, może żądać każdy z małżonków. Ponadto zgodnie z § 4 tego przepisu unieważnienia małżeństwa z powodu braku przepisanej wieku nie może żądać mąż, jeżeli kobieta zaszła w ciążę. Bez znaczenia jest to, czy fakt ten nastąpił przed czy po zawarciu małżeństwa, byleby ciąża istniała w czasie trwania małżeństwa⁴⁰. Jak już wcześniej wskazano, przesłanka nieodpowiedniego wieku występuje także w prawie kanonicznym i jest tożsama w swej treści z przepisami prawa powszechnie obowiązującego. Drugą przesłanką stwierdzenia nieważności małżeństwa jest ubezwłasnowolnienie całkowite. Zgodnie z art. 11 § 2 k.r.i.o. każdy z małżonków może żądać unieważnienia małżeństwa z powodu ubezwłasnowolnienia całkowitego. Orzekając w sprawie, sąd bada, czy w chwili zawierania związku małżeńskiego istniało prawomocne postanowie-

³⁸ Kan. 1683.

³⁹ Od instytucji stwierdzenia nieważności małżeństwa należy odróżnić instytucję rozwodu, rozwód bowiem rozwiązuje związek małżeński z powodów zaistniałych po jego zawarciu.

⁴⁰ Szerzej zob.: wyrok SN z dnia 23 kwietnia 1968 r., II CR 77/68, LEX nr 796. Jak podkreślił SN w uzasadnieniu powyższego wyroku: „Ustawowy zakaz unieważnienia małżeństwa – na żądanie męża – z powodu braku przepisanej wieku w wypadku zajścia żony w ciążę jest podyktowany interesem społecznym, wytyczonym konstytucyjnymi zasadami ochrony rodziny i opieki nad dzieckiem, oraz dobrem dziecka, które zrodzone zostanie lub zrodziło się w małżeństwie; dla dziecka tego nie jest obojętne, czy małżeństwo jego rodziców zostanie unieważnione, czy też – zgodnie z wolą ustawodawcy – pozostanie ono w rodzinie, mającej swe źródło w małżeństwie, zawartym wprawdzie mimo nieosiągnięcia przez małżonków prawem przypisanego wieku, ale które może być unieważnione jedynie na żądanie żony”. Brak legitymacji procesowej męża prowadzi do oddalenia powództwa.

nie sądu ubezwłasnowolniającego jednego z małżonków. Ubezwłasnowolnienie po zawarciu małżeństwa nie stanowi podstawy do unieważnienia małżeństwa. Sąd również nie jest uprawniony do badania, czy w chwili zawierania małżeństwa istniały przesłanki do ubezwłasnowolnienia jednego z małżonków. Zgodnie z art. 12 § 2 k.r.i.o. unieważnienia małżeństwa można żądać także w przypadku występowania choroby psychicznej albo niedorozwoju umysłowego. Jednak nie można żądać unieważnienia małżeństwa z tego powodu po ustaniu choroby. Orzecznictwo podnosi, że tylko wyraźne stwierdzenie istnienia choroby psychicznej w chwili zawierania związku małżeńskiego może uzasadniać żądanie jego unieważnienia⁴¹. Kolejną przesłankę do stwierdzenia nieważności małżeństwa stanowi bigamia. Zgodnie z art. 13 § 2 k.r.i.o. każdy, kto ma w tym interes prawny, może żądać unieważnienia małżeństwa z powodu pozostawania przez jednego z małżonków w poprzednio zawartym związku małżeńskim. Należy pamiętać, że zgodnie z art. 206 Kodeksu karnego⁴² bigamia jest przestępstwem. Orzecznictwo SN podkreśla, że w przepisie tym nie chodzi wyłącznie o interes osobisty. Zgodnie z postanowieniem SN z dnia 15 kwietnia 1971 r.: „Unormowania zawarte zarówno w kodeksie postępowania cywilnego, jak i w prawie rodzinnym nie przeciwstawiają się dopuszczeniu w procesie o unieważnienie małżeństwa bigamicznego interwencji ubocznej ze strony spadkobierców zmarłego w toku procesu powoda, którego współmałżonek zawarł ponowne małżeństwo pomimo pozostawania z powodem w poprzednio zawartym związku małżeńskim. Ujęcie w art. 13 § 2 k.r.o. kręgu osób uprawnionych do żądania unieważnienia małżeństwa bigamicznego jest – niezależnie od ewentualnych innych argumentów – wystarczające do tego, aby w takiej sprawie interwencji ubocznej nie ograniczać jedynie do osób, których interes w unieważnieniu małżeństwa bigamicznego ma charakter wyłącznie osobisty”⁴³. Następną przesłanką jest występowanie pokrewieństwa⁴⁴ bądź powinowactwa⁴⁵ pomiędzy małżonkami (art. 14 § 2 k.r.i.o.). Zakaz ten wprowadzono ze względów obyczajowych, ma on służyć moralnemu zdrowiu i trwałości rodziny oraz chronić przed konfliktami rodzinnymi⁴⁶. Należy również pamiętać o względach natury biologicznej. Kolejną przesłanką jest adopcja. Zgodnie z art. 15 § 2 k.r.i.o. unieważnienia małżeństwa z powodu stosunku przysposobienia między małżonkami może żądać każdy z małżonków. Natomiast zgodnie z § 3 tego artykułu nie można unieważnić małżeństwa z tego powodu jeżeli stosunek przysposobienia ustał⁴⁷. Zgodnie z art. 15¹ § 1 k.r.i.o. unieważnienie z powodu

⁴¹ Zob.: wyrok WSA w Białymstoku z dnia 23 lutego 1995 r., I ACr 33/95, LEX nr 30168.

⁴² Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (Dz. U. z 2016 r., poz. 1137 z późn. zm.).

⁴³ Postanowienie SN z dnia 15 kwietnia 1971 r., I CZ 49/71, LEX nr 1276.

⁴⁴ Chodzi tu o pokrewieństwo w linii prostej oraz rodzeństwo.

⁴⁵ Powinowactwo jest stosunkiem łączącym małżonka z krewnymi drugiego małżonka.

⁴⁶ J. Górecki, *Unieważnienie małżeństwa*, Uniwersytet Jagielloński, Kraków 1958, s. 19.

⁴⁷ Ustanie stosunku przysposobienia możliwe jest jedynie na podstawie orzeczenia sądu, w przypadku przysposobienia niepełnego.

wad oświadczenia woli ma miejsce w sytuacji, gdy oświadczenie o wstąpieniu w związek małżeński złożyła osoba z jakichś powodów znajdująca się w stanie wyłączającym świadome wyrażenie woli, pod wpływem błędu co do tożsamości drugiej strony lub też pod wpływem groźby. Brak świadomości ma miejsce, gdy po stronie składającego oświadczenie woli występuje niezrozumienie zachowania swojego oraz innych, a także gdy osoba ta nie pojmuje konsekwencji oraz znaczenia swojego postępowania. U podstaw takiego zachowania musi leżeć przyczyna wewnętrzna – stan, w jakim znalazła się określona osoba, nie zaś same okoliczności zewnętrzne. Błąd co do tożsamości natomiast to błąd co do osoby nupturienta (osoby, z którą zawiera się związek małżeński) – oznacza to złożenie oświadczenia o zawarciu związku małżeńskiego wobec innej osoby niż ta, z którą zamierzało się wstąpić w związek małżeński. Jeżeli chodzi o groźbę, to może ona stanowić podstawę unieważnienia małżeństwa wtedy, gdy osoba składająca oświadczenie woli obawia się, że jej bądź też innej osobie grozi poważne niebezpieczeństwo osobiste⁴⁸. Ostatnią okolicznością dającą możliwość stwierdzenia nieważności małżeństwa jest wystąpienie jednej z przesłanek w przypadku małżeństwa zawieranego przez pełnomocnika. Zasadą jest, że małżeństwo zostaje zawarte przez złożenie przez mężczyznę i kobietę jednocześnie obecnych oświadczeń woli przed urzędnikiem stanu cywilnego. Jednakże dopuszczalne z ważnych powodów jest także zawarcie związku małżeńskiego przez pełnomocnika⁴⁹. Istnieją trzy przypadki, w których można żądać unieważnienia małżeństwa zawartego przez pełnomocnika: jeżeli sąd nie zezwolił na złożenie oświadczenia przez pełnomocnika; gdy pełnomocnictwo było nieważne (np. brak urzędowego poświadczenia podpisu, w treści pełnomocnictwa nie wymieniono osoby, z którą małżeństwo ma być zawarte), a także w razie skutecznego odwołania pełnomocnictwa. Należy jednak pamiętać, że nie można żądać unieważnienia małżeństwa z powyższego powodu, jeżeli małżonkowie podjęli wspólne pożycie⁵⁰.

Należy wskazać, że sąd, orzekając o nieważności małżeństwa, obligatoryjnie musi ustalić, czy i który z małżonków zawarł małżeństwo w złej wierze. Wykładni pojęcia złej wiary dokonał SN w wyroku z dnia 28 grudnia 1982 r., w którym wskazał, że „przepis art. 20 § 2 k.r.i.o. zawiera autentyczną wykładnię pojęcia złej wiary. Za będącego w złej wierze można uznać tylko wówczas małżonka, gdy w chwili zawarcia małżeństwa wiedział on o okolicznościach stanowiących podstawę jego unieważnienia. Tylko zatem pozytywna wiedza o okolicznościach stanowiących określone zakazy zawarcia

⁴⁸ Prawo do żądania unieważnienia małżeństwa z powodu wady oświadczenia woli przysługuje tylko małżonkowi. Nie można jednakże żądać unieważnienia małżeństwa po upływie 6 miesięcy od ustania: stanu wyłączającego świadome wyrażenie woli, od wykrycia błędu lub ustania obawy wywołanej groźbą – a w każdym wypadku po upływie 3 lat od zawarcia małżeństwa.

⁴⁹ Art. 6 k.r.i.o.

⁵⁰ Art. 16 k.r.i.o.

małżeństwa uzasadniałaby przypisanie małżonkowi złej wiary w rozumieniu powołanego przepisu⁵¹. Za istotne należy uznać, że do skutków unieważnienia małżeństwa w zakresie stosunku małżonków do wspólnych dzieci oraz w zakresie stosunków majątkowych między małżonkami stosuje się odpowiednio przepisy o rozwodzie, przy czym małżonek, który zawarł małżeństwo w złej wierze, traktowany jest tak, jak małżonek winny rozkładu pożycia małżeńskiego. Na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 28 listopada 2014 r. – Prawo o aktach stanu cywilnego⁵² prawomocne orzeczenie sądu będzie stanowiło podstawę do zamieszczenia wzmianki dodatkowej przez kierownika USC w akcie małżeństwa.

4. Zakończenie

Małżeństwo jest związkiem różnopłciowym, powstającym z wolnej woli małżonków w sposób sformalizowany, czyli poprzez wypełnienie zawartej w prawie procedury. Nupturienti mogą zawrzeć bądź małżeństwo cywilne, bądź małżeństwo konkordatowe – mające charakter hybrydowy, a także w wyjątkowych okolicznościach tylko małżeństwo kościelne. Zarówno przepisy Kodeksu Prawa Kanonicznego, jak i Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego przewidują instytucję stwierdzenia nieważności małżeństwa. Jednak w związku z rozdzielną kognicją sądów kościelnych i powszechnych do orzekania w tych sprawach niezbędne jest uzyskanie odrębnego orzeczenia w związku z małżeństwem kościelnym i cywilnym. O braku bezpośrednich skutków cywilnych orzeczenia o stwierdzeniu nieważności małżeństwa kościelnego wypowiedział się SN w wyroku z 17 listopada 2000 r., w którym wskazał, że „orzeczenie sądu kościelnego o ważności bądź ustaniu małżeństwa kanonicznego nie może mieć prejudycjalnego wpływu na orzeczenie sądu państwowego o ważności lub ustaniu świeckiego związku małżeńskiego”⁵³. Niewątpliwie sama instytucja stwierdzenia nieważności małżeństwa ma w obu omawianych porządkach prawnych stosunkowo jednolity charakter, w orzeczeniu bowiem właściwy sąd stwierdza, że małżeństwo nie zostało ważne zawarte, czyli nigdy nie istniało. Natomiast w związku z różnicami przy pojmowaniu instytucji małżeństwa przez prawo świeckie i kanoniczne skutkiem jest inne pojmowanie stwierdzenia nieważności małżeństwa przez te dwa porządki prawne. Przepisy obu kodeksów regulują przesłanki, na które można powołać się, starając się o uzyskanie odpowiedniego orzeczenia. Niewątpliwie przesłanki zawarte w Kodeksie Prawa Kanonicznego mają szerszy zasięg, a w związku z powyższym postulat ujednolicenia procedury stwierdzenia nieważności małżeństwa w obowiązującym stanie prawnym należy uznać za niedo-

⁵¹ Wyrok SN z dnia 28 grudnia 1982 r., I CR 349/82, LEX nr 8505.

⁵² Dz. U. z 2016 r., poz. 2064.

⁵³ V CKN 1364/00, LEX nr 47030.

puszczalny. Jednak jako postulat *de lege ferenda* wypada zgłosić, aby informacja o stwierdzeniu nieważności małżeństwa kanonicznego była zamieszczana jako wzmianka dodatkowa w akcie małżeństwa, tak samo jak jest zamieszczana wzmianka o orzeczeniu sądu powszechnego w tej sprawie.

Bibliografia

Wykaz aktów prawnych

- Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., (Dz. U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.).
Konkordat między Stolicą Apostolską a Rzeczpospolitą Polską z dnia 28 lipca 1993 r. (Dz. U. z 1998 r. Nr 51, poz. 318).
Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. Kodeks rodzinny i opiekuńczy (Dz. U. z 2017 r., poz. 682).
Ustawa z dnia 28 listopada 2014 r. Prawo o aktach stanu cywilnego (Dz. U. z 2016 r., poz. 2064).
Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (Dz. U. z 2016 r., poz. 1137 z późn. zm.).

Wykaz orzecznictwa

- Wyrok SN z dnia 23 kwietnia 1968 r., II CR 77/68, LEX nr 796.
Wyrok SN z dnia 28 grudnia 1982 r., I CR 349/82, LEX nr 8505.
Wyrok SN z dnia 17 listopada 2000 r., V CKN 1364/00, LEX nr 47030.
Wyrok WSA w Białymstoku z dnia 23 lutego 1995 r., I ACr 33/95, LEX nr 30168.
Postanowienie SN z dnia 15 kwietnia 1971 r., I CZ 49/71, LEX nr 1276.

Literatura

- Bolesta A., *Stwierdzenie nieważności małżeństwa. Kompendium dla katolików*, eSPe, Kraków 2015.
Brzemia-Bonarek A., *Dopuszczalność dowodów zdobytych w sposób niegodziwy w kanonicznym procesie o stwierdzenie nieważności małżeństwa*, Księgarnia św. Jacka, Warszawa 2007.
Górecki J., *Unieważnienie małżeństwa*, [wydawnictwo] Uniwersytet Jagielloński, Kraków 1958.
Maraszek M., *Związek małżeński na gruncie prawa polskiego oraz prawa kanonicznego*, Cursor, Warszawa 2010.
Mączyński A., *Konstytucyjne i międzynarodowe uwarunkowania instytucjonalizacji związków homoseksualnych*, [w:] M. Andrzejewski (red.), *Związki partnerskie, debata na temat projektowanych zmian*, Towarzystwo Naukowe Organizacji, Toruń 2013.
Mezglewski A., Tunia A., *Wyznaniowa forma zawarcia małżeństwa cywilnego*, C.H. Beck, Warszawa 2007.
Pawłuk T., *Prawo kanoniczne według Kodeksu Jana Pawła II*, t. III, Włocławskie Wydawnictwo Diecezjalne, Olsztyn 1996.
Piasecki K., *Prawo małżeńskie*, Lexis Nexis, Warszawa 2011.
Smoczyński T., *Prawo rodzinne i opiekuńcze. Analiza i wykładnia*, C.H. Beck, Warszawa 2001.
Smoczyński T. (red.), *System prawa prywatnego*, t. 11, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, C.H. Beck, Warszawa 2009.

- Sobczak A., *Stwierdzenie nieważności małżeństwa i inne małżeńskie procesy kościelne*, Zys i S-ka, Poznań 2010.
- Szadok-Bratuń A., *Procedura zawierania małżeństwa „konkordatowego” w kontekście polskiego prawa administracyjnego*, Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa, Wrocław 2013.
- Świączny S., *Rozwiązanie małżeństwa i stwierdzenie nieważności małżeństwa w sądach kościelnych*, Wolters Kluwer, Warszawa 2007.

Z historii prawa

Julia Picur

Uniwersytet Wrocławski

O zbiorze *Statuta y przywileje koronne z łacińskiego języka na polskie przełożone, nowym porządkiem zebrane*,
autorstwa Jana Herburt

On the set „Statutes and privileges of the Polish Crown, translated from the Latin into the Polish, collected anew” by Jan Herburt

Streszczenie

Niniejszy artykuł prezentuje najistotniejsze kwestie dotyczące Jana Herburt – prawnika doby demokracji szlacheckiej – oraz jego dzieła zatytułowanego *Statuta y przywileje koronne z łacińskiego języka na polskie przełożone, nowym porządkiem zebrane*. W Rzeczypospolitej szlacheckiej już od XVI wieku dostrzegano potrzebę tworzenia zbiorów prawa. Dzieło Jana Herburt stanowi źródło poznania prawa, które wykazuje cechy nowożytnej kodyfikacji prawa. Pomimo wzrostu kompetencji sejmu wydaje się, iż pozycja ustawodawcza parlamentu zanika, a w konsekwencji osoby prywatne wyręczają państwo w wydawaniu drukiem zbiorów prawa. Zbiór prawa Herburt był stosowany w sądach ziemskich aż do XVIII wieku. Autor dzieła posiadał również znaczne doświadczenie parlamentarne, a wydany drukiem zbiór prawa jego autorstwa przyczynił się do kształtowania świadomości prawnej ówczesnego społeczeństwa.

Słowa kluczowe

Jan Herburt, korektura prawa, prywatne projekty kodyfikacji prawa.

Abstract

This article examines the most important issues concerning Jan Herburt, a lawyer living at the time of the Democracy of Nobles, as well as his work entitled *Statutes and privileges of the Polish Crown, translated from the Latin into the Polish, collected anew*. During the Democracy of Nobles a need to edit sets of laws was observed in the 16th century. Jan Herburt’s work is a source of law which has some features of early modern codification. Despite greater competence of the Sejm, the legislative position of the Parliament seems to decrease, which results in the fact that it is private individuals who publish sets of laws instead of the state. Herburt’s work was used in circuit courts until the 18th century. The author also had considerable parliamentary experience and his printed set of laws contributed to the development of legal awareness among the society at that time.

Keywords

Jan Herburt, corrective of law, private projects of early modern codification.

1. Wprowadzenie

W dobie Rzeczypospolitej szlacheckiej zjawisko uporządkowania prawa oraz jego reformy występowało pod wieloma nazwami, takimi jak: korektura prawa, egzekucja praw, akcja kodyfikacyjna i inne. Pomimo odmiennego nazewnictwa wszystkie inicjatywy łączył wspólny cel – stworzenie jednolitego porządku prawnego. Poza zbiorem o charakterze urzędowym Jana Łaskiego z I połowy XVI wieku oraz późniejszą kodyfikacją procesu sądowego, tj. *Formula processus* z 1523 r., uporządkowanie norm prawnych nie przyniosło pozytywnego rezultatu w postaci obowiązujących legalnie zbiorów praw lub kodyfikacji. Z różnych względów kolejne projekty były odrzucane i nie uzyskiwały urzędowego poświadczenia. W konsekwencji w dawnej Polsce prawo było rozproszone w rozmaitych źródłach, od oficjalnych wydań konstytucji sejmowych, po prywatne kompilacje i dzieła prawników. Zatem aż do rozbiorów prawo pozostawało zbiorem norm zwyczajowych i stanowionych, nieujętych kompleksowo.

W doktrynie podnosi się, że zbadania wymagają jeszcze założenia i systematyka wszystkich projektów ówczesnego prawa sądowego¹. Taki pogląd wyrażony został między innymi przez Adama Moniuszkę, w pracy poświęconej politycznym przyczynom niepowodzenia korektury ziemskiego prawa koronnego: „[...] brakuje jednak zarówno szczegółowej analizy poszczególnych projektów korektury, jak też gruntownego studium o próbie jej uchwalenia”². Jeśli chodzi o stanowiące przedmiot niniejszego artykułu *Statuta y przywileje koronne z łacińskiego języka na polskie przełożone, nowym porządkiem zebrane*, które opracował Jan Herbut, to w istocie ani badania jakościowe, ani ilościowe, ani też zwłaszcza drobiazgowa analiza tekstu prawnego nie zostały jeszcze przeprowadzone. Potwierdza to opinię, że losy niektórych ówczesnych tak zwanych projektów kodyfikacji prawa zostały, jak dotąd, nakreślone w zasadzie zarysowo.

Celem niniejszego artykułu jest zwrócenie uwagi na oryginalność dzieła Jana Herbura na tle innych prób uporządkowania prawa sądowego na przestrzeni XVI i XVII wieku w Polsce oraz wskazanie związanych z tym głównych problemów badawczych, jak dotąd jeszcze niewyszczególnionych w nauce. Omówienia wymaga zwłaszcza dotychczasowy stan badań oraz ogólne znaczenie dzieła opracowanego przez Jana Herbura.

Zasadniczą część niniejszego opracowania poprzedza przedstawienie historii *Statuta y przywileje koronne z łacińskiego języka na polskie przełożone, nowym porządkiem zebrane*, a także przedstawienie ich twórcy, realiów prawno-historycznych powstania

¹ W. Uruszczak, *Próba kodyfikacji prawa w pierwszej połowie XVI wieku*, PWN, Warszawa 1979; A. Moniuszko, *Projekty korektury ziemskiego prawa koronnego Jana Januszowskiego – polityczne uwarunkowania niepowodzenia*, „Studia z Dziejów Państwa i Prawa Polskiego”, t. XVI, Kraków–Lublin–Łódź 2012, s. 60, 70.

² A. Moniuszko, *Projekty...*, s. 60.

tego pomnika poznania dawnego prawa polskiego, najważniejszych treści, układu i wpływu przedmiotowego dzieła na kulturę prawną Rzeczypospolitej szlacheckiej.

2. Stan badań

W literaturze przedmiotu wskazuje się, że dzieła prawnicze z pierwszej połowy XVI wieku w ogólności w zasadzie już kompleksowo zbadano. Przede wszystkim temat korektury prawa został przedstawiony w monografii naukowej autorstwa Wacława Uruszczaka, zatytułowanej *Próba kodyfikacji prawa polskiego w pierwszej połowie XVI wieku*. Jednak poszczególne zagadnienia badawcze, jak dotąd, nie doczekały się bliższej analizy. Można wyraźnie zauważyć, że brakuje próby całościowej oceny niektórych prac autorów prywatnych zbiorów prawa. W literaturze w zasadzie tylko sygnalizuje się przedmiotową problematykę. Nie jest to ujęcie analityczne, a raczej uzupełniające, szerzej akcentujące tylko wybrane wątki. Zarysowe wzmianki o dokonaniach prawników z XVI i XVII wieku zamieszczano sporadycznie również w publikacjach i monografiach dotyczących prawa dawnej Polski³.

W związku z powyższym należy wskazać, iż projekt zbioru prawa Jana Herburtu nie doczekał się całościowej oceny. Warto podkreślić, że przegląd literatury przedmiotu dowodzi, iż jedna z pierwszych istotniejszych publikacji poświęconych temu prawnikowi doby renesansu dotyczy rysu biograficznego Jana Herburtu i pochodzi z XIX wieku. Karol Estreicher w *Bibliografii polskiej XIX stulecia* podaje stosunkowo najwięcej informacji o pracach Herburtu⁴. Obecnie informacje o jego dziele znajdują się również w podręcznikach, a także w *Polskim Słowniku Biograficznym*⁵. Brak jednak przykładów prób przedstawienia ujęcia prawa w dziele Jana Herburtu w aspekcie ich porównania z innymi zbiorami praw z przełomu XVI i XVII stulecia. Dotychczas nie powstała praca naukowa czy to w postaci monografii, czy artykułu naukowego w zakresie przedmiotowej tematyki⁶.

³ Należy zaznaczyć, że co do zasady w każdym pokoleniu od XVIII do XXI wieku podejmowano próby tworzenia syntez historii dziejów prawa, również tematyki z zakresu uporządkowania prawa; por. M. Mnizek, *Układ prawodawstwa*, Warszawa 1777; T. Czacki, *O litewskich i polskich prawach*, Warszawa 1801; A.W. Maciejowski, *Pobieżny pogląd na kodyfikację praw w Polsce*, Kraków 1868; M. Bobrzyński, *O dawnym prawie polskim, jego nauce i umiejętnym badaniu*, Warszawa 1874; A.Z. Helcel, *Starodawne prawa polskiego pomniki*, Kraków 1870; O. Balzer, *Studia nad prawem polskim*, Poznań 1889; S. Kutrzeba, *Historja źródeł dawnego prawa polskiego*, Lwów 1925; S. Grzybowski, *Dzieje prawa*, Ossolineum, Wrocław 1981; B. Lesiński, E. Borkowska-Bagieńska, *Historia prawa sądowego. Zarys wykładu*, Ars boni et aequi, Poznań 2000; S. Płaza, *Historia prawa w Polsce na tle porównawczym cz. I, X–XVIII w.*, Księgarnia Akademicka, Kraków 2002; K. Sójka-Zielińska, *Historia prawa*, Wolters Kluwer, Warszawa 2015.

⁴ K. Estreicher (red.), *Bibliografia polska XIX stulecia*, t. 10, Wydawnictwa Artystyczne i Filmowe, Kraków 1972, s. 189.

⁵ R. Żelewski, *Herburt Jan (po 1524–1577) kasztelan sanocki, prawnik, polityk*, [w:] *Polski Słownik Biograficzny*, t. 9, Ossolineum, Wrocław–Warszawa–Kraków 1960–1961, s. 440–442.

⁶ Patrz szerzej *Raport prac badawczych*, <http://www.naukapolska.opi.org.pl/dhtml/raportyWyszukiwanie/listaPraceBadawcze.fs> [dostęp: 12.12.2016].

Według hasła encyklopedycznego *Jan Herbut*⁷ tenże prawnik i historyk, sekretarz króla Zygmunta Augusta oraz kasztelan sanocki opracował systematyczny zbiór prawa polskiego, który ukazał się drukiem w 1563 r. pod tytułem *Statuta Regni Poloniae in ordinem alphabeti digesta*. Dzieło było wielokrotnie wydawane w kraju i za granicą. Siedem lat później Herbut przetłumaczył tę pracę na język polski w zmienionej wersji. Dalej wskazano, iż przedmiotowy zbiór „[...] będący próbą kodyfikacji prywatnej, nie uzyskał oficjalnie mocy prawnej, jednak z jego pierwszej wersji korzystano w sądach aż do czasów wydania Volumina legum”⁸.

Stanisław Kutrzeba w *Historii źródeł dawnego prawa polskiego*, w rozdziale zatytułowanym „układy ustaw polskich”, kwalifikuje zarówno prace z 1563, jak i z 1570 r. jako kompendia. Wskazuje on, że zbiór w wersji łacińskiej był powszechnie znany i używany, jednak Herbut (podobnie jak Sierakowski i Palczewski) nie wniósł elementu notatorskiego do układu materii, a jedynie „reprodukował ustawy”⁹. Zdaniem tego badacza dawnego prawa o oryginalności dzieła Herbuta świadczyło zestawienie alfabetyczne, pod literami od „a” do „z”, podające ustępy wzięte z ustaw polskich. Element odróżniająca tej pracy stanowić miało akcentowanie praktyki prawniczej, gdyż autor tegoż dzieła na marginesach wskazał, skąd i jaki ustęp czerpał.

Natomiast Stanisław Płaza w podrozdziale traktującym o prywatnych projektach kodyfikacyjnych określa dzieło Herbuta jako „zbiór statutów i konstytucji w układzie systematycznym”¹⁰. Podobnie pisze Marek Wrede, ujmując dzieło Jana Herbuta jako „zbiór próbujący systematyzować całość dorobku ustawodawczego państwa”¹¹. Autor ten zwraca również uwagę, iż przedmiotowy zbiór należy odróżnić od inwentarzy sejmowych – popularnych w XVII wieku spisów streszczeń konstytucji ułożonych alfabetycznie według haseł rzeczowych.

Ponadto twórca hasła biograficznego dotyczącego prezentowanej tu postaci, Roman Żelichowski, wskazuje, że Jan Herbut zajmował się zbieraniem obowiązujących praw w jeden zwód¹².

Z kolei Witold Taszycki opracował następującą notę biograficzną Jana Herbuta: „[...] prawnik, kodyfikator ustaw polskich w języku łacińskim i polskim, zajmował się też dziejopisarstwem, ułożona przezeń po łacinie Kronika polska (1571) cieszyła się wielką poczytnością w wieku XVI i XVII”¹³.

⁷ J. Wojnowski (red.), *Wielka Encyklopedia PWN*, Warszawa 2002, s. 252.

⁸ *Ibidem*.

⁹ S. Kutrzeba, *Historja...*, s. 112.

¹⁰ S. Płaza, *Historia...*, s. 142.

¹¹ M. Wrede, *Sejm i dawna Rzeczpospolita*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2005, s. 170.

¹² R. Żelichowski, *Słownik...*, s. 441.

¹³ W. Taszycki, *Obrońcy języka polskiego*, Ossolineum, Wrocław 1953, s. 146.

Zdaniem Wacława Uruszczaka takie prace prywatne jak zbiór Jana Herburta, Jana Januszowskiego, Pawła Szczerbica czy Teodora Zawadzkiego wykazywały już tylko cechy kompilacji prawnych, a nie samoistnego aktu prawnego (kodyfikacji)¹⁴.

Warto zaakcentować, że we współczesnej doktrynie podkreśla się znaczną wartość poznawczą przedmiotowej pracy dla ówczesnej praktyki prawniczej. Katarzyna Sójka-Zielińska wskazuje, że działalność Jana Herburta była związana z programem kodyfikacji prawa, a jego kompendium z 1563 r. miało duże znaczenie praktyczne: „Głównym celem pisarzy prawników dawnej Rzeczypospolitej było służenie potrzebom praktyki wymiaru sprawiedliwości”¹⁵. Także Izabela Lewandowska-Malec podkreśla aspekt praktyczny stosowania tego prywatnego zbioru: „[...] wobec braku całościowej kodyfikacji w praktyce sądowej posługiwano się prywatnymi pracami kodyfikującymi takich autorów jak Herbut”¹⁶.

Jan Herbut jest uznawany również za obrońcę języka polskiego, co podkreśla Witold Taszycki: „Walka o język polski rozgrywała się jednakże nie tylko na polu literackim i naukowym. Rozpętana przez pisarzy, drukarzy i badaczy naukowych [...] przenosiła się też w inne dziedziny życia społecznego”¹⁷. Dodaje on, że powyższe działania znajdują odzwierciedlenie również w dziedzinie legislacji. Od końca pierwszej połowy XVI stulecia widoczne jest ogłaszanie uchwał sejmowych w języku polskim, zaprzestanie prowadzenia diariuszy po łacinie, a także tłumaczenie skodyfikowanych w języku łacińskim praw polskich na język narodowy.

Z pracy Herburta często inkorporuje się poszczególne teksty źródłowe. Między innymi Juliusz Bardach wykorzystuje dzieło Herburta, zamieszczając tekst łaciński oraz najstarszy polski przekład statutów nieszawskich i konstytucji nihil novi sejmu radomskiego z 1505 r.¹⁸

Władysław Konopczyński w *Dziejach Polski nowożytnej* podnosi, iż Jana Herburta można uznać za prawnika-twórcę. W jego ocenie w dziedzinie prawoznawstwa źle wyglądałby nasz wiek XVII, gdyby nie dokonania wybitnych prawników szesnastowiecznej Rzeczypospolitej¹⁹.

Zaprezentowany stan badań pokazuje, że postać Jana Herburta pojawia się wyrywkowo w różnorodnych publikacjach z zakresu zagadnień dotyczących problematyki systematyzowania, układania i kodyfikowania prawa.

¹⁴ W. Uruszczak, *Próba...*, s. 186.

¹⁵ K. Sójka-Zielińska, *Historia...*, s. 83

¹⁶ I. Lewandowska-Malec, *Demokracje polskie. Tradycje, współczesność, oczekiwania*, Księgarnia Akademicka, Kraków 2013, s. 90.

¹⁷ W. Taszycki, *Obrońcy...*, s. 143.

¹⁸ J. Bardach (red.), *Dzieje sejmu polskiego*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2011, s. 24 i n.

¹⁹ W. Konopczyński, *Dzieje Polski Nowożytnej*, Instytut Wydawniczy PAX, Warszawa 2003, s. 505.

Dla dalszych badań kluczowe znaczenie ma dostępny archiwalny materiał badawczy. W szczególności są to źródła drukowane – niektóre z nich wydano w wersji cyfrowej.

3. Fundamentalne dzieło i jego autor

Jan Herburt, późniejszy aktywny działacz polityczny, kasztelan sanocki, a także autor dzieła pod tytułem *Statuta y przywileje koronne z lacińskiego języka na polskie przełożone, nowym porządkiem zebrane*, urodził się na początku XVI wieku w Fulsztynie w okręgu lwowskim. W literaturze data urodzenia twórcy tego dawnego pomnika prawa polskiego stanowi kwestię sporną. Prawdopodobnie urodził się on po roku 1524, co nie wynika wyraźnie z metryki urodzenia, a stanowi jedynie domniemanie badaczy dawnego prawa polskiego. Dodatkową komplikację stanowi fakt, iż w ówczesnych czasach żyli jeszcze dwaj imiennicy Jana Herburta²⁰. W szczególności ten prawnik doby renesansu był często mylony z Janem Szczęsnym Herburtem, również politykiem pełniącym liczne, znaczące urzędy. Nazwisko Herburt było też zamiennie używane jako Herbort²¹. Po odbyciu nauk nie tylko w ojczyźnie, ale również na zagranicznych uniwersytetach Jan Herburt został sekretarzem króla Zygmunta Augusta. Jak już wcześniej podkreślono, poza krótkim rysem biograficznym tej postaci, autorstwa Klemensa Dzieduszyckiego, prawnik ów nie cieszył się zbyt dużym zainteresowaniem badaczy kultury prawnej dawnej Rzeczypospolitej. Wskazany autor zauważa, że Jan Herburt był jednym ze znakomitszych ówczesnych prawników. Pogląd ten uzasadniać ma nie tylko realizacja projektu zbioru prawa oraz umiejętne ułożenie statutów i przywilejów koronnych, ale również szeroka wiedza z zakresu nauk prawnych, którą prezentował podczas obrad sejmowych i rad udzielanych królom polskim²². W ocenie tego biografu Herburt znał doskonale historię dawnej Rzeczypospolitej, bez trudu posługiwał się faktami historycznymi w swoich mowach i misjach poselskich. Klemens Dzieduszycki stwierdza: „Jako dyplomata i polityk przedstawia się także w dość wybitnych rysach”²³. Podnosi ponadto, iż prawnik ten opowiadał się za słuszością i miał na względzie dobro Rzeczypospolitej. Solidaryzując się z wolą ogółu szlachty, niekiedy potrafił także zaprezentować własny pogląd, odmienny od większości członków parlamentu. Dzieduszycki podkreśla również wkład Herburta w poprawę prawa dawnej Rzeczypospolitej. Na kartach krótkiego rysu życia podaje on, że w latach 1519–1520 Herburt był członkiem komisji kodyfikacyjnej, której celem była właśnie ko-

²⁰ Jan Herburt – ojciec Jana Herburta, podkomorzy przemyski; Jan Szczęsny Herburt – sekretarz królewski, dyplomata, poseł; za: L. Finkel (red.), *Bibliografia historii polskiej*, t. 1, 7, 8, PWN, Warszawa 1956.

²¹ Por. pracę autorstwa Jana Januszowskiego zatytułowaną *Statuta, prawa i konstytucje koronne lacińskie i polskie* wydaną w roku 1600 w Krakowie w Drukarni Łazarzowej.

²² K. Dzieduszycki, *Jan Herburt, kasztelan sanocki. Rys biograficzny*, Lwów 1879, s. 47.

²³ *Ibidem*.

rektura prawa. Pisze on: „Miała to być komisja kodyfikacyjna w pełnym znaczeniu tego słowa. Obok bowiem kodyfikowania prawa zwyczajowego miała również dokonywać poprawy obowiązującego prawa stanowionego”²⁴. Zwraca także uwagę na inne dzieła autorstwa Herburt. Niezależnie od głównego przedmiotu zainteresowań Herburt, jakim pozostawało prawo dawnej Rzeczypospolitej, zajmował się on także różnorodną problematyką pisarsko-polityczną. Humanistyczna ciekawość świata oraz ludzi, zafascynowanie kulturą antyczną oraz poszukiwanie nowego modelu postępowania nie były obce Herburtowi. Wykazywał on charakterystyczne cechy renesansowego humanisty. Stosował liczne figury retoryczne. W swoich pismach nawiązywał do starożytnych dziejów państwa i prawa. Podziwiał także antycznych filozofów.

Piśmiennictwo Herburt jest ponadto dość różnorodne pod względem treści i formy. Tworzył zarówno w języku łacińskim, jak i polskim. W jego dorobku przeważają głównie utwory o tematyce politycznej, prawnej i historycznej. Według oceny wskazanego biograf, między innymi kronika zatytułowana *Chronica sive historiae Polonicae compendiosa, ac per certa librorum capita ad facilem memoriam recens facta descriptio* zasługuje na zasadniczo pozytywną recenzję z uwagi na dość znaczną liczbę samodzielnych poglądów i trafnych wniosków.

Oprócz talentów pisarskich Jan Herburt wykazywał również zdolności oratorskie. Jako poseł często wygłaszał publicznie mowy i bronił swoich racji. W szczególności prezentował postulaty dotyczące reformy prawa i jego prawidłowego stosowania. W związku z powyższym jako znana osoba publiczna został wybrany reprezentantem Rzeczypospolitej w sprawie prezentacji artykułów henrykowskich. W dniu 29 sierpnia 1573 r. na „audiencji udzielonej przez Henryka posłom polskim”²⁵ Jan Herburt przedstawiał fundamentalne zasady ustrojowe państwa polskiego. Zachowała się ocena mów posła: „Bardzo często występuje Herburt w roli poważnego, głębokim rozumem politycznym odznaczającego się mówcy. Powaga jego i znaczenie wzrastały wskutek tego coraz bardziej, a najlepszym tego świadectwem były liczne dowody zaufania, jakie mu składała Rzeczpospolita powierzając mu ważne myśli i załatwienie spraw publicznych wielkiej doniosłości”²⁶. Ponadto Jan Herburt dokonywał ustnych interpretacji ówczesnego prawa. Tak uczynił w głośnej sprawie Samuela Zborowskiego, przedstawiając podstawowe kwestie proceduralne odnoszące się do rodzajów pozwów i wyroków królewskich. Pomimo znajomości prawa dawnej Rzeczypospolitej był również recenzowany przez ówczesnych znawców prawa. Nie obawiał się krytyki. W dedykacji do króla zamieszczonej w dziele zatytułowanym *Statuta y przywileje koronne z łacińskiego języka na polskie przełożone*,

²⁴ *Ibidem*, s. 100.

²⁵ D. Makiła, *Artykuły henrykowskie (1573–1576). Geneza, obowiązywanie, stosowanie: studium historycznoprawne*, Vizja Press & IT, Warszawa 2012, s. 90.

²⁶ K. Dzieduszycki, *Jan...*, s. 16.

nowym porządkiem zebrane pisze: „Niech to nie mój sąd będzie, ale aequi iudices [sprawiedliwi sędziowie – W.T.] niech tę pracę dla Rzeczypospolitej [...] pro sua prudentia [wedle swojej znajomości rzeczy – W.T.] u siebie uważą”²⁷.

Prace nad wspomnianym dziełem z zakresu systematyzowania i porządkowania prawa zostały rozpoczęte z umocowania władcy. Jak podaje Klemens Dzieduszycki²⁸, powołując się na badania Feliksa Jana Bentkowskiego²⁹, Michała Wiszniewskiego³⁰ i Jana Wincentego Bandtkie-Stężyńskiego³¹, dzieło zaprezentowane przez Jana Herburtę zostało wydane w trzech księgach w języku łacińskim w 1557 r. w Zamościu. Autor biografii Jana Herburtę nie podaje tytułu z uwagi na brak dostępności materiału badawczego: „[...] wydania tego nie widzieliśmy, dlatego i tytułu podać nie możemy”³². Natomiast według danych zawartych w *Bibliografii Historii Polski XIX stulecia*, pod redakcją Ludwika Finkla, dzieło zostało wydane pod tytułem *Statuta Regni Poloniae in ordinem alphabeti digesta* w Krakowie, prawdopodobnie w 1557 r.³³ Nie ma zatem zgodności wśród autorów co do miejsca wydania pierwszej publikacji Jana Herburtę. Dodatkowo w przywołanej *Bibliografii* autor odpowiedniego hasła ma wątpliwości co do daty wydania dzieła, a sygnalizuje to znakiem zapytania. Warto podkreślić, że przedmiotowy zbiór prawa był znany ówczesnym zainteresowanym, gdyż praca doczekała się licznych, jak na tamte czasy, wydań. Wraz ze wzrostem upowszechnienia instytucji książki w kolejnych polskich miastach, rozwojem drukarstwa w Rzeczypospolitej szlacheckiej oraz szerzeniem umiejętności czytania i pisania wśród społeczeństwa dostęp do zbioru Jana Herburtę stawał się powoli coraz bardziej powszechny. Świadczą o tym liczne jak na tamte czasy wydania pracy zatytułowanej *Statuta Regni Poloniae in ordinem alphabeti digesta*. Powyższe dzieło wydrukowano jeszcze dwukrotnie w stolicy Małopolski kolejno w 1563 i 1567 r. Następnie praca ta została wydana w Warszawie w 1593 r. Kolejne wydania pojawiły się również w XVII stuleciu: w 1613 r. w Gdańsku i Warszawie, a w 1620 r. we Frankfurcie i ponownie w Gdańsku. W 1756 r. *Statuta Regni Poloniae in ordinem alphabeti digesta* wydano w Lublinie. Jak zaznaczono w tytule zbioru, charakterystyczny układ pracy polegał na alfabetycznym zestawieniu dawnego prawa polskiego. Jan Januszowski, później-

²⁷ W. Taszycki, *Obrońcy...*, s. 151.

²⁸ Klemens Dzieduszycki – badacz historii dziejów prawa, znawca działalności prawnopolitycznej Jana Herburtę, autor pracy zatytułowanej *Jan Herburt kasztelan Sanocki. Rys biograficzny* wydanej we Lwowie w 1879 r. nakładem Karola Wilda; <http://www.pbc.rzeszow.pl/dlibra/doccontent?id=2714> [dostęp 19.01.2017].

²⁹ F.J. Bentkowski – historyk literatury, bibliograf, językoznawca i archiwista, autor *Historii literatury polskiej wystawionej w spisie dzieł drukiem ogłoszonych* (1814).

³⁰ M. Wiszniewski – historyk literatury, autor pracy *Historia literatury polskiej* (1840–1857).

³¹ J.W. Bandtkie-Stężyński – prawnik, badacz historii dawnego prawa polskiego, autor dzieł *Historia prawa polskiego* (1850) i *Prawo prywatne polskie* (1851).

³² K. Dzieduszycki, *Jan...*, s. 12.

³³ Por. L. Finkel (red.), *Bibliografia...*, s. 1450.

szy kontynuator idei Herburta oraz autor polskich i łacińskich konstytucji i przywilejów z 1600 r., oceniał układ alfabetyczny pracy w następujących słowach: „[...] rzecz porządniejsza niż po tamte lata i potrzebniejsza, i do znalezienia każdej rzeczy łączna”³⁴. Dzieło Herburta opierało się na zbiorze Jana Łaskiego, wydanych później konstytucjach sejmowych oraz na pracy Jakuba Przyłuskiego. W szczególności na uwagę zasługują statuty i przywileje koronne obowiązujące pod koniec XVI stulecia, zestawione w jednej pozycji książkowej. Obecnie, zgodnie z bibliografią opracowaną przez Bibliotekę Narodową w Warszawie³⁵, dzieło pod tytułem *Statuta Regni Poloniae in ordinem alphabeti digesta* jest dostępne w 24 bibliotekach w Polsce.

W związku z dużym zainteresowaniem tą wydaną w języku łacińskim pracą Jana Herburta postanowiono o przekładzie statutów na język polski. Procedura ta była żmudna i rozłożona w czasie. Materiały źródłowe dowodzą, iż przed przystąpieniem do prac translatorskich sam pomysł przekładu, personalia osób wykonujących te prace, zmiany w składzie osobowym powołanej komisji zostały zaaprobowane przez odpowiednie władze, stwierdzone oddzielnymi dokumentami i właściwie umotywowane w przeciągu trzech lat. Pierwsze wzmianki o tej przystępniejszej formie prawa, bo dostępnej w języku polskim, pojawiły się w roku 1562. Na sejmie w Piotrkowie podniesiono: „[...] bacząc potrzebę, aby prawa a statuta polskie polskim językiem były potrzebniejsze wszystkim niż łacińskie, z tych przyczyn deputujemy z radą panów rad koronnych pewne osoby ku takowej sprawie na tym sejmie przyszłym”³⁶. Działania zmierzające do powołania składu komisji zostały podjęte dopiero w następnym roku, poprzedzającym wyartykułowanie pilnej potrzeby spisania prawa w języku ojczystym. Początkowo komisja powołana do przekładu tekstu statutów Królestwa Polskiego składała się z trzech urzędników. W dedykacji dla króla Zygmunta Augusta Jan Herburta pisał: „[...] prośba stanów wszystkich ku Waszej Królewskiej Miłości była, aby prawa i przywileje wszystkie były na polski język przełożone, raczyłeś [...] konstytucyją warszawską tego pozwolić, aby trzej tej prace się podjęli: nieboszczyk Pan Zebrzydowski, kasztelan lubelski, ksiądz Kijowski i ja trzeci”³⁷. Wspomniana konstytucja warszawska z roku 1563 stanowiła, iż zadaniem powołanej komisji było „[...] zgodzić wszystkie statuta i konstytucje sejmowe tym porządkiem, jako jest correctura statutorum, nie odstępując w niczym prawa pospolitego, ani mu nie ujmując, ani przyczyniając”³⁸. W związku z powyższym, podstawową

³⁴ J. Kilańczyk-Zięba, *Czcionką i piórem. Jan Januszowski w roli pisarza i tłumacza*, Universitas, Kraków 2007, s. 227.

³⁵ *Bibliografia narodowa*, https://www.worldcat.org/title/statuta-regni-poloniae-in-ordinem-alphabeti-digesta/oclc/29091544&referer=brief_results [dostęp: 19.12.2016].

³⁶ W. Taszycki, *Obroncy...*, s. 194

³⁷ *Ibidem*, s. 149.

³⁸ S. Sarnicki, *Statuta i Metryka przywilejów koronnych językiem polskim spisane i porządkiem prawie przyrodzonym, a bardzon snadnym nowo zebrane*, Drukarnia Łazarzowa, Kraków 1594, podają za: W. Ta-

pracę stanowiły nadal *Statuta Regni Poloniae in ordinem alphabeti digesta*. Przekład został jednak dokonany samodzielnie przez Jana Herburta, z uwagi na niemożność sprawowania urzędu przez pozostałych członków powołanej pierwotnie komisji. Pozostali urzędnicy zmarli jeszcze przed rozpoczęciem prac³⁹. W 1565 r. Zygmunt August zaaprobował przełożenie łacińskich statutów Królestwa Polskiego na język polski: „Pozwalamy, aby urodzony Jan Herbórt z Fulsztyna, podkomorzy przemyski, sekretarz nasz, sam tylko, tak jako już począł, statut na polskie przeżył i na przyszły sejm koronny wygotował”⁴⁰. Efekty prac zostały przedstawione na sejmie lubelskim w 1569 r. W tym celu powołano odpowiednich ekspertów do rewizji statutów. Jednakże, jak podaje Jan Herburt, również ta sprawa nie była w szybkim tempie procedowana: „Ale i prze wielkość spraw deputacja być rychła nie mogła, w pół Sejmu przez Waszą Królewską Miłość byli naznaczeni do tego aktu ich miłość panowie referendarze”. Nadanie formalnej sankcji pracy i uznanie jej za urzędowy zbiór wiązało się z bardzo długotrwałą i skomplikowaną weryfikacją: „Droga, na której zrazu dążono do celu, polegała [...] na tym aby uzyskać spis prawa, przeprowadzając go przez trzy instancje: komisję korektorów, sejmiki i sejm”⁴¹. Komisja powołana do rewizji przekładu nie przedstawiła żadnych zarzutów, jednak wobec nawału prac poprosiła króla o przeniesienie tej sprawy na czas wolniejszy. Pomimo skierowania do właściwych komisji, praca Jana Herburta nie zyskała oficjalnej aprobaty. W konsekwencji dzieło zatytułowane *Statuta y przywileje koronne z łacińskiego języka na polskie przełożone, nowym porządkiem zebrane* nie zostało przyjęte jako zbiór urzędowy. Jednak według Klemensa Dzieduszyckiego, autora rysu biograficznego Herburta, dzieło zyskało *auctoritatem fori*, co oznacza, że „[...] sądy w dwóch wiekach następnych przywoływały Herburta jako źródło prawa”⁴².

W 1570 r. w Krakowie praca Herburta została opublikowana w drukarni Mikołaja Szarffenberga. Obszerny druk liczył 797 stron, w tym 16 nieliczbowanych, oraz 13 ilustracji⁴³. Tekst został wydrukowany w kolorze czerwono-czarnym, czcionką gotycką. Przedmiotowe dzieło, udostępnione w katalogu mikrofilmów w Bibliotece Narodowej w Warszawie, znacznie ułatwia odczytanie pracy Jana Herburta współczesnym badaczom prezentowanej tematyki. Właściwą treść pracy poprzedzała dedykacja do króla Zygmunta Augusta oraz tekst *Bogurodzicy* i materiał ikonograficzny obejmujący portret

szycki, *Obrońcy...*, s. 194.

³⁹ K.F. Zebrzydowski – kasztelan lubelski, hetman nadworny, zmarł w 1565 r.; W. Kijowski – kanonik krakowski, sekretarz biskupa P. Tomickiego, zmarł po roku 1563.

⁴⁰ S. Samicki, *Statuta...*; podaję za: W. Taszycki, *Obrońcy...*, s. 195.

⁴¹ S. Estreicher, *Kultura prawnicza w Polsce XVI wieku*, Polska Akademia Umiejętności, Kraków 1931, s. 70.

⁴² K. Dzieduszycki, *Jan...*, s. 13.

⁴³ Za: H. Madurowicz-Urbańska, *Bibliografia historii Polski, t. 1 do roku 1795, cz. 2 1454–1795*, PWN, Warszawa 1965, s. 29.

króla Zygmunta Augusta, herb szlachecki autora dzieła i rycinę sejmową. Marek Wrede ocenił druk jako reprezentacyjny, mający „[...] okazałą drzeworytniczą szatę graficzną: niezwykle bogatą dwukolorową kartę tytułową, portret króla Zygmunta Augusta na jej odwrocie oraz umieszczoną na rozkładówce rycinę sejmową”⁴⁴.

Statuta y przywileje koronne z łacińskiego języka na polskie przełożone, nowym porządkiem zebrane obejmują przepisy prawne w układzie systematycznym. Praca składa się z trzech ksiąg, podzielonych na rozdziały, zestawione w części. Księga pierwsza, najbardziej obszerna, na 389 stronach stanowiła w zasadzie o stosunkach społecznych w państwie. Jej tytuł brzmiał *O około wszech i każdej z osobna osobach*. Rozdział pierwszy dotyczył obierania króla polskiego i jego powinności, dworu oraz dóbr królewskich, a także spraw skarbowych. Rozdział drugi regulował pozycję duchowieństwa i traktował o sekretach oraz kłátwach. Kolejny rozdział był poświęcony urządóm centralnym w państwie. Natomiast rozdział czwarty poruszał zagadnienia odnoszące się do szlachectwa. W tym miejscu zestawiono różnorodne instytucje prawne, których elementem wspólnym była przynależność do przedmiotowej warstwy społecznej. W rozdziale czwartym znalazły się zarówno kwestie o istocie szlachectwa, jego nadaniu i wolnościach szlacheckich, jak i o funkcjonowaniu szlacheckich sejmików powiatowych czy przepisy o ranach i mężóbójstwie szlacheckim. Następny rozdział zawierał przepisy prawa rodzinnego, opiekuńczego i spadkowego oraz prezentował status prawny kobiet. Natomiast rozdział szósty traktował głównie o prawach i majątkach miejskich, jarmarkach, gościńcach oraz sołtysach, młynarzach czy sługach. Część trzecia ostatniego rozdziału księgi trzeciej była poświęcona słynnej Akademii Krakowskiej. Przepisy księgi drugiej, zwanej wtórą, zostały zestawione na kartach dzieła od strony 390 do 577. Głównie traktowały one o wszelakich sądach, urzędnikach ziemskich oraz sprawach sądowych. Z kolei rozdział piąty zawierał kazuistyczne przepisy dotyczące rozmaitych krzywd (między innymi w łákach, stadach, bydłe, pszczołach czy rybach). Ostatnia część rozdziału drugiego stanowiła o sprawach wojennych i glejcie. Środkowa natomiast księga zestawiała zarówno przepisy materialne (ustrój sądów), jak i procesowe (proces). Ponadto precyzowała sprawy dotyczące wojny. Natomiast księga trzecia została oznaczona od 578 do 797 strony przedmiotowego dzieła. Zestawiała zwłaszcza przywileje koronne, przywileje Księstwa Litewskiego, Pruskiego, Oświęcimskiego, Zatorskiego, Kijowskiego oraz przywileje ziemi sandomierskiej, podlaskiej oraz wołyńskiej. Przywileje podzielono na koronne, poszczególnych księstw oraz ziemskie. Całość materii została rozgraniczona według kryterium podmiotowo-przedmiotowego. Systematyka tej pracy była chwalona przez kontynuatorów idei bliskiej Herbutowi. Czerpał z niej chętnie pisarz prywatny późniejszego okresu Jan Januszowski. Być może jego entuzjazm dla dzieła był spowo-

⁴⁴ M. Wrede, *Sejm...*, s. 82.

dowany dość jasną i zrozumiałą konstrukcją tytułów danych jednostek redakcyjnych. Czytelnik nie ma wątpliwości, o czym traktują kolejne części pracy i z łatwością może odnaleźć poszukiwaną tematykę. Praca Herburta gromadziła ogromny materiał normatywny, a zestawieniu podlegały jedynie najistotniejsze instytucje z poszczególnych statutów i przywilejów. Na kartach przedmiotowego dzieła przytaczano przepisy z zakresu prawa osobowego, spadkowego, rodzinnego, opiekuńczego, oświatowego, sądowego, procesowego, wojskowego. W jednym zatem akcie zgromadzono zupełnie odmienne regulacje. Jednakże pomimo braku podziału gałęziowego prawa, sens pracy można uznać za logiczny. Dzieło zachowuje również spójność strukturalną. Zasadniczo spis treści odpowiada numeracji kart. Niekiedy zdarzają się pomyłki w paginacji, przykładowo strona 718 została oznaczona jako 781, a strona 567 występuje podwójnie⁴⁵, jednak ta kwestia techniczna wydaje się być poboczna i nie wpływa na odbiór treści pracy.

Należy teraz ustalić, jak dzieło Herburta przedstawia się na tle pozostałych prób uporządkowania dawnego prawa polskiego i czy wpisuje się ono w dorobek prawny ówczesnej epoki.

4. Statuta na tle innych prób uporządkowania prawa dawnej Rzeczypospolitej

Próby ujednoczenia porządku prawnego w Rzeczypospolitej szlacheckiej trwały długo. Nowożytny projekt z zakresu porządkowania prawa nie sposób porównywać z nowoczesnym rozumieniem terminu kodyfikacja, opartym na ideach oświecenia⁴⁶. W istocie wiek XVI przyniósł ożywienie tychże tendencji, popartych licznymi inicjatywami i wystąpieniami o charakterze społeczno-politycznym, co w konsekwencji wpływało na wzrost świadomości społeczeństwa w zakresie spraw publicznych. Epoka renesansu przyniosła nowożytny porządek ingerujący w różnorodne dziedziny życia człowieka. Charakterystyczne wydają się być zwłaszcza zachodzące wówczas przemiany o charakterze politycznym, społecznym i ekonomicznym. Rozwój ten był związany zarówno z polityczną stabilizacją państwa zjednoczonego przez Kazimierza Wielkiego, jak i dynamicznym rozwojem kulturalnym, napędzanym prądami umysłowymi epoki odrodzenia, w szczególności humanizmu. Nastąpił wtedy także znaczny rozkwit nauki, który nie był już tylko domeną Akademii Krakowskiej, ale zaczęto czerpać także ze wzorów innych ośrodków naukowych. Renesansowy *l'uomo universale*, posiadający rozległą

⁴⁵ Por. *Opis katalogowy*, <http://katalog.nukat.edu.pl/lib/item?id=chamo:2849028&theme=nukat> [dostęp: 2.02.2017].

⁴⁶ Por. S. Salmonowicz, *Narodziny nowożytnej myśli kodyfikacyjnej w Europie*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 1977, t. XXIX, z. 1, s. 77–104; W. Uruszczak, *Europejskie kodeksy prawa doby Renesansu*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 1988, t. XL, z. 1, s. 59–90.

wiedzę, odznaczał się wszechstronnością zainteresowań. W konsekwencji w epoce odrodzenia powstają nie tylko dzieła literackie, ale również publikacje z zakresu astronomii, historii, geografii, nauki o państwie i prawie czy filologii klasycznej. Nowożytnie tendencje nie pozostają obojętne także na sprawy kultury prawnej. Wśród zbiorów prawa z pierwszej połowy XVI wieku należy wymienić: Statut Łaskiego, *Formula Processus* oraz Korekturę praw zwaną Korekturą Taszyckiego, od imienia jednego z członków komisji kodyfikacyjnej. Dwa wyżej wymienione zbiory praw zostały zatwierdzone sankcją królewską i obowiązywały jako zbiory urzędowe, natomiast korektura, z uwagi na zbyt nowoczesny charakter, nie została przyjęta przez sejm, pomimo nowatorskich regulacji. Z kolei od II połowy XVI wieku osoby prywatne wydają układy prawa obowiązującego, które finalnie nie zyskują formalnej sankcji, ale są wykorzystywane w praktyce prawniczej. Do najbardziej znanych należą: praca Jakuba Przyłuskiego z 1553 r. pod tytułem *Leges seu statuta ac privilegia Regni Poloniae*, wspomniane dzieło autorstwa Jana Herburta w wersji łacińskiej z 1563 r. oraz jego przekład wydrukowany w 1570 r., *Statuta i Metryka przywilejów koronnych* Stanisława Sarnickiego wydane w 1594 r., *Statuta, prawa i konstytucje koronne łacińskie i polskie* Jana Januszowskiego z 1600 r. oraz praca Pawła Szczerbica *Promptuarium statutorum omnium et constitutionum Regni Poloniae*.

Należy ustalić, na czym opierali się wymienieni autorzy, prowadząc żmudne, ale owocne zabiegi redakcyjne porządkujące polski dorobek prawny.

Na początku XVI wieku dawne prawo polskie było rozproszone i występowało w rozmaitych źródłach. Jego charakterystyczną cechą stanowił fragmentaryzm. Głównym źródłem prawa, pojawiającym się we wszystkich zbiorach prawa, jako akt o charakterze fundamentalnym, były Statuty Kazimierza Wielkiego. Uznawane za pomnik staropolskiego prawa sądowego, obowiązywały aż do XVIII wieku i stanowiły punkt wyjścia dla prowadzenia badań nad dawnym prawem polskim. Kolejny materiał prawodawczy analizowany przez prywatnych układaczy prawa znajdował się w części kodeksów rękopiśmiennych. Jak wskazuje Wacław Uruszczak, najstarsze polskie zbiory, tworzone głównie na potrzeby praktycznych zastosowań przez pisarzy sądowych, pochodzą jeszcze z XV wieku. Niestety, wiele z nich zaginęło, a w sumie zachowało się 30⁴⁷. Pomimo rozwoju ustawodawstwa prawa stanowionego istotną rolę odgrywało przy tym nadal prawo zwyczajowe. Michał Bobrzyński w taki oto sposób opisywał dawne prawo: „Inaczej działo się w Polsce. Tu skutkiem zbiegu wielu okoliczności prawo zwyczajowe nader głęboko się wkorzeniło, przebyło zwycięsko wszystkie zamachy prawa ustawowego, udaremniło wśród ciężkiej walki wszystkie kodyfikacyjne usiłowania i przetrwało po sam koniec Rzeczypospolitej w całej swojej żywotności i rzecz można przewa-

⁴⁷ W. Uruszczak, *Próba...*, s. 25.

dze⁴⁸. Dobitnie widać to na przykładzie relacji, jaka występowała pomiędzy zwyczajem a ustawą. Zwykle zwyczajowi partykularnemu dawano pierwszeństwo przed normą powszechną. Istna mozaika instytucji prawnych skonstruowana na przestrzeni wieków sprawiała, że szlachta domagała się utworzenia jednego zbioru wspólnego dla całego państwa i odrzucenia partykularyzmów ziemskich, które opóźniały proces systematyzowania, naprawy i unifikacji prawa. Główny problem stanowił brak regulacji w zakresie publikacji aktów prawnych oraz ich jednolitej rejestracji⁴⁹. Stan ten sprzyjał niepewności i nieznanym prawu. W związku z powyższym społeczeństwo domagało się uporządkowania prawa. W rezultacie postulowano coraz to głośniejsze spisanie prawa w jednym miejscu jako kompleksowego wykazu ówczesnie obowiązującego prawa. Rozwiązanie powyższych trudności stało się naczelnym hasłem ruchu egzekucyjnego. Egzekucja prawa polegała na przywróceniu stosowania dawnego prawa, czego wyrazem miało być uporządkowanie i spisanie w jednym miejscu wszystkich obowiązujących przepisów prawnych. Przede wszystkim żądano egzekwowania konstytucji sejmowych i przywilejów szlacheckich. Z jednej strony domagano się tworzenia jasnych i zrozumiałych norm prawnych, z drugiej jednak obawiano się nowego prawa – wniosłe deklaracje nie zawsze znajdowały odzwierciedlenie w dorobku prawnym. Stanisław Estreicher wskazywał na oględność i zachowawczość ówczesnych działań: „Do kodyfikacji prawa w pojęciu nowożytnym to znaczy do ogłoszenia ustawy wyczerpującej pewien dział i narzucającej nowe przepisy społeczeństwu nie była Polska dojrzała [...]. Ideałem był w XVI wieku spis prawa zwyczajowego będący jego zwierciadłem, nie miał on odbiegać od istniejącej praktyki, lecz tylko ją unifikować. Nie powinien on naruszać zasadniczo odziedziczonych po przodkach przepisów, gdyż są one prawem przyrodzonym, a naruszenie ich byłoby bezprawiem. Jeżeli je trzeba zmienić, bo są sprzeczne po różnych ziemiach albo jeśli je trzeba uzupełnić, bo niepewne to należy tom robić niesłychanie oględnie⁵⁰”.

Pierwszym zbiorem dawnego prawa spełniającym powyższe oczekiwania była praca kanclerza wielkiego koronnego Jana Łaskiego, zestawiająca obowiązujące przepisy w układzie chronologicznym. Powstała z inicjatywy króla Aleksandra Jagiellończyka oraz sejmu radomskiego z 1505 r. Dokładny tytuł zbioru prawnego, zwanego powszechnie Statutem Łaskiego, brzmiał *Commune incliti Regni Poloniae privilegium constitutum et indultuum publicitus decretorum aprobatorumque*. O znaczeniu tej pracy, wydanej drukiem, decyduje przede wszystkim jej urzędowy charakter, choć nie dotyczyło to całości tego dzieła. Podziw budzi ogrom zebranego materiału. Zbiór składał się

⁴⁸ M. Bobrzyński, *O dawnym...*, s. 303.

⁴⁹ Patrz szerzej W. Uruszczak, *Próba...*, s. 35.

⁵⁰ S. Estreicher, *Kultura...*, s. 36.

z dwóch części. Tylko pierwsza z nich, zawierająca statuty, przywileje oraz inne źródła prawa, została zatwierdzona przez króla. Część druga, która nie otrzymała sankcji królewskiej, obejmowała pomniki prawa niemieckiego i traktat o prawie rzymskim. Ze Statutu Łaskiego czerpano w późniejszych układach prawa polskiego.

Inni autorzy prywatnych projektów liczyli na to, że ich prace również zyskają formalną sankcję. Jednak weryfikacja przygotowanych prac była bardzo długotrwała i skomplikowana.

Jan Herburt doceniał dokonania Jana Łaskiego. W swoim zbiorze opierał się on na materiale zebrany w 1506 r., rozszerzając go o kolejne źródła prawa powstałe w przeciągu ponad pięćdziesięciu lat. Stopniowe narastanie materiału normatywnego spowodowało potrzebę jego rzeczowego uporządkowania. Zbiór z 1506 r. stanowił zatem jedynie materiał wstępny do dalszego, bardziej kompletnego opracowania. Herburt uzupełnił swą pracę przede wszystkim o przywileje ziemskie, które w statucie Łaskiego, oprócz prawa zwyczajowego ziemi krakowskiej, nie występowały⁵¹. Wyszczególnił również przywileje koronne oraz przywileje danych księstw. Ponadto w pracy tej zawarł ustawodawstwo krajowe powstałe po 1506 r. W przeciwieństwie do wskazanego powyżej urzędowego zbioru praca Herburta obejmowała ówczesnie obowiązujące prawo w układzie systematycznym, a nie chronologicznym, jak w Statucie Łaskiego. Wybór takiego układu znacznie uprościł i zwiększył przejrzystość zebranych regulacji oraz ograniczył liczbę powtórzeń. Przedmiotowe dzieło składało się z trzech ksiąg podzielonych na rozdziały, zestawione w części. Tytuły danych jednostek redakcyjnych można uznać za jasne i zrozumiałe.

Następny urzędowy zbiór, *Formula Processus*, przyjęty w 1523 r., obejmował przepisy procesowe. Liczył 111 artykułów i był podzielony na dwie części. W pierwszej przedstawiono kwestie normatywne, w drugiej zaś zgromadzono formuły procesowe. Była to jedyna praca z zakresu procedury sądowej zatwierdzona oficjalnie i stosowana w dawnej Polsce aż do rozbiorów.

Wyjątkową regulację prawną stanowiła Korektura praw, wpisywała się ona bowiem w sedno idei kodyfikacyjnej. Nie tylko obejmowała dotychczasowe prawo, ale zawierała też wiele nowych i oryginalnych rozwiązań. Projekt opracowany przez komisję sejmową obejmował prawo sądowe oraz elementy prawa politycznego. Jednak na sejmie zarzucono jej twórcom przekroczenie założeń kodyfikacyjnych i doprowadzono do odrzucenia tejże korektury. Stanisław Płaza oceniał Korekturę praw następująco: „Całości nadano nowoczesną formę, także w zakresie terminologii i języka. Projekt świadczył o wysokim poziomie ówczesnej polskiej myśli prawniczej. Z powodzeniem może być porównywany z najwybitniejszymi ówczesnymi europejskimi osiągnięciami

⁵¹ Statut Łaskiego był zaopatrzony w polecenie królewskie, by na 12 pustych kartach zbioru spisać zwyczaj danej ziemi po wcześniejszej weryfikacji monarchy. Za: W. Uruszczak, *Próba...*, s. 74.

kodyfikacyjnymi”⁵². Niewątpliwie Korektura praw stała na wyższym poziomie kodyfikacyjnym niż praca Herburta, a jednak również została odrzucona.

Podobny los spotkał także pracę krakowskiego znawcy prawa ziemskiego oraz rzymskiego, Jakuba Przyłuskiego, pod tytułem *Leges seu statuta ac privilegia Regni Poloniae*, wydaną w 1553 r. Projekt opierał się na klasycznym podziale znanym z prawa rzymskiego, na *personae, res, actiones*. Oprócz przepisów zawierał rozprawy i rozważania. Według Przyłuskiego w dawnej Polsce prawo rzymskie powinno być stosowane pomocniczo.

Herburt czerpał z prac swoich poprzedników przy przekładzie dawnego prawa polskiego. Zaproponował jednak również własne samodzielne rozwiązania przy opracowaniu dzieła (układ, systematyka). Wydaje się, iż nie były one zawodne, gdyż w praktyce wykorzystano właśnie z jego pracy. Do tych elementów z kolei nawiązywali jego następcy.

Stanisław Sarnicki, w pracy zatytułowanej *Statuta i metryka przywilejów koronnych*, wydanej w 1594 r., zaproponował dość oryginalny układ. Zgodnie z tytułem dzieło dzieliło się na dwie części – statuta i metrykę. Statuta dzieliły się na 12 ksiąg, co było zainspirowane rzymską Ustawą XII Tablic⁵³. Jednak zakres rzeczowy nie odpowiadał pierwowzorowi. Przepisy dotyczyły prawa koronnego i trybunalskiego oraz poszczególnych osób w państwie. Z kolei metryka dzieliła się na trzy rozdziały grupujące przywileje, formuły sądowe oraz kazusy z praktyki sądowej procesowej. Dwa ostatnie elementy stanowią *novum* w stosunku do pracy kasztelana sanockiego. Praca Sarnickiego, na wzór dzieła Herburta, została wydana w języku polskim.

Również Jan Januszowski czerpał z powyższych wzorców. Autor wydanej w 1600 r. pracy pod tytułem *Statuta, prawa i konstytucje koronne łacińskie i polskie* opierał się na Statucie Łaskiego, pracy Herburta i wydanych po 1570 r. konstytucjach. Konkurował o uzyskanie formalnego zatwierdzenia swego zbioru ze Stanisławem Sarnickim⁵⁴. Dzieło podzielił na 10 ksiąg, te zaś na części i tytuły. W porównaniu z pracą Herburta wprowadzona została zatem dodatkowa jednostka redakcyjna. Przepisy koncentrowały się wokół spraw poświęconych królowi, duchowieństwu, senatorom, mieszczañstwu, kmieciom i Żydom (kryterium podmiotowe) oraz kwestii skarbowych, wojennych i dotyczących unii i inkorporacji (kryterium przedmiotowe)⁵⁵. W pracy Januszowskiego dokonano także przekładu poszczególnych aktów prawnych sprzed drugiej połowy XVI wieku i w dwóch kolumnach zaprezentowano wersję polską i łacińską. W tym aspekcie pracy pomocne były dokonania przekładu Herburta z 1570 r.

⁵² S. Płaza, *Historia...*, s. 141.

⁵³ W. Sławiński, *Statuta i Metryka przywilejów koronnych językiem polskim spisane i porządkiem prawie przyrodzonym, a bardzon snadnym nowo zebrane Stanisława Sarnickiego*, [w:] *Trybunał Koronny w kulturze prawnej Rzeczypospolitej szlacheckiej*, red. A. Dębiński, W. Bednaruk, M. Lipska, Drukarnia Łazarzowa, Wydawnictwo KUL, Lublin 2008, s. 134.

⁵⁴ J. Kilańczyk-Zięba, *Czcionką...*, s. 227.

⁵⁵ A. Moniuszko, *Projekty...*, s. 62.

Natomiast Paweł Szczerbic w 1604 r. nawiązał do pracy Jakuba Przyłuskiego. Jego dzieło również zostało wydane po łacinie. Wybór języka tekstu może budzić zdziwienie, gdyż języki narodowe, w których tworzono już od drugiej połowy XVI wieku, stopniowo wypierały łacinę z piśmiennictwa, a praca Szczerbica powstała już na początku XVII stulecia. Tytuł pracy brzmiał *Promptuarium statutorum omnium et constitutionum Regni Poloniae*. Materiał normatywny został podzielony na 6 ksiąg traktujących o prawie osobowym, sądowym i politycznym, organizacji sądów oraz procesie, przestępstwie, kwestiach wojennych, a także skarbowych.

Mimo czerpania z dorobku naukowego oraz doświadczeń poprzedników, jak i wprowadzenia własnych odrębnych elementów do swoich zbiorów, również wyżej zaprezentowane dzieła nie zyskały formalnego zatwierdzenia i nie obowiązywały jako zbiory urzędowe. Należy wyraźnie wskazać, że zbiory prywatne układane i opracowywane przez prawników czy też pisarzy politycznych lub wysokich urzędników charakteryzował odmienny zakres, układ oraz technika. Niektóre z nich wykazywały jedynie cechy kompilacji, inne były rozszerzane o motywy wydania pracy, komentarze prawnicze, wskazówki źródłowe. Gromadzenie norm prawnych w jednym zbiorze wynikało w dużej mierze ze względów praktycznych. W tym aspekcie praca Herburta cieszyła się dużym zainteresowaniem ze strony praktyków, chociaż przyczyny niepowodzenia jej przyjęcia mogą częściowo leżeć u podstaw samej treści projektu. Zastanawiające jest, jakie to było prawo i które instytucje nie uzyskały akceptacji. Warto w przyszłych badaniach dokonać analizy tekstu prawnego i stwierdzić, które z tych prób były bardziej przystępne, czytelne, mniej złożone czy mniej kazuistyczne.

Należy podkreślić, iż kolejne komisje nie podołały zadaniu i nie rozwiązały sprawy korektury prawa. Dotychczas w literaturze przedmiotu wskazuje się tylko na złożoność problematyki ówczesnej akcji kodyfikacyjnej. Wydaje się jednak, że motywy powstania prac autorów prywatnych można rozpatrywać w różnorodnych kontekstach. Wszystkie zbiory z przełomu XVI i XVII wieku powstawały pod wpływem renesansowych idei. Istotną rolę w propagowaniu idei kodyfikacji odgrywał dwór królewski, zwłaszcza za panowania Zygmunta Augusta. Opoką humanizmu oraz wymiany poglądów stała się także Akademia Krakowska, gdzie wykładano prawo. Ponadto powstawanie prywatnych zbiorów prawa na przełomie XVI i XVII wieku wpisywało się w postulaty ówczesnej szlachty, która domagała się spisania praw i walczyła o program ich egzekucji oraz reformy państwa. Tworzenie zbiorów prawa umożliwiała blokadę niepewności porządku prawnego. Z chwilą rozwoju czcionki drukarskiej popularyzacja przedmiotowych dzieł wzrosła. W związku z wydawaniem tego typu prac zaakcentowania wymaga kontekst społeczny i wzrost świadomości prawnej społeczeństwa, w szczególności członków par-

lamentu doby demokracji szlacheckiej. Niektórzy z nich, rozumiejąc pilną potrzebę spisania prawa w jednym akcie, sami podejmowali takie próby.

Nieuporządkowania poszczególnych tekstów prawnych oraz nieprzyjęcia większości projektów na przełomie XVI i XVII wieku nie można rozpatrywać wyłącznie z perspektywy niepowodzenia autorów kompleksowych projektów czy jurystów. Wiadomo, że proces korektury prawa zakończył się niepowodzeniem, jednak w zasadzie cała akcja kodyfikacyjna nowożytnych zbiorów praw dała podwaliny pod rozwój prawa w wiekach późniejszych. Być może treść spisanego prawa nie była główną przyczyną odrzucenia tekstów, ale to realia procedury legislacyjnej nie sprzyjały zatwierdzeniu zbioru. Sam proces podjęcia inicjatywy dotyczącej powstania zbioru był bardzo wydłużony w czasie, nie wspominając o zebraniach komisji i właściwym procedowaniu. Możliwe, że w zasadzie długotrwałe kwestie formalne sprawiły, że zabrakło czasu na gruntowną ocenę i wnikliwą analizę przedmiotowego dzieła.

W związku z powyższym wskazana problematyka wymaga jeszcze zbadania. W szczególności egzegeza tekstu prawnego może pozwolić na udzielenie odpowiedzi na postawione pytania, będzie to jednak możliwe dopiero po przeprowadzeniu dalszych, bardziej szczegółowych badań. Natomiast poza ujęciem warstwy treściowej w dziele Jana Herburta interesujące wydaje się być także samo nazewnictwo jego dzieła. Nadal otwarte pozostaje pytanie, do jakiej kategorii prób uporządkowania dawnego prawa można zaliczyć *Statuta y przywileje koronne z łacińskiego języka na polskie przełożone, nowym porządkiem zebrane*.

5. Znaczenie dzieła autorstwa Jana Herburta

W celu określenia charakteru pracy Jana Herburta zamiennie używa się takich terminów jak: kompendium, zbiór prawny, zwód praw obowiązujących, kompilacja prawna, prywatna praca kodyfikująca. Poglądy doktryny w tej materii nie są jednolite. Pomimo zbliżonych zakresów pojęciowych wymienione określenia nie są tożsame.

Zgodnie z definicją *Słownika współczesnego języka polskiego* termin kompendium to skrót podstawowych wiadomości z jakiejś dziedziny wiedzy, książka omawiająca krótko daną dziedzinę⁵⁶. W *Słowniku języka polskiego* przedmiotowe wyrażenie rozumiane jest jako dzieło podręczne zawierające zarys podstawowych wiadomości z zakresu jakiejś nauki⁵⁷. Dość obszerna praca Herburta stanowiła zestawienie kluczowych norm prawnych obowiązujących w II połowie XVI wieku na terenie Rzeczypospolitej szlacheckiej. Na marginesach poszczególnych ksiąg zawarto informacje, skąd zaczerp-

⁵⁶ B. Dunaj (red.), *Słownik współczesnego języka polskiego*, Wydawnictwo Wilga, Warszawa 1996, s. 1348.

⁵⁷ S. Skorupko, H. Auderska, Z. Łempicka (red.), *Słownik języka polskiego*, PWN, Warszawa 1969, s. 291.

nięto dany materiał prawotwórczy. Dzieło Herburta można uznać za podręczne, tym bardziej, że była to duża pomoc dla praktyków prawa, którzy dzieło to traktowali jako podstawę do orzekania i stosowali je na co dzień w sądach przez ponad dwa wieki.

Z kolei według definicji zawartej w *Słowniku współczesnego języka polskiego* obecnie występują trzy znaczenia terminu zbiór⁵⁸, przy czym jedno z nich jest w analizowanym kontekście szczególnie istotne. Uznano tam zbiór „[...] za pewną ilość jakichś elementów tworzących jakąś całość, zestaw, układ”⁵⁹. W wypadku pracy Jana Herburta mamy do czynienia ze zbiorem najważniejszego prawa dawnej Rzeczypospolitej, w szczególności konstytucji i przywilejów. Można zaryzykować stwierdzenie, że w tej sytuacji elementy zbioru stanowią w zasadzie normy prawne. Jan Herburc wniósł znaczny wkład w poznanie prawa w XVI wieku. Swoje opracowanie podzielił na szczegółowe księgi, odnoszące się do konkretnych zagadnień z zakresu ustroju państwa, prawa sądowego oraz procesu.

Kolejny termin, „zwód praw obowiązujących”, używany również dla określenia pracy Herburta, stanowi synonim słowa „zbiór”. Według *Słownika języka polskiego* pod redakcją Witolda Doroszewskiego w kontekście prawnym pojęcie to obejmuje dwa znaczenia. W szczególności „zwód” to zbiór praw, ustaw, ale również kodeks, statut⁶⁰. Definicja ta jest poparta dwoma przykładami z dziejów prawa. Pierwszy dotyczy korektury prawa: „W Polsce szło Zygmuntovi daleko trudniej z ułożeniem zwodu praw”⁶¹. Natomiast kolejny odnosi się do charakteru zbioru: „Jest to zwód zupełny, w którym wszystkie bez wyjątku artykuły Statutów Kazimierzowych są objęte”⁶². Ponadto w dawnym prawodawstwie polskim termin „zwód” oznaczał również „[...] wywód, w którym oskarżony udawadniał przed sądem swoją niewinność”⁶³. W wypadku pracy Herburta można zaobserwować, że przepisy są przytaczane z powołaniem aktów promulgujących, co pozwala na precyzyjne grupowanie statutów, konstytucji i przywilejów oraz

⁵⁸ Autorzy wyżej wymienionego słownika wskazują również, że pojęcie zbioru częściej odnosi się do „kolekcjonowania czegoś, samej kolekcji, zestawu”. Jako przykład ilustrujący powyższą definicję przedstawia się „fizyczne zbieranie truskawek, plonów z pól”. Wydaje się, że pomimo braku związków Jana Herburta z rolnictwem, szerzył on świadomość prawną, poprzez stworzenie epokowego dzieła prawnego i w ten sposób w przyszłości mógł zebrać plon w postaci szlacheckiej znajomości prawa.

Kolejna definicja wymieniona w tym słowniku odnosi się do aspektu matematycznego, a więc wskazuje na „wielość określonych elementów, np. liczb całkowitych, punktów, mnogość”. Jako przykład autorzy podają dalej rachunek zbiorów. Interesujący w analizowanym aspekcie wydaje się układ materiału oraz zakresy rzeczowe przedmiotowego zbioru prawnego.

⁵⁹ B. Dunaj (red.), *Słownik...*, s. 1387.

⁶⁰ W. Doroszewski (red.), *Słownik języka polskiego*; <http://sjp.pwn.pl/doroszewski/zwod;5532229.html> [dostęp: 15.03.2017].

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² *Ibidem*.

⁶³ *Ibidem*.

poddawanie materiału normatywnego odpowiedniej systematyce. W rezultacie pojęcia „zbiór” i „zwód” adekwatnie określają charakter pracy Jana Herburt.

Natomiast termin „kompilacja”, wywodzący się z łaciny, oznacza w nauce „[...] dzieło niesamodzielne, będące zestawieniem wyników cudzych badań, czy połączeniem fragmentów, pomysłów z prac innych autorów”⁶⁴. Kompilacyjny, to inaczej charakteryzujący się brakiem samodzielności, oryginalności. Nowożytne prace pisarzy prywatnych wykazywały oczywiście cechy kompilacji. W ocenie Stefana Grzybowskiego ówczesne zwody praw „[...] bywały raczej swoistego rodzaju kompilacjami pozostałości ustalonego prawa zwyczajowego, wydanych poprzednio szczegółowych aktów normatywnych oraz nowych stanowionych przepisów prawa. Spełniały jednak tak dobrze wyznaczone im zadania, jak tylko było to możliwe. Były również stopniami, po których kroczyło doświadczenie”⁶⁵.

Herburt faktycznie czerpał ze Statutu Łaskiego i pracy Jakuba Przyłuskiego, gdyż w pracach poprzedników mógł znaleźć częściowy materiał normatywny. Realizacja tego projektu nie byłaby jednak kompletna, gdyby prawnik nie porównał i nie zestawiał osiągnięć dawniejszych specjalistów sztuki układania prawa. Należy podkreślić, że w pracy Herburt widać wyraźnie również samodzielny wkład w rzetelne opracowanie dorobku ustawodawczego dawnej Polski. W szczególności na uwagę zasługuje układ systematyczny, rozszerzenie materiału ustawodawczego, uzupełnienie przywilejów, uwagi źródłowe i sumienny przekład. Jan Herburt wniósł istotny wkład w poznanie dawnego prawa. Jego praca stanowiła wzór do naśladowania dla późniejszych kontynuatorów systematyzacji prawa⁶⁶.

Szczególne miejsce w systemie źródeł prawa zajmuje kodeks. Współcześnie jest on określany jako unormowanie całościowe, które zmierza do objęcia przedmiotu regulacji danej gałęzi prawa⁶⁷. W doktrynie wskazuje się, iż „[...] założenia dotyczące globalnego charakteru regulacji kodeksowych jako zmierzających do całościowego uregulowania określonej dziedziny życia społecznego oraz założenia dotyczące spójności i zupełności kodeksu mają charakter modelowy”⁶⁸. W nauce prawa za wiek kodyfikacji uznawane jest oświecenie. W żadnym innym stuleciu tak bardzo nie popierano idei kodyfikacji. Jednak termin kodeks nie jest zarezerwowany tylko dla aktów prawnych po-

⁶⁴ L. Drabik, E. Sobol (red.), *Słownik języka polskiego PWN*; <http://sjp.pwn.pl/szukaj/kompilacja.html> [dostęp: 10.02.2017].

⁶⁵ S. Grzybowski, *Dzieje...*, s. 169.

⁶⁶ Por. S. Koźuchowski, *Constitutio, Statuta Y Przywileie Koronne Y W. X. Lit. na Walnych Seymach Od Roku Panskiego 1550 aż do Roku 1726 ad ideam Herburti zebrane*, druk S. Koźuchowski, Morsko 1732.

⁶⁷ A. Bator (red.), *Wprowadzenie do nauk prawnych. Leksykon tematyczny*, LexisNexis, Warszawa 2010, s. 224.

⁶⁸ *Ibidem*, s. 225.

wstałych w XVIII wieku. Termin *codex*, wywodzący się z łaciny, pierwotnie oznaczał zbiór kartek między drewnianymi deszczułkami. Natomiast od czasów średniowiecza aż do początków XIX wieku „[...] mógł oznaczać zarówno projekty kodyfikacyjne, zbiory praw, w tym zbiory prywatne, zbiory orzeczeń sądowych, wreszcie prace komentatorskie”⁶⁹. W doktrynie wskazuje się, że definicję kodeksu można traktować szeroko, gdyż pojęcie to występowało zarówno w starożytności, jak i czasach późniejszych. Stefan Grzybowski stwierdza: „W tak licznych usiłowaniach legislacyjnych myślano oczywiście o powszechności i jednolitości prawa oraz o jego reformie, nie uświadamiano sobie jednak jeszcze nowoczesnej, dzisiejszej koncepcji kodeksu. [...] nadal dążono jedynie albo do zadośćuczynienia najpilniejszym potrzebom w ograniczonym zakresie tematycznym albo do niezbędnej reformy prawa i zapewnienia jego jednolitości, nie zaś do stworzenia ogólnego, harmonijnego systemu porządku prawnego”⁷⁰.

Dawne kodyfikacje nie opierały się na gałęziowym podziale prawa, gdyż ten powstał w wieku XVIII. Specyfika nowożytnych projektów kodyfikacyjnych powinna być rozpatrywana nie w aspekcie ich nazwy, a szczegółowych badań nad treścią kodeksu⁷¹. Znamienne, że sam termin „kodyfikacja” pojawił się dopiero w XIX wieku. Jako pierwszy użył go Jeremy Bentham⁷².

Przedstawiciele polskiej nauki od wielu lat prowadzą badania z zakresu idei kodyfikacji prawa i w tym przedmiocie powstały już liczne publikacje⁷³. Kluczowe wydaje się zobrazowanie samej definicji kodeksu oraz wzajemnych relacji występujących pomiędzy kodeksem a kodyfikacją.

Wacław Uruszcak stwierdza, że pojęcia takie jak kodeks i kodyfikacja zaliczają się do grupy pojęć o historycznie zmiennej treści. Dalej wskazuje, że „[...] kodeks to także pisany zbiór prawa (księga) komunikujący treść norm prawnych obejmujący całość lub

⁶⁹ L. Górnicki, *Rozwój idei kodyfikacji prawa od XVIII wieku do współczesności*, [w:] S. Grodziski, D. Malec, A. Karabowicz, M. Stus (red.), *Vetera Novis Augere. Studia i prace dedykowane Profesorowi Wacławowi Uruszcakowi*, t. 1, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 2010, s. 283.

⁷⁰ S. Grzybowski, *Dzieje...*, s. 169.

⁷¹ Por. S. Salmonowicz, *Narodziny...*, s. 77–104.

⁷² Zob. L. Górnicki, *Rozwój...*, s. 284.

⁷³ E. Borkowska-Bagińska, *Między zbiorem a kodeksem. Refleksje o kodyfikacji i myśli kodyfikacyjnej Oświecenia*, [w:] D. Janicka, R. Łaszewski (red.), *Historia integra*, Towarzystwo Naukowe Organizacji i Kierownictwa „Dom Organizatora”, Toruń 2001, s. 85–94; L. Górnicki, *Kodyfikacja prawa prywatnego*, [w:] M. Safjan (red.), *System prawa prywatnego*, wyd. 2, C.H. Beck, Warszawa 2012, s. 77–155; *idem*, *Rozwój...*, s. 283–294; S. Grzybowski, *Dzieje...*, s. 166–191; K. Sójka-Zielińska, *Kodyfikacje wieku Oświecenia*, [w:] *Dzieje kodyfikacji prawa. Materiały na konferencję historyków prawa w Karpaczu*, Poznań 1974, s. 146–161; *eadem*, *Rola prawa rzymskiego w pracach kodyfikacyjnych wieku Oświecenia*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 1975, z. 1, s. 109–123; *eadem*, *Kodeks Napoleona. Historia i Współczesność*, LexisNexis, Warszawa 2006; *eadem*, *Wielkie kodyfikacje cywilne. Historia i współczesność*, Liber, Warszawa 2009; S. Salmonowicz, *Narodziny...*, s. 77–104; *idem*, *Od Justyniana do Kodeksu Napoleona. Rozważania nad problematyką i terminologią zbiorów prawnych feudalnej Europy*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 1969, t. XXI, z. 1, s. 183–195; W. Uruszcak, *Europejskie...*, s. 59–90.

znaczną część systemu prawa danego państwa uznany na mocy aktu ustawodawczego *ex lege* lub zwyczaju (*ex consuetudine*) za obowiązujące źródło (poznania) prawa⁷⁴.

Z powyższą definicją nie zgadza się Ewa Borkowska-Bagińska. W pracy poświęconej refleksjom o kodyfikacji i myśli kodyfikacyjnej oświecenia podnosi, że kodeks to „[...] zbiór usystematyzowanych (wedle określonego kryterium) przepisów i norm, regulujących wyczerpująco jedną gałąź prawa (nawet jeśli jest to prawo materialne i procesowe) mający moc prawa obowiązującego mocą decyzji ustawodawcy, który tworzy go czerpiąc nie tylko z dotychczas obowiązujących przepisów, ale też tworząc je *ex nihilo*”⁷⁵. Autorka wyraźnie podkreśla element definicji dotyczący tworzenia kodeksu, jawiący się jako odwieczny problem wyboru pomiędzy starym a nowym prawem.

Natomiast Stanisław Salmonowicz zdefiniował pojęcie kodyfikacji w następujący sposób: „[...] zbiór przepisów prawa o charakterze większej całości, mającej moc prawa obowiązującego na mocy samoistnego aktu prawnego”⁷⁶. Autor podkreślił, że nie jest błędem branie pod uwagę specyfiki kodyfikacji w określonym czasie. W artykule poświęconym kodyfikacji i myśli kodyfikacyjnej XVIII i XVIII wieku podaje, iż belgijski historyk prawa Jacques Vanderlinden, prowadząc badania z zakresu unifikacji prawa obejmujące materiał źródłowy z XIII–XIX wieku w Europie Zachodniej, wykazał, że pojęciem „kodeks” posługiwano się już od XIII wieku. Vanderlinden wyróżnia dwie definicje dzieła kodyfikacyjnego. Pierwsza dotyczy zbioru prawa, bez względu na pochodzenie jego poszczególnych części, gdy uzyskuje on moc prawa decyzją władzy państwowej. Natomiast druga definicja, dość interesująca, dotyczy sytuacji, gdy zbiór przepisów prawa występuje bez uzyskania sankcji królewskiej, jednakże treść zbioru ma samoistną moc prawną, wynikającą z faktu, iż źródła prawne zgromadzone w owym kodeksie są źródłami prawa obowiązującego. Przenosząc powyższe rozważania na grunt pracy Herburta, należy zauważyć, iż dzieło to wpisuje się w drugie znaczenie definicji stworzonej przez belgijskiego badacza dziejów prawa. Zaprezentowany pogląd jest jednak oceniany przez Stanisława Salmonowicza jako oryginalny, ale wysoce dyskusyjny⁷⁷.

Reasumując, w XVI wieku mamy do czynienia z nowożytną specyfiką zbiorów praw. Kodeksy ery nowożytnej różnią się zasadniczo od wielkich kodyfikacji nowoczesnych i pojęcia te nie są równoważne. W porównaniu z nowoczesnymi kodeksami nie budzą one podziwu, gdyż przede wszystkim stanowią próbę uporządkowania bardzo rozproszonych prawa, występującego w aktach rozmaitej rangi. Na przełomie XVI

⁷⁴ W. Uruszczak, *Europejskie...*, s. 61.

⁷⁵ E. Borkowska-Bagińska, *Między...*, s. 93.

⁷⁶ S. Salmonowicz, *Kodyfikacje i myśl kodyfikacyjna XVII i XVIII wieku*, [w:] *Dzieje kodyfikacji prawa...*, s. 144.

⁷⁷ *Ibidem*.

i XVII wieku zauważalna jest przewaga prac prywatnych, co stanowi reakcję społeczeństwa na zanik wydawania ustaw przez prawodawcę w jednym zbiorze.

Warto podkreślić, że Polacy w Rzeczypospolitej szlacheckiej dostrzegali potrzebę porządkowania prawa. Można zaobserwować tendencję wydawania swoistych dzienników prawa przez osoby prywatne. Ma miejsce zestawianie norm prawnych w jednym zbiorze, nieuznanym przez ówczesną władzę, ale stosowanym w praktyce i cieszącym się znacznym poważaniem społecznym. Wydaje się, iż układy prawa obowiązującego przekształcane są w dzienniki prawa, które stanowią prywatną próbę uporządkowania prawa. Nie wykazują one jednak cech o charakterze urzędowym (publicznym), gdyż nie są wyposażone w sankcję królewską i nie obowiązują w wyniku niespełnienia wszystkich przesłanek procesu legislacji. Próby te odznaczają się cechami charakterystycznymi dla kompilacji prawnych i są uzupełnione niekiedy o elementy nowatorskie. Wacław Uruszczak wskazał, że „[...] niepowodzenie akcji kodyfikacyjnej nie było jednak całkowite, w jej wyniku powstały zbiory drukowane prawa polskiego”⁷⁸. Jednak pomimo jedynie prywatnej publikacji zbiory prawa bez uzyskania sankcji królewskiej dały podwaliny pod prace późniejszych pokoleń.

6. Zakończenie

Wydane drukiem dzieło wybitnego prawnika Jana Herburta obrazuje stan polskiego prawa sądowego (ziemskiego) na przełomie XVI i XVII wieku. Przedmiotowy zbiór stanowi źródło poznania prawa, noszące cechy kodyfikacji prawa doby demokracji szlacheckiej – układów prawa obowiązującego. Pomimo wzrostu kompetencji sejmu wydaje się, iż pozycja ustawodawcza parlamentu zanika, a w konsekwencji osoby prywatne wyręczają państwo w wydawaniu drukiem zbiorów prawa. Ponadto widoczne są duże rozbieżności pomiędzy postulatami parlamentu a efektami prac Jana Herburta. Można zauważyć, że autor dzieła posiadał znaczne doświadczenie parlamentarne i przyczynił się do kształtowania świadomości prawnej ówczesnego społeczeństwa, między innymi poprzez prezentację artykułów henrykowskich w dniu 29 sierpnia 1573 r. na audyencji udzielonej przez Henryka posłom polskim⁷⁹. Należy wskazać, że na tle innych prób uporządkowania prawa na przełomie XVI i XVII wieku Jan Herburt wniósł istotny wkład w poznanie dawnego materiału normatywnego. O oryginalności dzieła *Statuta y przywileje koronne z łacińskiego języka na polskie przełożone, nowym porządkiem zebrane* świadczy zastosowanie układu systematycznego oraz uzupełnienie przywilejów. W szczególności w omawianym dziele na uwagę zasługują adnotacje źródłowe, rozsze-

⁷⁸ W. Uruszczak, *Próba...*, s. 251.

⁷⁹ D. Makiła, *Artykuły...*, s. 90.

rzenie materiału źródłowego i sumienny przekład. Ponadto znacznym osiągnięciem Jana Herburtu było również stosowanie jego zbioru prawa przez praktykujących wówczas prawników, na przykład wykonujących zawód sędziego. Dla późniejszych następców idei Jana Herburtu istotne są również zmiany, jakie zaszły w języku prawnym przedmiotowego źródła, z którego czerpią nie tylko ówczesni reprezentanci epoki odrodzenia, ale też kolejne pokolenia.

Praca wykonana przez Jana Herburtu zasługuje na uznanie i przybliżenie jej współczesnym w dalszych jeszcze badaniach. Warto podkreślić, że zbiór prawny Jana Herburtu umożliwia zobrazowanie tego, jak przedstawiała się kultura prawna w dawnej Rzeczypospolitej, jaki był i jak kształtował się język prawny i prawniczy, a także, które instytucje prawa sądowego były szczególnie akcentowane w prezentowanym zbiorze, a zatem według twórców prawa Rzeczypospolitej szlacheckiej miały szczególnie istotny charakter. Wydaje się, iż szczegółowa analiza tekstu może wykazać, że prawo sądowe, na przykładzie wybranych instytucji, nie zmieniło się gruntownie i w zasadzie było stabilne. Egzegeza tekstu może również przybliżyć rolę prawa w ówczesnej Polsce. Interesujące jest również to, w jakim stopniu Jan Herburt czerpał z prawa rzymskiego oraz czy nawiązywał w swej pracy do prawa kanonicznego. Zbadania wymagają także kwestie językowe. Zgodnie z tendencją występującą w renesansie na rzecz faworyzowania języków narodowych można przypuszczać, że łacina była wówczas wypierana z języka prawa.

Czynników niepowodzenia uchwalenia przedmiotowego projektu było wiele, ale interesująca może być gradacja tych wielorakich przyczyn oraz ukazanie ich różnorodnych kontekstów nie tylko z perspektywy nauk prawnych, ale również aspektów społecznych, politycznych, historycznych i kulturowych, ściśle ze sobą powiązanych. Można wskazać, że dokonania prywatne tego prawnika epoki Odrodzenia oraz jego zaangażowanie w uporządkowanie i zestawienie w jednym zbiorze norm prawnych jest godne uwagi.

Bibliografia

Źródła prawa

- Herburt J., *Statuta y przywileje koronne z łacińskiego języka na polskie przełożone, nowym porządkiem zebrane*, wydawca M. Szarfenberger, Kraków 1570.
- Januszowski J., *Statuta, prawa i konstytucje koronne łacińskie i polskie*, wydawca J. Januszowski, Kraków 1600.
- Kożuchowski S., *Constytucye, Statuta Y Przywileie Koronne Y W. X. Lit. na Walnych Seymach Od Roku Panskiego 1550 aż do Roku 1726 ad ideam Herburtu zebrane*, druk S. Kożuchowskiego, Morsko 1732.
- Sarnicki S., *Statuta i Metryka przywilejów koronnych językiem polskim spisane i porządkiem prawie przyrodzonym, a bardzon snadnym nowo zebrane*, Drukarnia Łazarzowa, Kraków 1594.

Opracowania

- Balzer O., *Studia nad prawem polskim*, Poznań 1889.
- Bardach J. (red.), *Dzieje sejmu polskiego*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2011.
- Bator A. (red.), *Wprowadzenie do nauk prawnych. Leksykon tematyczny*, LexisNexis, Warszawa 2010.
- Bibliografia narodowa*, https://www.worldcat.org/title/statuta-regni-poloniae-in-ordinem-alphabetidigesta/oclc/29091544&referer=brief_results
- Bobrzyński M., *O dawnym prawie polskim, jego nauce i umiejętnym badaniu*, Warszawa 1874.
- Borkowska-Bagieńska E., *Między zbiorem a kodeksem. Refleksje o kodyfikacji i myśli kodyfikacyjnej Oświecenia*, [w:] D. Janicka, R. Łaszewski (red.), *Historia integra*, Towarzystwo Naukowe Organizacji i Kierownictwa „Dom Organizatora”, Toruń 2001.
- Czacki T., *O litewskich i polskich prawach*, Warszawa 1801.
- Doroszewski W. (red.), *Słownik języka polskiego*; <http://sjp.pwn.pl/doroszewski/zwod;5532229.html>
- Drabik L., Sobol E. (red.), *Słownik języka polskiego*, PWN; <http://sjp.pwn.pl/szukaj/kompilacja.html>
- Dunaj B. (red.), *Słownik współczesnego języka polskiego*, Wydawnictwo Wilga, Warszawa 1996.
- Dzieduszycki K., *Jan Herburt kasztelan sanocki. Rys biograficzny*, Lwów 1879; <http://www.pbc.rzeszow.pl/dlibra/doccontent?id=2714>
- Estreicher K. (red.), *Bibliografia polska XIX stulecia*, t. 10, Wydawnictwa Artystyczne i Filmowe, Kraków 1972.
- Estreicher S., *Kultura prawnicza w Polsce XVI wieku*, Kraków 1931.
- Finkel L., *Bibliografia historii polskiej*, PWN, Warszawa 1956.
- Górnicki L., *Kodyfikacja prawa prywatnego*, [w:] M. Safjan (red.), *System prawa prywatnego*, wyd. 2, C.H.Beck, Warszawa 2012.
- Górnicki L., *Rozwój idei kodyfikacji prawa od XVIII wieku do współczesności*, [w:] S. Grodziski, D. Malec, A. Karabowicz, M. Stus (red.), *Vetera Novis Augere. Studia i prace dedykowane Profesorowi Wacławowi Uruszczakowi*, t. 1, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 2010.
- Grzybowski S., *Dzieje prawa*, Ossolineum, Wrocław 1981.
- Helcel A.Z., *Starodawne prawa polskiego pomniki*, Kraków 1870.
- Kilańczyk-Zięba J., *Czcionką i piórem. Jan Januszowski w roli pisarza i tłumacza*, Universitas, Kraków 2007.
- Konopczyński W., *Dzieje Polski nowożytnej*, Instytut Wydawniczy PAX, Warszawa 2003.
- Kutrzeba S., *Historja źródeł dawnego prawa polskiego*, t. 1, Lwów 1925.
- Lesiński B., Borkowska-Bagieńska E., *Historia prawa sądowego. Zarys wykładu*, Ars boni et aequi, Poznań 2000.
- Lewandowska-Malec I., *Demokracje polskie. Tradycje, współczesność, oczekiwania*, Księgarnia Akademicka, Kraków 2013.
- Maciejowski W.A., *Pobieżny pogląd na kodyfikację praw w Polsce*, Kraków 1868.
- Madurowicz-Urbańska H., *Bibliografia historii Polski, t. 1: do roku 1795, cz. 2 1454–1795*, PWN, Warszawa 1965.
- Makiła D., *Artykuły Henrykowskie (1573–1576), geneza, obowiązywanie, stosowanie: studium historycznoprawne*, Vizja Press & IT, Warszawa 2012.
- Mniszek M., *Układ prawodawstwa*, Warszawa 1777.

- Moniuszko A., *Projekty korektury ziemskiego prawa koronnego Jana Januszowskiego – polityczne uwarunkowania niepowodzenia*, „Studia z Dziejów Państwa i Prawa Polskiego”, t. XVI, Kraków-Lublin-Łódź 2012.
- Opis katalogowy, <http://katalog.nukat.edu.pl/lib/item?id=chamo:2849028&theme=nukat>
- Plaża S., *Historia prawa w Polsce na tle porównawczym, cz. I, X–XVIII w.*, Księgarnia Akademicka, Kraków 2002.
- Raport prac badawczych, <http://www.naukapolska.opi.org.pl/dhtml/raportyWyszukiwanie/listaPraceBadawcze.fs>
- Salmonowicz S., *Kodyfikacje i myśl kodyfikacyjna XVII i XVIII wieku*, [w:] *Dzieje kodyfikacji prawa. Materiały na konferencję historyków prawa w Karpaczu*, Poznań 1974.
- Salmonowicz S., *Narodziny nowożytnej myśli kodyfikacyjnej w Europie*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 1977, t. XXIX, z. 1.
- Salmonowicz S., *Od Justyniana do Kodeksu Napoleona. Rozważania nad problematyką i terminologią zbiorów prawnych feudalnej Europy*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 1969, t. XXI, z. 1.
- Skorupko S., Auderska H., Lempicka Z. (red.), *Słownik języka polskiego*, PWN, Warszawa 1969.
- Sławiński W., *Statuta i Metryka przywilejów koronnych językiem polskim spisane i porządkiem prawie przyrodzonym, a bardzon snadnym nowo zebrane Stanisława Sarnickiego*, [w:] A. Dębiński, W. Bednaruk, M. Lipska (red.), *Trybunał Koronny w kulturze prawnej Rzeczypospolitej szlacheckiej*, Wydawnictwo KUL, Lublin 2008.
- Sójka-Zielińska K., *Historia prawa*, Wolters Kluwer, Warszawa 2015.
- Sójka-Zielińska K., *Kodeks Napoleona. Historia i Współczesność*, LexisNexis, Warszawa 2006;
- Sójka-Zielińska K., *Kodyfikacje wieku Oświecenia*, [w:] *Dzieje kodyfikacji prawa. Materiały na konferencję historyków prawa w Karpaczu*, Poznań 1974, s. 146–161;
- Sójka-Zielińska K., *Rola prawa rzymskiego w pracach kodyfikacyjnych wieku Oświecenia*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 1975, z. 1, s. 109–123;
- Sójka-Zielińska K., *Wielkie kodyfikacje cywilne. Historia i współczesność*, Liber, Warszawa 2009;
- Taszycki W., *Obrońcy języka polskiego*, Ossolineum, Wrocław 1953.
- Uruszczak W., *Próba kodyfikacji prawa w pierwszej połowie XVI wieku*, PWN, Warszawa 1979.
- Uruszczak W., *Europejskie kodeksy prawa doby Renesansu*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 1988, t. XL, z. 1.
- Wojnowski J. (red.), *Wielka Encyklopedia*, PWN, Warszawa 2002.
- Wrede M., *Sejm i dawna Rzeczpospolita*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2005.
- Żelewski R., *Herbert Jan (po 1524–1577) kasztelan sanocki, prawnik, polityk*, [w:] *Polski Słownik Biograficzny*, t. 9, Zakład Narodowy im. Ossolińskich – Wydawnictwo Polskiej Akademii Nauk, Wrocław–Warszawa–Kraków 1960–1961.

ISSN 2450-3932